

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CRISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA FRENTE AO INSTITUTO DA
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Eric Paladino Tumitan

Presidente Prudente/SP
Outubro de 2001

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CRISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA FRENTE AO INSTITUTO DA
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Eric Paladino Tumitan

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Márcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente/SP
Outubro de 2001

**A CRISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA FRENTE AO INSTITUTO DA
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Márcio Ricardo da Silva Zago
Orientador

Gelson Amaro de Souza
Examinador

José Maria Zanuto
Examinador

Presidente Prudente, 26 de Novembro de 2001.

“O sábio, verdadeiramente sábio, prevalece contra as agruras materiais, sobrepõe-se às necessidades físicas, e eleva-se acima do Tempo, projetando-se na eternidade”.

D. TORRIERI GUIMARÃES

Agradecimentos

Em primeiro lugar agradeço a Deus e ao nosso Senhor Jesus Cristo pela fé, esperança, confiança e amparo ao longo toda essa jornada.

À minha mãe Ana Rita e à minha avó Maria de Lourdes pelos grandes exemplos de paixão e dedicação aos estudos, que me servem de inspiração e motivação.

À amada Érika que sempre esteve ao meu lado nos momentos mais turbulentos, pela paciência e compreensão e pelas infindáveis horas de estudo que foram roubadas de seu convívio.

Ao mestre e orientador Dr. Márcio Ricardo da Silva Zago, pela paciência, disponibilidade, atenção e conhecimento transmitidos durante a idealização, pesquisa e elaboração do presente trabalho, sem os quais não seria possível a sua realização.

Aos mestres, Dr. Paulo D'arce Pinheiro, Dr. Gelson Amaro de Souza e Dr. Valdemir Ferreira Pavarina, pelas brilhantes lições sobre Direito Processual Civil, que fizeram despertar a curiosidade e o interesse para a realização desta pesquisa.

Ao mestre Dr. Jurandir José dos Santos pelo exemplo de amor, dedicação e constante motivação ao estudo do Direito e ao mestre Dr. Sebastião Jorge Chammé pelo incentivo à pesquisa e ao trabalho científico.

A todos os amigos que sempre estiveram ao meu lado durante todos esses anos, especialmente ao amigo Eduardo, pelo grande apoio fornecido, e também, à amiga Lélia e aos amigos Marcos Vinícius, Marco Antônio, João Valério e Everton Paulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11.
-------------------------	-----

PARTE I

1 – CAPÍTULO 1: O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

1.1 - O Direito Processual	13.
1.2 – O Direito Processual Civil	15.
1.2.1 – Origens Do Direito Processual Civil Brasileiro	16.
1.3 – O Direito Processual Constitucional	20.
1.4 – As Fases e os Avanços do Estudo da Ciência Processual	21.
1.4.1 – Natureza Jurídica da Ação	21.
1.4.2 – A Teoria Imanentista (Doutrina Civilista)	22.
1.4.3 – A Teoria de Muther	23.
1.4.4 – Teoria do Direito Concreto à Tutela Jurídica	23.
1.4.5 – Teoria da Ação como Direito Potestativo	24.
1.4.6 – A Teoria da Ação no Sentido Abstrato	24.
1.4.7 – A Teoria de Carnelutti	25.
1.4.8 – Considerações Finais sobre o Direito de Ação	27.
1.5 – As Fases Evolutivas do Direito Processual Civil	28.

1.5.1 – Sincretismo	28.
1.5.2 – Autonomismo	28.
1.5.3 – A Instrumentalidade do Processo e seus Principais Aspectos	29.

2 - CAPÍTULO 2: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

2.1 – Os Escopos da Jurisdição: Social, Político e Jurídico	31.
2.2 – Efetividade do Processo e o Acesso à Justiça	32.
2.3 – O Tempo no Processo e suas Implicações	39.
2.4 – A Morosidade do Processo e o Benefício ao Réu	40.
2.5 – O Abuso do Direito de Defesa e a Tempestividade do Processo	43.

PARTE II

3 – CAPÍTULO 3: O PROCESSO DE CONHECIMENTO

3.1 – Considerações Iniciais	45.
3.2 – Estrutura Geral do Processo de Conhecimento	48.

4 – CAPÍTULO 4: O PROCESSO DE EXECUÇÃO

4.1 – Aspectos Gerais sobre a Execução	50.
4.2 – Pressupostos Específicos do Processo de Execução	55.
4.3 – Títulos Executivos Judiciais	56.

4.3.1 – A Sentença Condenatória Proferida no Processo Cível como Título Executivo Judicial	57.
4.3.2 – Regras de Competência na Execução Fundada em Título Executivo Judicial.....	59.
4.4 – As Fases do Processo de Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente Fundada em Sentença Condenatória	60.
4.4.1 – Petição Inicial e Citação	62.
4.4.2 – Arresto, Penhora e Depósito dos Bens.....	64.
4.4.3 – Arrematação	73.
4.4.4 – Avaliação	76.
4.4.5 – Publicação de Editais	78.
4.4.6 – Praça de Leilão	81.
4.4.7 – Pagamento do Credor	89.
4.4.8 – Adjudicação	91.
4.4.9 – Usufruto de Imóvel ou de Empresa	93.
4.4.10 – Extinção do Processo de Execução	95.

PARTE III

5 – CAPÍTULO 5: A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA

5.1 – Aspectos Gerais da Execução Provisória da Sentença	97.
5.2 – O Recurso de Apelação e a Dinâmica da Ausência do Efeito Suspensivo no Atual Código de Processo Civil	100.
5.3 – Eficácia da Sentença contida no Artigo 588, <i>caput</i> , do Código de Processo Civil	110.
5.4 – Procedimento da Execução Provisória	112.
5.4.1 – Aspectos da Caução, do Artigo 588, do Código de Processo Civil	113.

5.4.2 – O Exequente Provisório e sua Responsabilidade (Artigo 588, Inciso III e Parágrafo Único, do Código de Processo Civil).....	120.
5.5 – Execução Definitiva e Execução Provisória	122.
5.6 – Execução Provisória ou Execução Fundada em Sentença Provisória?	126.
5.7 – Execução Completa ou Execução Incompleta?	127.
5.8- Meios para Iniciar ou Obstar a Execução Provisória	131.
5.9 – O Parágrafo Único do Artigo 588 do Código de Processo Civil	131.

PARTE IV

6 – CAPÍTULO 6: A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

6.1 - Considerações Iniciais	141.
6.2 - O Artigo 273 do Código de Processo Civil	144.
6.3 – O Abuso do Direito de Defesa no Inciso II do Artigo 273 do Código de Processo Civil	148.
6.4 – O Momento da Concessão da Antecipação de Tutela	152.
6.4.1 – A Antecipação de Tutela na Sentença	154.
6.5 – A Execução Provisória da Decisão que concede a Antecipação de Tutela (Artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil)	158.

PARTE V

7 – CAPÍTULO 7: ASPECTOS POLÊMICOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA FACE AO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

7.1 – A Execução Provisória da Sentença e a Antecipação de Tutela – A Incoerência do Atual Código de Processo Civil e a Necessidade de Reforma	164.
7.2 - A Reforma do Código de Processo Civil: As Modificações Propostas	174.
7.2.1 - As Alterações Propostas para o Artigo 520 do Código de Processo Civil	174.
7.2.2 - As Alterações Propostas para os Artigos 273§ 3º, 497 e 588 do Código de Processo Civil	180.
7.2.3 - Últimas Considerações sobre o Anteprojeto	186.
CONCLUSÕES	190.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	196.

RESUMO

No presente trabalho o autor discute a atual incongruência do Código de Processo Civil, entre o sistema da execução provisória da sentença condenatória e o instituto da antecipação de tutela.

O autor valeu-se principalmente para coleta de dados, da documentação indireta de pesquisa bibliográfica, levantamento de conteúdo jurisprudencial e análise da legislação, através do qual procurou focar os principais aspectos do instituto da execução provisória e a dinâmica da ausência do efeito suspensivo da apelação face ao instituto da antecipação de tutela, bem como de seus pontos controvertidos, sempre à luz da doutrina e jurisprudência, que têm questionado sobre a verdadeira efetividade da “execução provisória”.

Em linhas gerais, foi enfocada a necessidade de reforma do atual sistema da “execução provisória”, pois não pode o autor que já teve seu direito reconhecido por sentença, após recurso interposto pelo réu, suportar o ônus do tempo no processo, beneficiando o réu que na maioria das vezes não tem razão. Portanto, não retirar o efeito suspensivo do recurso de apelação (fora os casos do artigo 520 do CPC) e não permitir a prática de atos que importem em alienação de domínio, ao menos nos casos em que a antecipação de tutela é admitida, constitui-se enorme contra-senso.

Por fim, o autor analisou as propostas de reforma para o Código de Processo Civil, principalmente o anteprojeto de lei oficial para a modificação dos artigos 273, § 3º, 497, 520 e 588, que se encontra em debate na comunidade jurídica e no Congresso Nacional, abordando seus principais aspectos.

ABSTRACT

In the present work the author the current incongruity of the Code of Civil Process discusses, between the system of the temporary execution of the condemnatory sentence and the institute of the anticipation of it tutors.

The author was been worth mainly for collection of data, of the indirect documentation of bibliographical research, rising of case law content and analysis of the legislation, trying to highlight the main aspects of the institute of the temporary execution and the dynamics of the absence of the suspensive effect of the appeal face to the institute of the anticipation of it tutors, as well as of its controvertial points, always to the light of the doctrine and jurisprudence, that have been questioning about the true effectiveness of the "temporary execution".

In general lines, the need of reform of the current system of the "temporary execution" was focused, because it cannot the author that was already entitled its recognized by sentence, after resource interposed by the defendant, to support the obligation of the time in the process, benefitting the defendant that most of the time doesn't have reason. Therefore, not to remove the suspensive effect of the appeal resource (out the cases of the article 520 of CPC) and not to allow the practice of acts that matter in domain alienation, at least in the cases in that the anticipation of it tutors it is admitted, enormous against-sense is constituted.

Finally, the author analyzed the reform proposals for the Code of Civil Process, mainly the draft bill for the modification of the goods 273, § 3rd, 497, 520 and 588, that meets in debate in the juridical community and in the National Congress, approaching its main aspects.

Introdução

O presente tema foi escolhido tendo-se em vista, principalmente o moderno escopo do processo consistente no fato de, o órgão jurisdicional dever oferecer uma tutela justa, efetiva e tempestiva ao jurisdicionado, de forma a não nos parecer coerente que, o jurisdicionado que já teve seu direito reconhecido em uma sentença, em caso de recurso de apelação da parte contrária que seja recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, venha a suportar os danos causados pela morosidade da justiça no processamento do recurso, beneficiando somente o réu.

Assim, esbarrou-se na necessidade de se evitar o abuso do direito de defesa bem como o abuso do direito de recorrer, de modo que, pela atual sistemática, o instituto da execução provisória, em razão da demora excessiva, torna-se inócuo, ainda mais levando-se em conta que neste tipo de execução, não se permite a prática de atos que importem em alienação de domínio, de modo que o credor fatalmente não poderia obter a satisfação integral e efetiva de seu direito.

Portanto, essa pesquisa teve como principal objetivo analisar o tema proposto à luz da doutrina e da jurisprudência para se verificar a utilidade da execução provisória da sentença na sistemática vigente, principalmente face ao instituto da antecipação de tutela, além de analisar e discutir as propostas de reforma apresentadas para a tentativa de solução da problemática que se insere no tema.

A metodologia utilizada para coleta e análise de dados foi a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica, levantamento de conteúdo jurisprudencial e análise da legislação e projetos de alteração do Código de Processo Civil. Algumas vezes foi utilizado o direito comparado (método comparativo), principalmente o direito italiano. Foi utilizado o método dedutivo, dada a natureza do tema proposto, para que se analisasse as teorias de base elaboradas pela doutrina. O método dialético também foi utilizado, diante da contradição existente no atual sistema processual e em razão da existência de inúmeros pontos

controvertidos que foram analisados no presente trabalho e pelo fato de já haver projetos de alteração para a mudança dos institutos que forma analisados (execução provisória e antecipação de tutela).

A área de concentração do presente trabalho situa-se no Direito Processual Civil, razão pela qual abordou algumas considerações sobre o Direito Processual como gênero, e depois sobre o Direito Processual Civil, destacando suas origens no Brasil, bem como a organização metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo que recebe o nome de Direito Processual Constitucional, pois não se pode negar a relação existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional onde o processo se desenvolve.

Foram abordadas as fases dos avanços do estudo da ciência processual, comentando sobre as teorias que surgiram com o passar do tempo até os dias de hoje, dando-se ênfase à atual fase instrumentalista do processo, onde o que se busca é o real acesso à Justiça, através da análise da sistemática processual vigente e apontando críticas e soluções para se alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, que vêm sendo acolhidas pelo legislador, principalmente na última reforma do Código de Processo Civil, em 1994 e 1995.

O centro de interesse da presente pesquisa é o processo de execução, por isso foi dedicado um capítulo para se comentar sua estrutura geral e especificamente sobre o processo de execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em sentença condenatória proferida no processo civil, com a análise das fases de seu procedimento.

Analisando o tratamento que o atual Código de Processo Civil dá à execução provisória da sentença face à inovação oriunda da reforma de 1994 que se refere à antecipação de tutela, percebeu-se que há uma forte incongruência entre esses institutos, sendo que a doutrina tem questionado sobre a real efetividade da execução provisória, que é a viga mestra da presente pesquisa.

Assim, passou-se à análise do instituto da execução provisória da sentença condenatória e seus aspectos controvertidos, onde foi estudado também a dinâmica da ausência do efeito suspensivo do recurso de apelação, que dá ensejo à execução provisória da sentença, bem como o procedimento da execução provisória.

Também foram objeto de análise os aspectos gerais do instituto da antecipação de tutela e mais especificamente os pontos antagônicos em relação ao instituto da execução provisória da sentença.

Por fim, o presente trabalho enfocou as propostas de reforma para o Código de Processo Civil, principalmente o anteprojeto de lei oficial para a modificação dos artigos 273, § 3º, 497, 520 e 588, que encontra-se em debate na comunidade jurídica e no Congresso Nacional, analisando seus principais aspectos.

PARTE I

CAPÍTULO 1 – O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

1.1 - O Direito Processual

O **direito processual** não se confunde com o **direito material**, pois este, "é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)".¹

Portanto, pode-se dizer o que distingue fundamentalmente o direito material e direito processual é que este trata das relações entre os sujeitos processuais, de suas posições no processo, da forma que os atos processuais devem ser praticados, sem fazer referência ao interesse primário das pessoas, que esta na órbita do direito material.

Deste modo, sob o ponto de vista de sua função puramente jurídica, o direito processual é, assim:

"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. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e estes concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material".²

¹ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. "Teoria Geral do Processo". 14ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 40.

² Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. ob. cit., p.40.

Diferentes denominações têm sido atribuídas, no curso do tempo, ao conjunto de conhecimentos relativos ao processo judicial.

As investigações dos juristas em torno dos problemas processuais ocorreram na época da renovação dos estudos romanísticos no século XI. Assim, aproveitando-se o material fornecido pelo direito romano e pelo direito canônico, os estudiosos penetraram no próprio âmago do processo, culminando no *Speculum judiciale*, de Duranti (1217), que condensa toda a doutrina até então elaborada, se preocupando apenas com o aspecto externo do processo, sem preocupações de ordem científica, mas com objetivos meramente pragmáticos.

Após longo período de tempo, revelando um progresso no estudo do fenômeno processual, surgiu então a denominação "direito judiciário", vinculada à designação romana do processo (*judiciun*) e ao seu principal sujeito (o juiz, o órgão judiciário), que evidencia uma visão mais científica do direito processual.

No entanto, a locução "direito judiciário" foi criticada, e, *data vênia*, com razão, seja porque nem todo o judiciário é processual, ou porque o juiz não é o único sujeito do processo, que exige pelo menos mais dois sujeitos (os litigantes).

Posteriormente, difundiu-se, por influência alemã, a expressão "direito processual", que hoje predomina na grande maioria das legislações, por ser o que melhor retrata este ramo da ciência do direito.

Não se pode negar, portanto, no campo da dogmática jurídica, a autonomia do direito processual, pois este é informado por princípios próprios, decorrentes da própria função do processo.

Face à dicotomia clássica que divide o direito em público e privado, temos que o direito processual pertence ao ramo do direito público, pois regula a atividade jurisdicional do Estado, e, por ter seus princípios maiores ditados pelo direito constitucional.

O direito processual decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais, tais como o direito de ação e de defesa, revelando sua unicidade. Aliás, a própria Constituição Federal de 1988, ao discriminar a competência legislativa da União e dos Estados, refere-se ao direito processual unitariamente, o que fica claramente evidenciado na recíproca interferência

entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente de um lado, da aplicação do princípio da economia processual, e de outro, da conveniência em evitar decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação fática.

Assim, a distinção entre direito processual civil e direito processual penal, decorre de exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar, e também da evolução dos institutos específicos de cada ramo do direito. Por isto, já se fala em direito processual trabalhista, direito processual constitucional, etc.

Destarte, a unidade fundamental do direito processual não pode conduzir à errônea conclusão de que haja uma identidade de seus ramos distintos, pois, conforme a natureza da pretensão sobre a qual incide, o processo será civil ou penal, de modo que:

"Processo penal é aquele que apresenta, em um dos seus pólos contrastantes, uma pretensão punitiva do Estado. E civil, por seu turno, é o que não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista etc. Disciplinando um e outro processo, temos respectivamente o direito processual civil e o direito processual penal, cujas normas espelham as características próprias dos interesses envolvidos no litígio civil e na controvérsia penal. Note-se, por último, que tais características se esbatem e quase se desvanecem no campo do chamado processo civil” inquisitório “, que gira em torno de interesses indisponíveis, e da ação penal privada, que se prende a interesses disponíveis da vítima”.³

1.2 - O Direito Processual Civil

O Direito Processual Civil, em linhas gerais, cuida da regulamentação normativa do processo destinado a compor uma lide não penal, tendo por conteúdo a atividade jurisdicional e a atuação dos sujeitos da lide.

Precioso é o conceito de Direito Processual Civil dado pelo ilustre processualista Frederico Marques, como sendo:

³ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. ob. cit., p.49.

"Um conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação pelo Estado do direito objetivo a uma pretensão não penal, disciplinando ainda, a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares, bem como as atividades anômalas do Poder Judiciário destinadas ao exercício da jurisdição voluntária e, ainda, as providências parajurisdicionais".⁴

Percebe-se assim, que referido ramo do direito não se destina apenas à composição das lides, mas também tutela certos interesses postos à apreciação dos órgãos jurisdicionais, em razão das garantias que estes oferecem, tais como os procedimentos de jurisdição voluntária.

Temos então, que as normas de Direito Processual Civil, são aplicáveis aos processos e procedimentos da jurisdição não penal, com exclusão das jurisdições especiais (trabalhista e eleitoral). Assim aplicam-se à questões que envolvem Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Comercial, Direito Tributário e todas as outras de natureza não penal.

Merece ser lembrado o conceito dado pelo saudoso mestre Moacyr Amaral Santos ao Direito Processual Civil:

"Este, como ramo do direito processual, é o conjunto de princípios e normas que regem as atividades dos órgãos jurisdicionais e seus auxiliares, bem como das partes e de terceiros, desinteressados, tendentes à administração da justiça. Ou, sinteticamente, um conjunto de princípios e normas que regulam o exercício da jurisdição. Mas apenas jurisdição civil, em oposição à jurisdição penal, e com exclusão das jurisdições especiais (trabalhista e eleitoral) daquela destacadas".⁵

Insta salientar, que, não obstante o Direito Processual Civil se relacione intimamente com tantos outros ramos do direito, sua autonomia é inegável, pois seus princípios e leis formam um corpo, um sistema com características próprias.

⁴ José Frederico Marques. "Instituições de Direito Processual Civil". 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. I p.43.

⁵ Moacyr Amaral Santos. "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil". 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. I p.17.

1.2.1 - Origens do Direito Processual Civil Brasileiro

A doutrina processual civil brasileira, inicialmente teve seus fundamentos inspirados nos autores portugueses, em razão da vigência das Ordenações Filipinas,⁶ contribuindo decisivamente para essa subordinação doutrinária, os livros publicados pelos estudiosos lusitanos.

Mais tarde, com a conquista de sua independência política, ainda foi mantida, embora não na totalidade, a vigência da legislação portuguesa (Decreto de 20 de outubro de 1823), desde que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro, de forma que as Ordenações Filipinas, continuaram a exercer marcante papel no processo civil brasileiro.

Nesta época, o processo civil era dominado pelo princípio do dispositivo e se movimentava apenas pelo impulso das partes, de modo que o procedimento apresentava fases rigidamente distintas, segundo o que se extrai do livro III das Ordenações Filipinas, que disciplinava o processo civil.

Foi então em 1832 que entrou em vigor o Código de Processo Criminal brasileiro, que, por sua clareza, simplicidade, atualidade e espírito liberal, mereceu geral aprovação, consistindo em grande avanço da ciência processual brasileira, principalmente por conter um anexo com o título único de "disposição provisória a cerca da administração da justiça civil", com apenas vinte e sete artigos, simplificando o procedimento, suprimindo formalidades excessivas e inúteis, excluindo recursos desnecessários, criando condições para a consecução das finalidades do processo civil, ditando as diretrizes para a elaboração de um futuro Código de Processo Civil, o que não veio a acontecer. Pelo contrário, algumas destas modificações inovadoras foram logo canceladas pela lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que alterou o

⁶ As Ordenações Filipinas foram promulgadas por Felipe I em 1603, que consistiam em grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além de leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais.

Código de Processo Criminal, o que consistiu em um verdadeiro retrocesso político e legislativo.

Nota-se, portanto, que nesse período de nossa evolução histórica, o processo penal e o processo civil caminharam quase que conjuntamente.

O Governo Imperial, com o sancionamento do Código Comercial de 1850, editou o primeiro código processual elaborado no Brasil, que foi o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, destinado a "determinar a ordem do juízo no processo comercial", *ex vi* art. 27 do título único que contemplava o Código do Comércio. No entanto, referido diploma legal dividia os processualistas, pois para alguns, o Regulamento 737 foi considerado um atestado da falta de cultura jurídica, para outros, foi elogiado como sendo o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, sob o ponto de vista da técnica processual, especialmente no que se refere à economia e simplicidade do procedimento.

No entanto, nesse período, as causas civis continuaram a ser reguladas pelas Ordenações e suas alterações, sendo inúmeras as leis que as modificaram. Assim, o Governo, dando cumprimento à lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, encarregou o Cons. Antonio Joaquim Ribas de reuni-las em um conjunto que contivesse toda a legislação relativa ao processo civil, que denominou-se Consolidação das Leis do Processo Civil, passando a ter força de lei através da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876.

Posteriormente, uma das primeiras providências legislativas adotadas pelo Governo Republicano em 1890, foi estender às causas civis as normas do Regulamento 737 (Código Comercial), com algumas exceções (dec. nº 763, de 19.9.1890), e logo após, pelo dec. nº 848, de 11 de outubro de 1890, instituiu-se e organizou-se a Justiça Federal no país, estabelecendo-se, de acordo com o modelo do regulamento 737, as regras processuais para as causas de competência da Justiça Federal.

Com o advento da Constituição de 1891, ao lado da dualidade da Justiça (Justiça Federal e Justiças Estaduais), consagrou-se a bifurcação do poder de legislar sobre direito

processual, entre a União e os Estados. Iniciaram-se os trabalhos de elaboração dos Códigos de Processo Civil e Criminais estaduais.⁷

Com a Constituição Federal de 1934, concentrou-se novamente na União a competência para legislar com exclusividade em matéria processual, fazendo-se necessária a elaboração de novos Códigos de Processo Civil e Penal, tendo o governo encarregado alguns juristas desta tarefa.

As Constituições subseqüentes mantiveram a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual, exceto a Constituição Federal em vigor (1988), que manteve a competência exclusiva da União somente no tocante às normas processuais em sentido estrito, dando competência aos Estados para legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inciso XI, da CF) e a "criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas" (art. 24, inciso X, da CF). No entanto, por ser bastante recente a novidade constitucional, os Estados não exerceram essas novas competências.

Foi aí que um dos membros da comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou um trabalho de sua autoria, que foi revisado pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault, transformando-se no Código de Processo Civil de 1939.⁸

Surgiram então grandes nomes da doutrina nacional, tais como Estevão de Almeida, Pontes de Miranda, Amílcar de Castro, Lopes da Costa, Galeno de Lacerda, Gabriel de Resende Filho, Jorge Americano.

A doutrina nacional recebeu grande impulso com a vinda para São Paulo de Enrico Tullio Liebman, exilado da Itália, trazendo a doutrina de Chiovenda, e fundando a chamada Escola de Processo de São Paulo, que muito contribuiu para a libertação doutrinária e legislativa do Brasil, vindo a inspirar o professor Alfredo Buzaid na elaboração do projeto do Código de Processo Civil vigente.

⁷ Destacaram-se os Códigos Processuais Cíveis da Bahia e de São Paulo, inspirados pelo espírito renovador e o pensamento científico da doutrina alemã e italiana.

⁸ O Código de Processo Civil de 1939 foi inspirado nos Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal, onde adotou o princípio da oralidade (caracterizado por Chiovenda), com algumas concessões à tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais.

Assim, com o grande avanço da doutrina nacional, foi possível a verificação de graves defeitos constantes do referido estatuto processual de 1939, especialmente no que tange aos problemas práticos decorrentes de sua aplicação, e pela assistemática elaboração de leis extravagantes, culminando na exigência da reformulação da legislação processual, com a preparação de um novo Código de Processo Civil.

Então o Governo Federal incumbiu os professores da Faculdade de Direito de São Paulo, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, de elaborar, respectivamente os anteprojetos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal.

O anteprojeto de Alfredo Buzaid foi revisto por uma comissão composta dos professores José Frederico Marques e Luís Machado Guimarães, além do desembargador Luís Antônio de Andrade, sendo submetido ao Congresso Nacional (proj. nº 810/72), e, após sofrer inúmeras emendas, foi aprovado e em seguida promulgado pela lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Com a publicação do novo Código, foram escritas numerosas e importantes obras sobre processo civil, tais como as de José Frederico Marques (Manual de Processo Civil, 3ª ed., 1975); José Carlos Barbosa Moreira (O Novo Processo Civil Brasileiro, 1975); José da Silva Pacheco (Direito Processual Civil, 1976); Ada Pellegrini Grinover (Direito Processual Civil, 1974); Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (Teoria Geral do Processo, 1974); Arruda Alvim (Manual de Direito Processual Civil, 11ª ed., 1976); Humberto Theodoro Júnior (Processo de Conhecimento, 1978); Rogério Lauria Tucci (Curso de Direito Processual Civil, 1976), bem como várias outras obras incluindo nomes notáveis tais como Pontes de Miranda, Celso Agrícola Barbi, José Joaquim Calmom de Passos, Sérgio Bermudes, Amílcar de Castro e Moacyr Amaral Santos, dentre outros.

1.3 - O Direito Processual Constitucional

Não se pode negar a íntima relação existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve, pois, sendo o direito processual ramo do direito público, suas linhas fundamentais, que fixam a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que

garantem a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelecem princípios processuais, são ditadas pelo direito constitucional.

Assim, alguns princípios gerais que informam o direito processual são princípios constitucionais ou seus corolários, tais como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da subordinação da jurisdição à lei, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária e etc.

Deste modo, a organização metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo recebe o nome de direito processual constitucional, no qual se examina o processo e suas relações com a constituição, abrangendo a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e a jurisdição constitucional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária se refere às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias, e a jurisdição constitucional abrange o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, que se expressa pelo uso dos remédios constitucionais-processuais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção.

O direito processual constitucional preocupa-se com os valores consagrados constitucionalmente, tais como a liberdade, igualdade, de modo a garantir acima de tudo a inafastabilidade da tutela jurisdicional, assegurando as bases do regime democrático, de modo toda a jurisdição constitucional se caracteriza como um conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição Federal. Pode-se afirmar assim, que todo o direito processual constitucional constitui uma postura instrumentalista.

O processo deve se espelhar nos preceitos constitucionais para se desenvolver e alcançar seus objetivos, ou nas sábias palavras do emérito professor Cândido Rangel Dinamarco, "sempre que se dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiação de preceitos e princípios constitucionais".⁹

⁹ Cândido Rangel Dinamarco. "A instrumentalidade do Processo". 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2.000. p30.

O Estado Democrático de Direito possui uma premissa básica de assegurar a supremacia da Constituição, possibilitado pelos meios de controle de constitucionalidade das leis, apoiado no fundamento da falibilidade do legislador, respeitando-se o binômio lei/liberdade, ou seja, não mais direitos de liberdade na medida das leis, mas lei na medida dos direitos de liberdade.

Deste modo, "o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis".¹⁰

1.4 - As Fases e os Avanços do Estudo da Ciência Processual

1.4.1 – Natureza Jurídica da Ação

Não há como estudar o direito processual e seus avanços sem se reportar às teorias sobre a ação, pois, a partir do momento em que o Estado tomou para si o monopólio da atividade jurisdicional vedando a autotutela, a prestação jurisdicional só pode ser obtida por meio da provocação das partes e através do devido processo legal, regido pelas normas de direito processual, ou seja, conforme o velho brocardo jurídico, “a ação provoca a jurisdição que se exerce através do processo”.

O estudo sobre a ação impulsionou de forma grandiosa a ciência processual. No entanto, o problema da natureza jurídica da ação não é tão simples quanto nos parece, segundo o que nos ensina o mestre Moacyr Amaral Santos:

“E, todavia, é dos mais complexos, consistindo mesmo num dos temas mais inquietantes do direito processual, a ponto de estabelecer o seu conceito uma das linhas divisórias entre os processualistas contemporâneos, tais e tantas as teorias e subteorias, todas movidas pela preocupação científica de desbravar aquele fenômeno, mas sob o impulso de orientação metodológica diversa, sob a influência de diferentes exigências

¹⁰ João Mendes Júnior, *apud* Cândido Rangel Dinamarco, “A Instrumentalidade do Processo”, cit., p.27.

práticas ou sistemáticas, quando não de tendências sociais, culturais e políticas inconciliáveis”.¹¹

A principal controvérsia sobre a ação reside em estabelecer qual é a natureza deste direito, de modo que diversas teorias foram formuladas a respeito.

1.4.2 – A Teoria Imanentista (Doutrina Civilista)

Para esta doutrina, a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido, ou segundo a conceituação romana de Celso, *Nihil aliud est actio quam jus, quod sibi debeat, in judicio persequendi*.

Assim, o conceito romano levantava indagações sobre a natureza do *jus actionis*, considerado pelos juristas da época simples capítulo do direito privado, notadamente o direito civil.

Um dos maiores expoentes da doutrina civilística ou clássica foi Savigny, que influenciou profundamente os juristas da época até meados do século passado, e os juristas brasileiros até o final do primeiro quartel deste século.

Em síntese, para esta doutrina a ação era o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou violação, ou seja, a ação se prende indissolavelmente ao direito que por ela se tutela, de modo que, em consequência, não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

1.4.3 – A Teoria de Muther

Muther distinguia o direito da ação, ou seja, o direito subjetivo material a ser tutelado, do direito de ação, que era direito subjetivo público. Para ele, a ação consistia no direito à tutela do Estado, e que compete a quem seja ofendido no seu direito. A ação é um direito

¹¹ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. I, p.147.

contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional. É, pois um direito público subjetivo, distinto do direito cuja tutela se pede, mas tendo por pressupostos necessários este direito e sua violação.

O ponto de partida da reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, ocorrida em meados do século passado, na Alemanha, onde Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, elaborou sua teoria acima mencionada.

Muito embora Windscheid tenha combatido fortemente tal teoria, acabou por aceitar algumas idéias de Muther, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor.

Deste modo, as doutrinas destes dois autores mais se completam do que se contradizem, revelando verdades até então ignoradas, dando um novo panorama ao conceito de ação.

1.4.4 – Teoria do Direito Concreto à Tutela Jurídica

Foi Adolpho Wach, um dos fundadores da processualística contemporânea que em 1885, na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica, contribuindo para a demonstração do caráter autônomo do direito de ação, ou seja, a ação é um direito autônomo, no sentido de que não tem, necessariamente, por base um direito subjetivo, ameaçado ou violado, porquanto também há lugar à ação para obter uma simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, o que ocorre com as ações chamadas ações meramente declaratórias.

De acordo com Wach, a ação, direito autônomo, com base no direito subjetivo material ou num interesse, se dirige contra o Estado e contra o adversário, objetivando a tutela jurisdicional. Entretanto, como a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. *Ipsa facto*, a ação seria um direito público e concreto, ou em outras palavras, um direito existente nos casos concretos em que existisse o direito subjetivo.

Uma modalidade dessa teoria é a formulada por Oscar Von Bülow, para quem a exigência de tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa.

1.4.5 – A Teoria da Ação como Direito Potestativo

À teoria de Wach filia-se Chiovenda, que se proclamava seu discípulo, e que em 1903 formula a teoria da ação como direito potestativo.

Deste modo, para o mestre italiano, a ação configura um direito autônomo, diverso do direito material que se busca em juízo; mas não é um direito subjetivo, porque não corresponde a obrigação do Estado, e muito menos de natureza pública. Dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe à sujeição, visando, portanto à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável. Portanto, o direito de ação é um direito poder, um direito potestativo.

1.4.6 – A Teoria da Ação no Sentido Abstrato

Antes de ser lançada a teoria de Chiovenda, na Alemanha, em 1877, Degenkolb formula a teoria da ação como direito abstrato, concomitantemente com Plósz, na Hungria, que formulou teoria idêntica.

Segundo esta teoria não bastava distinguir a ação do direito material invocado, ao qual aquela se condiciona. Este condicionamento importava reconhecer que existiria ação tão somente quando esta fosse acolhida pela sentença, o que não seria verdade, posto que não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega o direito invocado pelo autor, como

também quando a sentença conceda o direito a quem o não tenha realmente. Ou seja, o direito de ação independe da existência efetiva do direito invocado.

Em outras palavras, o direito de ação exige apenas que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito, ficando o Estado, tão só por isso, levado a exercer a sua atividade jurisdicional, proferindo uma sentença, ainda que contrária.

A repercussão dessa teoria na Itália foi profunda, não obstante tenha ela sido veementemente combatida por Chiovenda, tendo sido Alfredo Rocco um dos seus principais defensores, dando inclusive, fundamentação própria a esta teoria.

Quando se solicita a intervenção do Estado para a tutela de interesses ameaçados ou violados, surge em contrapartida um outro interesse, que é o interesse à tutela daqueles pelo Estado. Deste modo, o interesse tutelado pelo direito é o principal interesse e os interesses à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário.

Para Rocco, o direito de ação é:

“Um direito público subjetivo do indivíduo contra o Estado, e só contra o Estado, que tem por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato na intervenção do Estado para a eliminação dos óbices que a incerteza ou a inobservância da norma aplicável ao caso concreto possam opor à realização dos interesses tutelados”.¹²

1.4.7 – A Teoria de Carnelutti

Costuma-se incluir Carnelutti entre os seguidores da teoria da ação no sentido abstrato, segundo a doutrina, porque este processualista italiano não condiciona necessariamente a ação à existência efetiva do direito material invocado.¹³

No entanto, a teoria elaborada por Carnelutti, em vez de conter uma concepção dogmática da ação, observa a realidade da função desta no processo, diferindo profundamente das teorias de Chiovenda e de Alfredo Rocco.

¹² Alfredo Rocco, *apud* Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. v. I, cit., p. 152.

¹³ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. v. I, cit., p. 153/154.

Para melhor entender a teoria de Carnelutti, mister se faz distinguir lide de processo.

Estabelecido um conflito de interesses, ou seja, existindo uma pretensão de um titular de um direito que se oponha o titular de outro interesse, ocorre a lide. Assim, podemos conceituar a lide como sendo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Com efeito, para compor o conflito de interesses, mantendo-se a paz social, o ordenamento jurídico instituiu o que se denomina processo, que consiste:

“‘Na operação mediante a qual se obtém a composição da lide’. Nessa função, processo é ‘o método para a atuação do direito’. Fim específico do processo é a composição da lide, não o interesse em lide”.¹⁴

Extremamente precisos são os comentários do mestre Moacyr Amaral Santos, sobre a teoria em questão:

“Ação é exatamente o direito de obter uma sentença sobre a lide deduzida no processo. Mas o interesse que a move não é o interesse em lide, e sim a justa composição da lide. E aí se tem ‘a razão elementar da diversidade entre o direito subjetivo material e a ação’. Tanto a ação não serve de tutela do interesse em lide, que dela poderá resultar uma decisão contrária ao mesmo. Da distinção entre o direito subjetivo material e a ação está a dizer o fato de esta pertencer mesmo a quem não o possui”.¹⁵

Isto significa que o direito de ação pertence mesmo a quem não seja efetivamente o titular do direito material, de forma que há ação sem direito, podendo, portanto, o titular do direito de ação (direito subjetivo processual) receber uma sentença desfavorável. Não se pode condicionar o exercício da atividade jurisdicional à existência do direito material, pois está inserido no direito de ação também o direito a uma sentença justa, que pode ser favorável ou desfavorável ao autor.

¹⁴ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. v. I, cit. p. 154.

¹⁵ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. v. I, cit. p. 154.

1.4.8 – Considerações Finais Sobre o Direito de Ação

Podemos, portanto, seguindo a doutrina dominante,¹⁶ concluir que a ação é dirigida apenas contra o Estado, muito embora possa terceira pessoa sofrer os efeitos da sentença, não podendo-se admitir possa ser ela exercida contra o adversário isoladamente, contra este e o Estado ao mesmo tempo, ou contra a pessoa física do juiz.

E por ser um direito de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição, a ação tem incontestável natureza constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV). Além do mais, segundo a doutrina:

“A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina tradicionalmente *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, da CF). Daí resulta que o direito de ação não é extremamente genérico, como muitos o configuram.

(...)Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza *abstrata*. É, ainda, um direito *autônomo* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é *conexo a uma situação jurídica concreta*”.¹⁷

Podemos dizer então que a **ação** é um direito público subjetivo, autônomo, abstrato, genérico, que tem por sujeito passivo o Estado, que visa uma prestação jurisdicional a um caso concreto. É o direito de invocar o exercício da função jurisdicional, pois a “**ação** provoca a **jurisdição** que se exerce através do **processo**”.

¹⁶ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. ob. cit., p.253.

¹⁷ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. ob. cit., p.254.

1.5 - As Fases Evolutivas do Direito Processual Civil

1.5.1 - Sincretismo

Conforme já dissemos, inicialmente, no início do século passado, tinha-se uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação se confundia com o direito subjetivo lesado, a jurisdição era vista como um sistema de tutela de direitos, e o processo se apresentava como uma mera sucessão de atos, como um conjunto de formas para o exercício do direito subjetivo, onde prevalecia o princípio do dispositivo, caracterizado pela não participação do juiz no processo e total disponibilidade das situações jurídico-processuais.

Esta fase, conhecida como **sincretismo** jurídico, marcada pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento jurídico, teve sua ruína no século XIX, através do questionamento do conceito civilista da ação, desvinculando-se da *actio* romana, firmando-se como direito processual, dirigido ao juiz, tendo por objeto não mais o bem em litígio, mas a prestação jurisdicional, conclusões derivadas da célebre polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, que foi o marco inicial do inconformismo dos juristas modernos com os velhos conceitos privatistas oriundos do direito romano, conforme já dissemos no item 4.1.3.

1.5.2 - Autonomismo

Posteriormente, chegou-se a idéia da autonomia do direito de ação e da relação jurídica processual. A configuração tríplice da relação jurídica processual, que embora já fizesse parte

do pensamento jurídico dos estudiosos da época, através do velho brocardo *judicium est actus trium personarum, judicis actoris et rei*, foi Oscar Von Bülow que desenvolveu esta teoria, não apenas se reportando à necessidade da presença do juiz, do autor e do réu, mas separando a relação jurídica processual, da relação jurídica material, colocando-as em dois planos distintos.

Ipsa facto, ainda no final do século XIX, evidenciou-se a autonomia definitiva do direito de ação, do processo e da relação jurídica processual, o que renovou os conceitos já existentes, criando uma ciência com objetos próprios e bem delineados, nascendo a fase **autonomista** do direito processual civil, o que permitiu uma profunda e completa investigação a respeito desta ciência, dando origem a diversos trabalhos e importantíssimas obras que até hoje balizam grandes juristas e operadores do direito, não só no estudo do processo civil, mas também na sua aplicação prática.

1.5.3 - A Instrumentalidade do Processo e seus Principais Aspectos

Com sua estrutura, seus conceitos, seus princípios bem definidos, o direito processual atingiu seu terceiro momento metodológico, a fase **instrumentalista**, liderada pelo brilhante processualista italiano Enrico Tullio Liebman, marcada pela difusão de novas idéias, institutos, princípios e soluções, atendendo-se não mais à questões simplesmente metafísicas e conceituais do processo, mais aos problemas jurídicos sociais e políticos, de modo a buscar soluções adequadas para o aprimoramento da prestação jurisdicional, que atualmente se tornou a busca incessante de todos os estudiosos e aplicadores do direito.

Investiga-se agora os valores tutelados pela ordem político-constitucional, tais como a garantia de acesso à justiça, e mais do que isso, garantia de acesso a uma justiça efetiva e tempestiva.

Brilhante a observação feita pelo jubilado mestre Cândido Rangel Dinamarco, em sua fantástica e marcante obra, "A Instrumentalidade do Processo":

"É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação de diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pelas garantias da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução".¹⁸

Assim, não se pode falar da instrumentalidade do processo sem preocupar-se com a sua efetividade, buscando o integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico, de modo a alcançar a tão sonhada "ordem jurídica justa".

A instrumentalidade do processo se expressa pela desmistificação das regras do processo e de suas formas, buscando a efetividade do processo, constituindo uma missão de suma importância perante a sociedade e não mais apenas perante o direito material, como se pensava, obtendo resultados práticos através da revista da técnica processual.

Mister se faz que a natureza instrumental do processo funcione como um instrumento do Estado na busca da realização do interesse público efetivo e adequado ao exercício da jurisdição, restringindo ou minimizando, desta forma, o valor da autonomia da vontade, exaltando o caráter publicista do processo, assim como ocorre com a intervenção do Ministério Público em nome do interesse público, dando grande abertura ao magistrado na atividade instrutória, como ocorre nas causas relativas a direito de família, pois o interesse público transcende os limites objetivos e subjetivos do litígio.

O movimento instrumentalista reflete-se também no espírito do legislador pátrio, como exemplo, podemos citar a Lei dos Juizados Especiais, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁸ Cândido Rangel Dinamarco. "A Instrumentalidade do Processo". cit., p.23.

CAPÍTULO 2 – ALGUNS ASPECTOS SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

2.1 - Os Escopos da Jurisdição: Social, Político e Jurídico

Desde que o Estado proibiu que o indivíduo defendesse seus interesses por seus próprios meios, vedando a autotutela e chamando para si a solução dos conflitos de interesses, deu-se início à idéia de jurisdição. Tinha assim a jurisdição, os escopos de prestar a atividade jurisdicional, solucionando o conflito de interesses entre as partes, promovendo desta forma a pacificação social. Pode-se dizer então, que a jurisdição apresenta um caráter substitutivo.

Apesar de largamente explorado pela doutrina, o conceito de jurisdição apresenta alguns aspectos relevantes para se compreender os novos rumos do direito processual. Os antigos escopos da jurisdição apontados inicialmente pela doutrina não satisfazem mais a necessidade da sociedade face às numerosas transformações ocorridas nas relações sociais, o que provocou um grande avanço também na ciência processual.

Com efeito, não se pode mais encarar o fenômeno político-social que é a jurisdição, sob uma ótica estritamente jurídica, através de afirmações individualistas, inerentes ao sincretismo privatista, que encarava o processo como meio de exercício dos direitos, buscando a sua satisfação, pois frente à reconhecida autonomia da ação, o escopo institucionalizado da jurisdição e do sistema processual, não é apenas, a tutela dos direitos dos cidadãos.

Em razão disto, temos que a jurisdição, sem sombra de dúvidas, possui estreita ligação com a vida social, tendo sua utilidade reconhecida pelos cidadãos, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Percebemos assim, que a jurisdição, por ser uma expressão do poder estatal, reflete na estrutura política do Estado. O escopo jurídico da jurisdição é a

atuação do direito, ou seja, "é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)".¹⁹

Assim, a moderna doutrina tem reconhecido uma integração entre os escopos, social, político e jurídico da jurisdição, evidenciando o exercício da jurisdição como expressão do poder político e a favor do harmonioso convívio social, sendo que isto "constitui fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa".²⁰ A pacificação social trata-se de um escopo metajurídico da jurisdição, de forma que o juiz, como agente estatal, não pode mais ser mero espectador, devendo ter consciência da função que exerce na sociedade. A inércia total da jurisdição não mais se coaduna com a atual realidade social que vivemos, onde impera a desigualdade de oportunidades e conseqüentemente aumenta as diferenças sociais, de modo que isto contribui para o aumento das demandas judiciais.

Ora, se os problemas sociais de uma sociedade refletem diretamente sobre o número de demandas ajuizadas, e que esses problemas são os objetos dos conflitos de interesses, é inegável o fato de que o magistrado, ao proferir uma sentença e esgotar a via jurisdicional, além de solucionar esses conflitos, estará promovendo a paz social. E é exatamente isto que se espera do juiz, que faça justiça, promovendo o bem comum.

Neste contexto, temos que o processo é importante instrumento que deve ser manipulado de modo a propiciar as partes o "acesso à ordem jurídica justa".

2.2 - A Efetividade do Processo e o Acesso à Justiça

O acesso à justiça constitui problema que se arrasta de longa data, atormentando os legisladores e juristas através dos tempos, de modo que hodiernamente se revela como um dos grandes problemas do nosso sistema judiciário.

¹⁹ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. "Teoria Geral do Processo". cit, p. 131.

²⁰ Cândido Rangel Dinamarco. "A instrumentalidade do Processo". cit., p.155.

No passado, a preocupação versava somente sob o aspecto formalista, dogmático da questão, afastando assim fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, notadamente no que tange ao processo civil.

Tamanha é a importância do tema em discussão, que bem asseverou com o costumeiro brilhantismo de suas palavras, o jubilado mestre Mauro Cappelletti:

"O acesso à justiça pode, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".²¹

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito moderno, não há de se falar em democracia com tantos óbices aos cidadãos na defesa de seus direitos. Não basta apenas a lei dizer qual é o direito do cidadão no caso em questão. É preciso que o Estado garanta a este que seu direito será reconhecido, dando-lhe meios efetivos para acessar o poder judiciário.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 consagrou o **princípio da proteção judiciária**, também chamado de **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**, que consiste na principal garantia dos direitos subjetivos, segundo o renomado constitucionalista José Afonso da Silva, que sobre este princípio afirmou apoiado nas lições de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover:

"Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV".²²

Inicialmente, entre nós, o acesso à justiça estava apenas atrelado à defesa dos direitos individuais violados, o que foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, englobando

²¹ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. "Acesso à Justiça". Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988, p.12.

também a ameaça e não restringindo apenas à defesa de direitos individuais, alcançando também os metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ou seja, amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes de concretizada a lesão, nos termos de seu artigo 5º, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Muito precisos são os ensinamentos do professor José Afonso da Silva a respeito do art. 5º, inciso XXXV, da CF:

“A primeira garantia que o texto revela é e de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois se quer admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava os direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também”.²³

Assim, atualmente, temos diversas categorias de interesses a serem tutelados; descoberta esta recente no mundo do Direito.

Como é por demais sabido, é tradicional no Direito a distinção que se faz entre interesse público, cujo titular é o Estado e que consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo, e o interesse privado, cujo titular é o indivíduo e que consiste na contraposição dos interesses dos indivíduos no seu inter-relacionamento.

No entanto, essa tradicional dicotomia, presente em todos os países de tradição romana do Direito, sofreu severas críticas nas últimas três décadas; isto porque a expressão interesse público passou a abarcar também os denominados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos, os interesses difusos etc., conforme nos lembra o professor Hugo Nigro Mazzilli.²⁴

²² José Afonso da Silva. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 15. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 431.

²³ José Afonso da Silva. ob. cit. p. 432.

²⁴ “O próprio legislador não raro identifica o *interesse público* com o bem geral, ou seja, o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo. É o que faz, v.g., o art. 82. III, do Cód. De Processo

Além do mais, nos últimos anos tem-se reconhecido uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas.

Foi a partir de 1974, com os trabalhos de Mauro Cappelletti, que concluiu-se que os interesses de grupos apresentavam peculiaridades, tais como a questão da representação ou da substituição processual do grupo lesado; a questão da coisa julgada *extra partes*, dentre muitas outras.

Diante desse panorama percebeu-se que os interesses de grupos necessitavam de uma disciplina processual própria, adequada para sua defesa em juízo.

Com o advento da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), é que a defesa dos interesses de grupos começou a ser sistematizado no Brasil. Posteriormente a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), consolidou as idéias anteriores e inovou, distinguindo os interesses transindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim temos os **interesses difusos**, que são interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art. 81, parágrafo único, I). Pode-se dizer que “compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um *feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*”.²⁵

Os **interesses coletivos** em sentido lato, referem-se a interesses transindividuais, de grupos, de classes ou categoria de pessoas. É neste sentido que a Constituição Federal se referiu a direitos coletivos em seu Título II, ou a interesses coletivos, em seu art. 129, III.

Para o CDC, os **interesses coletivos** são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum (art. 81, parágrafo único, II).

Civil, quando limita a atuação do Ministério Público às causas em que haja interesse público, evidenciado pela qualidade da parte ou pela natureza da lide” – In, Hugo Nigro Mazzilli. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.42-43 e nota 1.

²⁵ Hugo Nigro Mazzilli. ob. cit., p.47.

Já os **interesses individuais homogêneos**, de acordo com o CDC, são aqueles interesses de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, III).

Em verdade, tanto a Lei da Ação Civil Pública quanto o CDC trouxeram diversas inovações, e, conseqüentemente, soluções para problemas que o Código de Processo Civil de 1973 não estava preparado para enfrentar, principalmente no que se refere à representação processual na defesa dos interesses metaindividuais (transindividuais ou supraindividuais).

Com efeito, temos que a clássica maneira de defender interesses em juízo, ocorre através da legitimação ordinária (que é a regra), na qual o próprio indivíduo lesado defende seu interesse, excetuadas as hipóteses em que a iniciativa de agir caiba ao Estado, *v.g.*, nos casos de ação penal pública.

No entanto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 6º, prevê a legitimação extraordinária, onde se permite a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender interesse alheio. É extraordinária porque é excepcional e depende de expressa autorização legal. Configura-se verdadeira substituição processual, que não se confunde com a representação, em que, alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio (como o procurador, o mandatário).

De certa forma, na ação civil pública, alguns legitimados substituem processualmente a coletividade de lesados, em proveito da efetividade da defesa do interesse violado, pois se cada cidadão lesado tivesse que comparecer individualmente em juízo, poderia ocasionar inevitáveis decisões contraditórias. Tem, portanto a ação civil pública, predominância do fenômeno da legitimação extraordinária, mesmo que, em parte, alguns legitimados ativos possam, na ação civil pública, também estar defendendo interesse próprio, que se confunde com os interesses metaindividuais.

Pode-se dizer então que a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor representaram profundas inovações no que se refere à defesa de interesses metaindividuais em juízo, ao ampliar o rol dos legitimados ativos, suprimindo de certa forma as lacunas do Código de Processo Civil de 1973, que não estava preparado para alcançar referida categoria de interesses. Constituiu, portanto, mais um grande

passo do legislador pátrio para garantir cada vez mais o acesso à justiça, de forma efetiva, a qualquer lesão ou ameaça a direito.

Outros mecanismos também foram criados para garantir o acesso à justiça, tais como a assistência judiciária prestada através das defensorias públicas, e os Juizados Especiais, criados pela Lei nº 9099/95, onde se prevê em determinados casos até a dispensa da presença do advogado. Assim, viabilizou-se muito mais o acesso à justiça, alcançando os casos em que a doutrina chama de litigiosidade contida, ou seja, os casos em que o cidadão sabe que possui o direito, mas por falta de recursos para contratar advogado e custear o processo, ou porque referidos custos superam o valor do direito a ser discutido, ou por receio da demora do pronunciamento jurisdicional, acabam por não exercitá-lo.

No entanto, tais providências ainda são insuficientes, pois o sistema judiciário está sobrecarregado, o que vem prejudicando extremamente a qualidade da prestação jurisdicional, seja no aspecto de sua efetividade, seja no aspecto de sua tempestividade, o que desencoraja o cidadão na hora de exercer ou exigir o seu direito. Nota-se, pois, que o processo não está cumprindo sua finalidade precípua, qual seja a de viabilizar a prestação jurisdicional, de modo que se aplique o direito substancial ao caso concreto, de maneira efetiva e tempestiva, reduzindo as diferenças sociais e econômicas. O processo não pode ser considerado como mero instrumento técnico, sob pena de tornar-se a ordem processual mais lenta que a constitucional, no aspecto evolutivo.

O Estado de Direito moderno, garante a legalidade processual, devendo para isto oferecer meios aptos a promover a igualdade e garantir a liberdade. Tem, portanto, o processo a função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, devendo este ser acessível a todos e a todas as suas causas, aberto à efetiva participação dos sujeitos interessados, sempre sobre a supervisão do magistrado sobre a instrução e sua interferência até o ponto que não prejudique a liberdade dos litigantes, assim como acontece no JEPC, no CDC e na Lei da Ação Civil Pública.

O juiz deve ser encarado como membro da sociedade, que tem um importante papel na mitigação das profundas desigualdades sociais existentes em nossa sociedade.

É, pois, a função jurisdicional de suma importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois são chamados a interpretar, integrar, plasmar e transformar o

direito, realizando a ligação entre a natureza abstrata da norma e o caráter concreto da situação fática, atuando como verdadeiros guardiões da Constituição Federal. Por isto esta função deve ser exercida com independência e consciência, pois através das decisões judiciais ocorrem pressões sobre o legislador que podem resultar nas alterações das leis e até da própria Constituição.

Ipsa facto, não basta garantir às partes o acesso à justiça com o simples direito de ação e de defesa. Mister se faz que o direito das partes seja exercitado de forma efetiva, conforme o *due process of law*, o que se traduz nos direitos e garantias processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a igualdade entre as partes. A soma de tudo isto é que se denomina acesso à justiça. Só assim é que se atingirá uma prestação jurisdicional justa, efetiva e tempestiva.

Falar sobre a efetividade do processo, nada mais é do que "falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça".²⁶

Na busca de todos esses ideais, é necessária, primeiramente, a conscientização de todos os estudiosos e operadores do direito dos atuais rumos da ciência processual, pois:

"O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com a adaptação da mentalidade dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas. A reforma do Código de Processo Civil, ainda em curso, é uma boa resposta a esses clamores".²⁷

Os operadores do direito precisam se conscientizar que as técnicas processuais estão aos seus serviços para equilibrar as diferenças entre os litigantes, promovendo assim a justiça, equilibrando as diferenças sociais. Assim, constitui missão dos processualistas modernos analisar o modo como estão sendo processados os litígios no aspecto prático, geral, de modo a estabelecer o impacto que isto está causando na sociedade, socorrendo-se para isto não só da

²⁶ Cândido Rangel Dinamarco, "A Instrumentalidade do Processo", cit. p.306.

²⁷ Cândido Rangel Dinamarco, "A Instrumentalidade do Processo". cit. p. 306.

pesquisa no cotidiano forense, mas também utilizando-se de métodos analíticos da sociologia, da política, da psicologia, da economia, entre várias outras ciências.

Podemos dizer, portanto, que:

“O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.²⁸

Deste modo, podemos apontar significativos avanços obtidos através de reformas da assistência judiciária, o que tem muito a ser melhorado, é verdade, mas que somado a outros avanços, tais como a proteção aos interesses difusos e coletivos, a proteção ao consumidor, a proteção aos portadores de deficiência, a proteção à criança e ao adolescente, a criação dos Juizados Especiais Cíveis, têm contribuído para que grande parcela da população possa reivindicar, de forma mais efetiva seus novos direitos sociais.

No entanto, o problema do acesso à justiça está longe de ser solucionado. Ainda que se pese as reformas nos procedimentos, as alterações do direito material, isto só não é o suficiente. O problema atinge dimensões muito mais amplas, pois o direito não acompanha a velocidade com que ocorrem os avanços tecnológicos. Basta citar a questão do comércio feito via internet, ou a questão da reprodução humana feita em laboratório, ou então a novíssima questão da clonagem de seres vivos. São questões que escapam ao alcance das atuais legislações e que já fazem parte da vida moderna.

Por isto, é necessário não só a reforma da legislação, nem somente de alterações procedimentais ou criação de novos procedimentos, mister se faz proceder a reforma de todo o aparelho judicial, o que implica na reestruturação dos tribunais, na ampliação do contingente de funcionários da justiça, na organização de uma defensoria pública, e muitas outras questões que não podem ser esquecidas, sob pena de se ver a falência total do sistema judiciário.

2.3 - O Tempo no Processo e suas Implicações

Inicialmente, predominava na doutrina a preocupação com a busca da verdade, para propiciar segurança ao desenvolvimento das relações jurídicas, o que levou Chiovenda²⁹ a proclamar a incompatibilidade dos procedimentos sumários com os princípios objetivos da civilização moderna.

Assim, a doutrina clássica, ao idealizar o procedimento ordinário como padrão para tutela de direitos, afastou do sistema processual a sistemática da cognição parcial (sumária), estabelecendo um sistema de cognição plena e exauriente, onde se prima pela segurança jurídica, sem se preocupar com a tempestividade, mostrando-se indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social.

Como é cediço, não se presta o procedimento ordinário para a tutela de todas as situações previstas no direito substancial, de modo que sua generalização constitui algo inadmissível, que não se coaduna com a visão moderna instrumentalista do direito processual. Tanto que, nos dias de hoje, os países de sistemas jurídicos originários do direito romano-canônico evidenciam a superação do procedimento ordinário, adotando várias técnicas de sumarização, tais como a tutela de urgência, com o intuito de remediar a ineficácia deste procedimento.

Lúcida é a colocação do eminente processualista Luiz Guilherme Marinoni, a respeito do procedimento ordinário:

"O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos

²⁸ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. ob. cit., p.13.

²⁹ Giuseppe Chiovenda, *apud* Luiz Guilherme Marinoni. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.13.

evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria".³⁰

Denota-se, portanto, a necessidade de se criar procedimentos mais céleres para causas em que o direito em debate seja mais simples, assim como o fez a Lei 90099/95, ao instituir os juizados especiais, sem que estas causas de menor complexidade se submetam ao rigorismo do procedimento ordinário.

2.4- A Morosidade do Processo e o Benefício ao Réu

Para se buscar a efetividade do processo, é necessário que seja dada maior importância ao tempo do processo, de modo que será decidida com maior justiça a lide, quanto mais rapidamente tutelar o direito do autor, que muitas vezes se não é evidente, é aparente. Pois:

"De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão".³¹

Acertada, pois, é a observação de Marinoni, pois no litígio, nos casos em que o autor não tem razão, não conseguirá provar seu direito e o réu sairá vencedor, e se ajuizou a ação por má fé, a lei processual o punirá. No entanto, se o autor tem razão, mesmo seu direito estando evidente, a velha concepção do direito à ampla defesa, acaba por possibilitar ao réu procrastinar o andamento do processo, não com o intuito de defender-se (pois a razão assiste ao autor), mas com o intuito de ganhar tempo e prejudicar o autor.

Ora, sabe-se que no cotidiano forense a realidade é bem outra, do que aquelas obsoletas concepções, narcisistas e românticas a respeito do direito à ampla defesa e ao devido processo

³⁰ Luiz Guilherme Marinoni. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". cit., p.15.

³¹ Luiz Guilherme Marinoni. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". cit., p.15.

legal, que da mesma forma em que assegura o direito do réu a uma cognição plena, no mais das vezes acaba por privar o autor de muitas outras coisas, trazendo-lhe imensuráveis prejuízos, o que muitas vezes o inibem de bater às portas da justiça para que lhe reconheça seu direito, pois:

"Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de um modo realmente oposto sobre as disposições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem)".³²

Figure-se um exemplo de um processo condenatório. O autor que reivindica seu direito é prejudicado pela demora do processo, pois a demora na obtenção do bem implica na preservação do patrimônio do réu, e, por conseguinte, quanto maior a demora, maior o prejuízo causado ao autor. E pior, se o réu dilapida seu patrimônio para frustrar a pretensão do autor, esse tem seu ônus aumentado, pois terá ainda que provar a fraude, a qual não deu causa.

Mesmo que o autor obtenha, no processo de execução, o bem por ele perseguido, a demora na sua obtenção pode lhe causar enormes danos. É o que Andolina, citado por Marinoni, chama de "dano marginal em sentido estrito" ou de "dano marginal de indução pessoal".³³

Na maioria das vezes, o que se disputa no processo é um bem da vida de natureza econômica, e em razão da demora, muitos bens e capitais ficam imobilizados, e quando em larga escala, acaba por prejudicar a economia do país. Aliás, a lentidão do processo é um dos maiores fatores de perda de credibilidade na justiça. O cidadão que teve seu direito lesado, ao procurar a justiça, na maioria das vezes está em situação de desespero, e o Poder Judiciário é a última via a qual ele pode se socorrer.

Chega-se então à lamentável conclusão de que o processo é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem, pois não se pode

³² Italo Andolina, apud Luiz Guilherme Marinoni. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". cit., p.16.

³³ "Questo peculiare tipo di danno può essere come 'danno marginale in senso stretto', oppure come 'danno marginale da induzione processuale', appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto

afastar a possibilidade de o réu não ter o efetivo interesse em demonstrar que a razão não assiste ao autor, por apenas pretender manter o bem disputado por mais tempo em seu patrimônio, mesmo que sem razão, o que a morosidade do processo pode contribuir inegavelmente.

Não se trata de cercear o direito de defesa, mas o direito de defesa só constitui direito quando exercido de forma razoável e que não retarde indevidamente a realização do direito do autor. Isto porque o direito de defesa, assim como o direito de acesso à justiça, são direitos garantidos pela Constituição Federal, e direito de acesso à justiça, como já dissemos, não se trata apenas do direito de ingressar em juízo, mas implica também no direito de obter uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

A partir do momento em que o Estado vedou a autotutela, assumindo para si o monopólio da jurisdição, assumiu também o compromisso de tratar os litigantes de forma igual, em razão do princípio da isonomia, e também assumiu o compromisso de dar uma prestação jurisdicional, justa efetiva e tempestiva.

Neste passo é que a missão dos processualistas aumenta. Não se permite mais que a questão do tempo no processo seja encarada como problema secundário ou incidente; é preciso que se atente para a velocidade das relações do mundo moderno, em que o tempo é sua base principal. Assim, deve o processualista apreciar as normas infraconstitucionais sem se afastar dos valores constitucionais, de modo a extrair do sistema processual a melhor maneira de se buscar a adequada tutela jurisdicional.

Assim também o juiz deve agir ao interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto, não podendo se distanciar do momento histórico que estamos vivendo, nem apenas repetir friamente as palavras da lei, quando isto possa levar a resultados díspares da realidade social. O juiz é que opera a balança da justiça, devendo pesar as normas em contraposição aos valores constitucionalmente instituídos, a fim de preservar a base do Estado Democrático de Direito. Não pode mais o juiz ser indiferente e inerte às transformações sociais que ocorrem velozmente.

genericamente ocasionato, dalla distensione temporale del processo” Ítalo Andolina, *apud*, Luiz Guilherme Marinoni. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". cit., p.20.

Neste sentido são as oportunas palavras do aclamado processualista Cândido Rangel Dinamarco:

"Para o adequado cumprimento da função jurisdicional é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e se o juiz precisa estar consciente disso. (...) Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor de seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa provavelmente que as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a mens legislatoris, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o seu direito".³⁴

Com efeito, a lentidão do processo não só significa um peso muito grande para o litigante, como também inibe o acesso à justiça; de forma que a morosidade induz o cidadão a desacreditar no Poder Judiciário, o que é severamente prejudicial aos fins de pacificação social a que a jurisdição se propõe, podendo até mesmo resultar na deslegitimação do poder.

2.5 - O Abuso do Direito de Defesa e a Tempestividade no Processo

Sabe-se que na prática, muitas vezes o réu se vale de defesas abusivas com a finalidade de protelar o momento da realização do direito de defesa do autor ou até mesmo destinadas a retirar do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo no processo. Neste caso, a administração da justiça é evidentemente prejudicada pelo "custo do processo", pois:

"Quanto maior é o número de casos de abuso do direito de defesa, maior o número de processos em desenvolvimento e, por consequência, maior é o número de juízes e

³⁴ Cândido Rangel Dinamarco. "A Instrumentalidade do Processo". p.294-295 e nota 6.

funcionários envolvidos e, bem pior do que isso, maior é o congestionamento e a morosidade da administração da justiça no seu todo".³⁵

Assim, a demora e o grande acúmulo de processos em andamento, podem afetar a qualidade da prestação jurisdicional, haja vista que estes são fatores que contribuem efetivamente para a multiplicação das possibilidades de erro do juiz, na medida em que transcorre o tempo entre o fato ocorrido a ser investigado pelo juízo e o momento do sentenciamento.

Mister se faz, portanto, que haja um grande empenho da doutrina e da jurisprudência, bem como dos legisladores, para mitigar e até acabar com os efeitos nocivos que o abuso do direito de defesa acarreta para o processo e para a administração da justiça; esforço este que já surtiu efeitos positivos através da reforma do Código de Processo Civil de 1994, que implantou através do artigo 273 do CPC, a possibilidade da antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa, que tem por escopo poupar o autor e ao mesmo tempo evitar que a administração da justiça seja atingida por seus indesejáveis efeitos maléficis, acima já apontados, embora sucintamente. Sobre a antecipação de tutela falaremos mais adiante.

³⁵ Luiz Guilherme Marinoni. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". cit. pg. 28/29.

PARTE II – PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO

CAPÍTULO 3 – O PROCESSO DE CONHECIMENTO

3.1 – Considerações Iniciais

Denomina-se processo de conhecimento aquele que é instaurado para que uma pretensão seja decidida mediante sentença, onde o órgão judiciário é chamado a desempenhar sua atividade mais característica da função jurisdicional, a de dizer o direito, ou seja, dizer quem tem razão e quem não a tem, com a formalidade e os efeitos da sentença.

Apropriadas são as palavras do grande processualista Frederico Marques³⁶, trazendo à baila os magistrais ensinamentos de Liebman e Carnelutti, sobre o processo de conhecimento:

"O juízo contido na sentença consistirá em 'acolher ou rejeitar o pedido formulado pelo autor na propositura da ação, com base na verificação da situação jurídica existente entre as partes'. O juiz assim, formula na sentença, de forma positiva ou negativa, 'a regra jurídica concreta que disciplina a espécie que constitui objeto do processo'.

O *jus dicere* é a função nuclear do processo de conhecimento. CARNELUTTI, por, isso, o denominava de *processo giurisdizionale*, para deste modo, o distinguir da

³⁶ José Frederico Marques. "Instituições de Direito Processual Civil". 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972. V. III, p.21.

esecuzione e da *prevenzione*. Só recentemente foi que se passou a falar em *processo di cognizione*".

Lúcidas são as palavras do ilustre professor Gelson Amaro de Souza, sobre o processo de conhecimento, que:

"Tem como objetivo solucionar uma lide de definição, isto é, visa definir um direito que se encontra debaixo de controvérsia entre as partes. A finalidade deste é apenas conhecer e definir o direito e por isso dissemos anteriormente, que poderia até ser chamado de processo de definição. Isto é, definir um direito até então objeto de discussão e por isso não conhecido ou não definido em razão da lide que envolve os litigantes".³⁷

O ilustre processualista Barbosa Moreira, explica que:

"O exercício da função jurisdicional visa à *formulação* e a *atuação prática* da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (formulação da norma jurídica concreta) corresponde o *processo de conhecimento* ou de cognição; ao segundo aspecto (*atuação prática* da norma jurídica concreta), o processo de execução".³⁸

É, portanto, com o comando emergente da sentença, transitado em julgado, que se encerra o processo, pois é imperativo e torna imutável a norma jurídica concreta nela contida, em decorrência do instituto da coisa julgada, sendo a sentença definitiva o modo normal de encerramento do processo de conhecimento.

Com muita propriedade observou o ilustre professor Gelson Amaro de Souza que:

"Nesta espécie de processo, ninguém é forçado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa; pois este tipo de processo não se presta à coação. Trata-se, somente de analisar os fatos

³⁷ Gelson Amaro de Souza. "Curso de Direito Processual Civil". 2. ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998, p.61/62.

³⁸ José Carlos Barbosa Moreira. "O Novo Processo Civil Brasileiro". 20. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, p.3.

e dizer quem está com o direito ou qual o direito cabente a cada uma das pessoas envolvidas".³⁹

Podemos dizer que o processo de conhecimento tem seu início através de uma ação de conhecimento, que tem por objeto o *judicium*, ou seja, a atuação do Estado, que através da jurisdição, aplica a vontade da lei ao caso concreto. Extraí-se daí, que o resultado deste processo é fruto da atividade cognitiva do juiz, que este realiza antes de decidir a causa, investigando as questões jurídicas e fáticas, a fim de obter respostas para embasar sua decisão. A *cognitio*, portanto, é o conjunto das diversas atividades intelectuais realizadas pelo juiz, com o propósito de formar e embasar seu convencimento. É traço marcante do processo de conhecimento.

Isto não quer dizer que no processo cautelar ou no processo de execução não tenha atividade cognitiva do juiz, como ocorre nos embargos do executado, na exceção de pré-executividade, no concurso de credores...

O que ocorre é que, no processo de conhecimento, além de a cognição ser traço marcante e predominante, essa cognição é ampla, também chamada de cognição plena ou exauriente, que tem por objeto o exame profundo de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes.

Já no processo de execução e nos procedimentos especiais, a cognição pode ser incompleta, também chamada de cognição limitada, sumária ou superficial, onde às partes é vedado suscitar certas questões e ao juiz é verdade pronunciar-se sobre determinadas questões. Como exemplo podemos citar a execução fundada em título executivo judicial (sentença), onde a matéria que o executado pode alegar nos embargos é limitada pelo artigo 741, do Código de Processo Civil.

Diferente é o que ocorre no procedimento sumário, em que a cognição continua sendo exauriente, porém o procedimento adotado é mais breve, o que ocorre devido às técnicas escolhidas pelo legislador, tais como a concentração de alguns atos em um mesmo momento, causas que envolvam direitos materiais de pequeno valor ou que sua comprovação não exija meios de provas de maior complexidade.

³⁹ Gelson Amaro de Souza. ob. cit., p.452.

Na tutela jurisdicional que se realiza através do **processo de conhecimento**, a sentença pode ser **condenatória**, **declaratória** ou **constitutiva**, havendo assim, três espécies de processo de conhecimento: a) processo meramente declaratório; b) processo condenatório; c) processo constitutivo.

O **processo meramente declaratório** visa apenas à declaração de existência ou inexistência da relação jurídica, de modo que o provimento jurisdicional invocado exaure-se na decisão quanto à existência ou inexistência da relação jurídica. A regra geral que sustenta o pedido meramente declaratório é o artigo 4º do Código de Processo Civil, cujo inciso II indica a única possibilidade de mera declaração de um fato (falsidade documental). Exemplos específicos de sentenças meramente declaratórias são as proferidas no processo de usucapião (tendente a declara a aquisição da propriedade) ou de nulidade de ato jurídico.

O **processo condenatório** tende a uma sentença de condenação ao réu, de modo que, o juiz ao acolher o pedido do autor, reconhece a inobservância de norma reguladora aplicável ao conflito em questão, formulando, na sentença, uma sanção, que possibilita o autor a dar início à execução forçada. É o processo mais freqüente no cotidiano, que nos estudaremos em maiores detalhes, adiante.

O **processo constitutivo** é aquele que visa a um provimento jurisdicional que constitua, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica.

Deste modo, o tipo de processo depende da natureza da ação proposta e se subordina, por isso, ao objeto imediato do pedido. Pode ocorrer, no entanto, que a decisão não se harmonize com a natureza da ação, v.g. nos casos em que o juiz julga o pedido do autor improcedente, proferindo uma decisão de conteúdo declaratório-negativa, mesmo que seja um processo condenatório; ou ainda nos casos em que o juiz não aprecia o *meritum causae*, examinando apenas os pressupostos de admissibilidade do julgamento, proferindo assim uma decisão processual de conteúdo declaratório.

3.2 - Estrutura Geral do Processo de Conhecimento

Vigora em nosso ordenamento jurídico processual civil, o princípio da iniciativa da parte (*ne procedat iudex ex officio*), de modo que o órgão jurisdicional somente atua mediante provocação da parte, pois "a ação provoca a jurisdição que se exerce através do processo".

Assim, a parte formula seu pedido, que constitui a demanda, e em razão do princípio do contraditório, deve-se abrir oportunidade ao réu de defender-se. Tanto o pedido do autor, quanto a defesa do réu, constituem **atos postulatorios**.

A veracidade das alegações feitas pelas partes, precisam ser examinadas pelo órgão judicial, que examinará as provas para formar a convicção acerca dos fatos relevantes à solução da causa, que se realiza através da instrução, que se denomina de fase **instrutória** ou fase **probatória**.

Baseado nas provas e aplicando as regras jurídicas pertinentes, formula o órgão judicial a norma concreta que disciplinará a situação, proferindo a sentença, que é modo normal de extinção do processo de conhecimento. Trata-se da fase denominada **decisória**.

Temos então, de um modo geral, as seguintes fases do processo de conhecimento: fase postulatoria, fase instrutória e fase decisória.

Perdurou durante muito tempo na doutrina, que referidas fases do processo de conhecimento eram absolutamente distintas e estanques, o que, *data máxima vênia*, não é verdade. O que marca estas fases são a predominância e não a exclusividade, idéia esta preconizada pelo emérito professor Barbosa Moreira:

"O exame dos modelos conhecidos no direito moderno evidencia que, se em geral se podem distinguir no itinerário processual diversas etapas, correspondentes aos tipos de atividades acima indicadas, a caracterização de cada uma delas antes se liga à *predominância* que à *exclusividade* do respectivo exercício. Ter-se-ão, assim, uma fase predominantemente postulatoria, uma fase predominantemente instrutória e uma fase predominantemente decisória. Mas, de um lado, as fronteiras entre elas nem sempre são muito nítidas; e, de outro, não se trata de compartimentos estanques: a produção de provas, por exemplo, começa a realizar-se desde a fase postulatoria, e mesmo após o encerramento desta podem, eventualmente, praticar-se atos por natureza assemelhados à demanda ou à defesa".⁴⁰

CAPÍTULO 4 – O Processo de Execução

4.1 – Aspectos Gerais sobre a Execução

Para se falar em processo de execução, primeiro é preciso tecer alguns comentários sobre o que origina este tipo de processo.

Sabemos que, grande parte dos conflitos que envolvem as pessoas se traduz pela pretensão de um sujeito ao apossamento de um bem, resistida por um outro sujeito. Tais conflitos somente estarão resolvidos quando o primeiro obtiver efetivamente o bem a que persegue, ou quando se declarar, de forma definitiva, que não tem direito a ele.

Assim, a função estatal pacificadora somente estará cumprida quando alguns desses resultados práticos forem obtidos, pois, enquanto perdurar a insatisfação do credor, mesmo que tenha uma sentença reconhecendo-o como tal, o conflito permanece, bem como o desgaste social e a infelicidade pessoal.

Ao vedar a autotutela, o Estado assumiu para si a missão de executar os julgados e assim atingir o seu dever de pacificação social, objetivando o bem comum, que é a principal meta do Estado moderno.

Cabe então ao Estado assegurar a observância do ordenamento jurídico, ou seja, apenas ao Estado é dado atuar a sanção, de modo institucionalizado. O caráter institucional da sanção jurídica é o que a distingue de sanções aplicadas por outros grupos sociais,

⁴⁰ José Carlos Barbosa Moreira. “O novo Processo Civil Brasileiro”. cit., p.5.

Como já dissemos, o processo de conhecimento chega ao final com a sentença transitada em julgado. Em se tratando de uma sentença condenatória, devemos ressaltar que esta possui uma dupla função, pois declara o direito existente (função declaratória) e também formula a regra sancionadora aplicável ao caso decidido (função sancionadora). Ou seja, a sentença declara a existência do direito do credor e a respectiva obrigação do réu, condenando este no cumprimento da obrigação.

O pressuposto prático da execução é a falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado, de modo que, somente quando se verifica o inadimplemento é que surge a razão de ser da execução, o interesse prático concreto para fazer-se a execução. Por isto é que se diz ter a execução caráter subsidiário ou secundário.

Esclarecedoras são as palavras do consagrado professor Cândido Rangel Dinamarco:

“A visão instrumentalista do direito processual permite que se considere a realização das obrigações por obra do próprio obrigado ou, à sua falta, por força dos meios executivos predispostos na lei processual. Como é comum dizer-se, a execução tem caráter subsidiário, ou secundário, em relação ao adimplemento: só se justifica quando as forças internas da própria obrigação não tiverem sido suficientes para levar o obrigado a adimplir”.⁴¹

Surge então duas possibilidades ao devedor. Ou este cumpre voluntariamente a obrigação constante na sentença condenatória, ou se nega a fazê-lo. Neste caso, cabe ao credor provocar novamente o órgão do judiciário, para que coativamente cumpra a sentença, satisfazendo o direito do credor e tornando efetiva a regra sancionadora.

É, portanto, a sentença condenatória, o título em que se funda o credor para provocar o órgão judiciário. E, justamente por se originar do próprio órgão judiciário, é que a este título dá-se o nome de **título executivo judicial**, que estão elencados no art. 584, do Código de Processo Civil.

Com a lucidez que lhe é peculiar, assim observou o ilustre professor Humberto Theodoro Júnior:

“... não teria sentido, para a realização da vontade concreta da lei, limitar o Estado sua função pacificadora dos litígios à simples enunciação do direito aplicável a cada caso. O monopólio estatal da justiça exige que a função jurisdicional vá além, para evitar que o particular tenha que usar a própria força para fazer valer o direito subjetivo reconhecido em seu favor”.⁴²

A par do título executivo judicial existem outros, que a lei reconhece, por conter a manifestação de vontade do credor e do devedor, a existência de uma sanção para a hipótese de inadimplemento da obrigação. São os chamados **títulos executivos extrajudiciais**, que estão elencados no art. 585, do Código de Processo Civil, tais como o cheque, a nota promissória, a duplicata e etc.

O célebre processualista Henrico Tullio Liebman ensina:

“A atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”.⁴³

Com a propriedade que lhe é peculiar, o saudoso professor Moacyr Amaral Santos, assim conceituou a execução:

“E aí se tem a *execução forçada*, ou, simplesmente, *execução*, que é o processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base um título judicial ou extrajudicial (Cód. Proc. Civil, art. 583), empregando *medidas coativas, efetiva e realiza a sanção*. Pelo processo de execução, por meio de tais medidas, o Estado visa alcançar, contra a vontade do executado, a satisfação do direito do credor”.⁴⁴

O ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco, reportando-se à doutrina de Liebman, ensinou:

⁴¹ Cândido Rangel Dinamarco. “Execução Civil”. 6. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 100.

⁴² Humberto Teodoro Júnior. “Processo de Execução”. 15. ed. São Paulo: Leud, 1991, p. 11.

⁴³ Enrico Tullio Liebman. “Processo de Execução”. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1968, p.4.

⁴⁴ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. V. III, p.205.

“Conceitua-se execução, em face do exposto, como uma cadeia de atos de atuação da vontade sancionatória, ou seja, *conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material*”.⁴⁵

O que o autor da ação de execução busca, portanto, é a realização da sanção constante na sentença condenatória, de modo que ao iniciá-la, o credor está a reclamar do Estado, ao seu órgão jurisdicional, que empregue medidas coativas a fim de satisfazer o direito do credor, contido no título executivo, ou seja, assegure a eficácia prática deste título. Afinal, o ideal da execução é produzir os mesmos resultados que o adimplemento teria produzido.

Há algum tempo atrás, a doutrina discutia o caráter de ação que se confere ao processo de execução, sendo que este caráter ainda é recusado por parte da doutrina (Gabriel Resende Filho, Fraga, Costa Carvalho e outros).

Tem-se, portanto, que o processo de execução é um processo autônomo em relação ao processo de conhecimento, com regras e fundamentos próprios.

Não prevalece o argumento de que o processo de execução seria apenas mais uma etapa do processo de conhecimento, pois o direito de provocar a atuação jurisdicional de execução é um direito processual subjetivo, da mesma forma que o de provocar a jurisdição decisória, no processo de conhecimento.

Ora, as ações de conhecimento, destinam-se a uma sentença sobre a pretensão deduzida, e, uma vez proferida esta sentença e transitada em julgado, esgotou-se a prestação jurisdicional.

O mesmo ocorre nas ações condenatórias, conforme nos ensina o professor Moacyr Amaral Santos:

“Mas, também nas ações condenatórias, a sentença, declarando certo o direito e formulando a regra sancionadora, encerra a ação e o processo. E tanto isso é certo que,

⁴⁵ Ainda adverte o autor: “A esse conjunto de atos de agressão patrimonial dá-se o nome de sanção, que não se confunde com as sanções de direito substancial (multas, interdições de direitos etc.) porque só elas têm a capacidade de conduzir diretamente a resultados práticos: feita a execução, o credor resta satisfeito porque o que lhe era devido estará em seu poder. As sanções de direito material não se prestam a isso”. Cândido Rangel Dinamarco. “Execução Civil”. cit., p. 115.

se o vencido cumprir voluntariamente a condenação que lhe foi imposta, não haverá lugar a qualquer outro procedimento, e, quando não a cumprir, a instauração da execução dependerá de manifestação expressa da vontade do credor, do seu pedido de execução contra o devedor, para qual este deverá ser *novamente citado* (Cód. Proc. Civil, art. 614).

Pela citação do executado, a relação processual, já iniciada entre o exequente e o juiz, se completa. Nova relação processual, novo processo”.⁴⁶

Bem lembrou o professor Cândido Rangel Dinamarco:

“No estatuto vigente inexistia dúvida *de lege data* acerca da autonomia do processo executivo, porque não repete a frase infeliz daquele art. 196⁴⁷ e porque a sentença de mérito é apontada expressamente como ato extintivo do processo de conhecimento (art. 269, inc. I). Hoje é pacífica em doutrina a autonomia do processo de execução ...”.⁴⁸

Temos então que, a ação de execução é um direito autônomo, distinto do direito material do credor, o que se evidencia se considerarmos que o título executivo pode ser declarado nulo, ou que a execução por título judicial pode ainda não estar em condições de ser iniciada, ou que a obrigação já fora cumprida pelo devedor.

Também é a ação de execução, um direito abstrato, porque pode ser exercitado independentemente de seu resultado prático, de modo que a obrigação, mesmo assim, pode não ser satisfeita, como por exemplo, no caso de não haverem bens do credor suficientes para suportar a execução. Note-se que, nem por isso deixou de haver um processo executório.

Outro argumento de peso da tese da autonomia do processo de execução se extrai da execução que se funda em sentença condenatória proferida em juízo criminal que poderá ser executada no juízo cível, nos termos do artigo 584, inciso II, do Código de Processo Civil. Nota-se, portanto, a existência de dois processos completamente distintos.

⁴⁶ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 215.

⁴⁷ O autor aqui se reporta ao art. 196 do revogado Código de Processo Civil de 1939, que dizia que o processo nascido com a citação do réu para a cognição só vai terminar ao fim da execução, assim como já havia proclamado o Código paulista.

⁴⁸ Cândido Rangel Dinamarco. “Execução Civil”. cit., p. 132.

Seguem essa mesma linha de pensamentos autores como Liebman⁴⁹, Frederico Marques⁵⁰, Humberto Theodoro Júnior⁵¹, Moacyr Amaral Santos⁵², Cândido Rangel Dinamarco⁵³, Araken de Assis⁵⁴, dentre outros. Esta é a doutrina dominante, a qual nos filiamos.

O processo que se instaura com a ação de execução visa a realização da sanção, assegurando a eficácia prática do título executivo. Desenvolve-se através de atos consistentes em medidas coativas, pelas quais transforma-se a situação de fato existente na situação ordenada pelo título executivo.

Diz-se “execução forçada”, justamente porque os atos praticados pelo órgão do judiciário independem do concurso da vontade do executado, que sofre a constrição de seus bens para garantir a satisfação da obrigação constante do título executivo.

Há no processo de execução uma relação processual, com a presença das partes – exeqüente e executado – e o juiz. No entanto, ao contrário do que ocorre no processo de conhecimento, onde predomina o princípio do contraditório, no processo de execução este princípio se mostra bastante mitigado, conforme nos lembra Moacyr Amaral Santos:

“Na execução, formada a relação processual, as atividades coativas se desenvolvem contra o executado, que não pode impedi-las, não lhe cabendo senão o poder de exigir que se realizem na conformidade e nos limites da lei. Conquanto parte, o executado se encontra na posição de sujeito às atividades jurisdicionais executórias impregnadas da *vis coativa* que as caracteriza.

Na verdade, poderá o executado resistir à pretensão executória, opondo-lhe *embargos*, ensejando o contraditório. Este, entretanto, se apresenta no processo dos embargos, e não no de execução, em face do qual aquele é um processo incidente (LIEBMAN)”.⁵⁵

⁴⁹ Henrico Tullio Liebman. “Processo de Execução”. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

⁵⁰ José Frederico Marques. “Instituições de Direito Processual Civil”. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. V.

⁵¹ Humberto Theodoro Júnior. “Processo de Execução”. 15. ed. São Paulo: Leud, 1991

⁵² Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. v.III, cit.

⁵³ Cândido Rangel Dinamarco. “Execução Civil”. cit.

⁵⁴ Araken de Assis. “Manual do Processo de Execução”. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁵⁵ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p.214.

Sabe-se que no pedido está o objeto de todo processo. No processo de execução, o pedido visa a realização prática da sanção formulada na sentença, ou aquilo que se contém no título extrajudicial.

Em se tratando de execução baseada em sentença condenatória, uma vez que este título retrata a certeza do direito do credor, e sobre o qual não mais se discute, o que se requer ao órgão jurisdicional são atividades executivas, ou seja, a prática de atos destinados a efetivar a regra sancionadora formulada na sentença condenatória. Esse é o objeto imediato do processo de execução.

O objeto mediato do processo de execução são os bens do patrimônio do devedor, pois as atividades executórias são praticadas sobre os bens de seu patrimônio, os quais respondem pelas suas obrigações. É a lei quem o diz: “O devedor responde, para com o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei” (Código de Processo Civil, art.591).

4.2 - Pressuposto Específico do Processo de Execução

Como é por demais sabido, o pedido de execução fundamenta-se num título executivo, de forma que, para se instaurar o processo de execução, e exigir do Estado, representado por seu órgão jurisdicional, a prática de atos coativos tendentes a realizar a regra sancionatória formulada, incumbe ao exeqüente, de plano, fornecer prova do seu direito à execução, que está contido no título executivo. Regra geral, prevalece o adágio romano *nulla executio sine titulo*.

Pode-se afirmar, então, que o pressuposto que é específico da execução, que é necessário e suficiente à instauração do processo de execução, é o **título executivo**.

Com efeito, é o que dispõe o artigo 583, do Código de Processo Civil: “Toda execução tem por base um título executivo judicial ou extrajudicial”. Daí extrai-se que, o credor, ao requerer a execução, deve instruir o pedido com a prova de seu crédito, ou seja, o título executivo, exceto se este for título judicial, porque a sentença constará dos autos, *ex vi*, artigo 614, inciso I, do Estatuto Processual Civil em vigor.

Título executivo, na lição do aclamado professor Moacyr Amaral Santos:

“...consiste no *documento* que, ao mesmo tempo em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele direito de promover a execução contra este.

No título estão compreendidos o objeto, os limites e a extensão da execução”.⁵⁶

Segundo o Código de Processo Civil vigente, os títulos executivos são judiciais ou extrajudiciais (art. 583, CPC), conforme já dissemos. Cuidaremos agora dos títulos executivos judiciais, que mais interessam ao objetivo deste trabalho.

4.3 – Títulos Executivos Judiciais

O legislador resolveu elencar os títulos executivos judiciais, de modo que este rol é taxativo. São eles exclusivamente os previstos nos incisos do artigo 584 do Código de Processo Civil: “São títulos executivos judiciais: I – a sentença condenatória proferida no processo civil; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação; IV – a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal; V – o formal e a certidão de partilha”.

No entanto, conforme advertiu o ilustre professor Moacyr Amaral Santos:

“Com a edição da Lei nº 9.079/95, que introduziu a ação monitória no Código de Processo Civil (arts. 1.102a a 1.102c e §§ 1º, 2º e 3º), vislumbra-se novo título judicial. Vale dizer que aquele que detiver uma prova escrita, sem eficácia de título executivo, para pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel (Cód. Proc. Civil, art. 1.102a), poderá ingressar com a denominada ação monitória para obtenção de um título executivo judicial”.⁵⁷

O professor Leonardo Greco assim definiu o título judicial:

⁵⁶ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p.217.

“O que a nossa lei qualifica de judiciais são os títulos executivos, geralmente oriundos de um provimento judicial, que geram uma presunção normalmente absoluta de nascimento de crédito e que, por isso, nos embargos à execução, não permitem a alegação de qualquer matéria relativa à nulidade de citação no processo de que resultou a formação do título, se for o caso (CPC, art. 741), ou a extinção da dívida por fato superveniente à formação do título”.⁵⁸

Passaremos a analisar a sentença condenatória proferida no processo civil como título executivo, por estar relacionado com a execução provisória, que é o objetivo precípuo do presente trabalho.

4.3.1 – A Sentença Condenatória Proferida no Processo Civil como Título Executivo Judicial

Conforme já foi dito, a sentença condenatória proferida no processo civil constitui-se título executivo judicial, nos termos do artigo 584, inciso I, do Código de Processo Civil.

A sentença condenatória é aquela que declara como certo o direito do credor e formula a regra sancionadora para o caso concreto, ou seja, para o caso de o devedor não adimplir voluntariamente a obrigação a que foi condenado, conferindo ao credor o direito de exigir do Estado o direito de execução, ou seja, que o Estado através da constrição de bens do devedor, realiza efetivamente o cumprimento da obrigação. Este tipo de execução, fundamenta-se na sentença, na qual se apóia o direito do credor à execução e fixa os limites da realização desta execução, chamando-se, portanto, de **execução simples** ou **execução de sentença**.

Vale a pena trazer à baila os comentários tecidos pelo jubilado mestre Henrico Tullio Liebman, a respeito da sentença condenatória:

“Desse modo, a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto ela não difere de todas as outras

⁵⁷ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p.217.

⁵⁸ Leonardo Greco. “O processo de Execução”, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. II, p. 132.

sentenças (função declaratória); em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora)”.⁵⁹

Regra geral, para que dada sentença tenha força executiva, mister se faz tenha ela transitada em julgado, isto é, que tenha ocorrido coisa julgada formal. À execução fundamentada em sentença transitada em julgado, dá-se o nome de **execução definitiva**, de acordo com o artigo 587, primeira parte, do Código de Processo Civil: “A execução é definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado”.

Destarte, o próprio Código de Processo Civil admite uma exceção a essa regra, em seu artigo 587, parte final: “é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

Sobre execução definitiva e execução provisória da sentença, falaremos mais adiante.

A lei processual faz ainda mais uma exigência a respeito do título executivo judicial: este deve ser **líquido, certo e exigível**, para que goze de eficácia executiva. É o que determina o Código de Processo Civil, em seu artigo 586: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”.

Certeza diz respeito à existência da obrigação; **liquidez** corresponde à determinação do valor ou da individuação do objeto da obrigação, conforme se trate de obrigação de pagar em dinheiro, de entrega de coisa, de fazer ou não fazer; **exigibilidade** tem o sentido de que a obrigação, que se executa, não depende de termo ou condição, nem que está sujeita a outras limitações. Assim, título que não reúna tais requisitos não goza de eficácia executiva, *ex vi*,

⁵⁹ O autor continua sua explanação em nota de rodapé, dizendo que: “Aceitando em parte os argumentos expostos acima, CARNELUTTI completou a definição dada anteriormente da sentença condenatória (declaração de ato ilícito), acrescentando-lhe a declaração da sanção a que o réu deve ser submetido: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931, p.I, pág. 316; *Siatema* cit., pág. 138. Entretanto, a simples declaração da sanção não é suficiente e a sentença é, nesta parte, constitutiva; antes de sua prolação não falta só a certeza, como até a existência da situação jurídica que lhe habilita à execução. Por sua vez CLAMANDREI define a condenação como ato que transforma a obrigação do devedor em sujeição do mesmo à execução (“La condanna”, em *Studi sul Processo Civile*, vol. III, Pádua, 1934, pág. 179); mas a sentença não extingue a obrigação, como esta definição deixa supor, e só põe ao lado dela a nova relação sancionadora. Além disso, ambas essas definições só cuidam do lado passivo da relação, que é a sujeição do condenado à sanção, esquecendo seu lado ativo, que é a ação executória do credor”. Henrico Tullio Liebman. “Processo de Execução”. cit. p. 16 e nota 12.

artigo 618, inciso I, do Código de Processo Civil: “É nula a execução: se o título não for líquido, certo e exigível”.

Como corolário imediato dessa regra, temos prescrito no § 1º, do art. 586, do CPC que: “Quando o título for sentença, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação”. Deste modo, a sentença que contenha condenação sem determinar seu valor ou individualizar seu objeto, não goza de eficácia executiva, devendo proceder-se primeiro a sua liquidação, antes da execução, nos termos do art. 603, do CPC.

Caso a sentença contenha uma parte líquida e outra ilíquida, pode o credor executar aquela parte e promover a liquidação desta, conforme autoriza o § 2º, do art. 586, do CPC.

No tocante à exigibilidade da obrigação a que foi condenado o devedor, o ônus da prova é do exeqüente, pois preceitua o Código de Ritos em seu art. 572: “Quando o juiz decidir a relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou termo”. Esta prova deve ser apresentada na petição inicial da execução, nos termos do art. 614, inciso III, do CPC.

4.3.2 – Regras de Competência na Execução Fundada em Título Executivo Judicial

A competência no processo de execução não se rege pelos princípios gerais, mas sim pelas regras de competência do processo de conhecimento no qual se formou o título executivo, pois, “na realidade se conexiona com o de conhecimento, do qual provém o título em que se fundamenta. Diz-se que essa espécie de processo de execução se liga ao de conhecimento por uma *conexão sucessiva* (LIEBMAN, FREDERICO MARQUES)”.⁶⁰

Por isto o princípio, segundo o qual, “o juiz da ação é o juiz da execução”, de modo que, na execução fundada em título judicial, regra geral, a competência é do juiz que conheceu e decidiu o processo de conhecimento em que foi proferida a sentença.

⁶⁰ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p.232-233.

Referido princípio está previsto no Código de Processo Civil, em seu art. 575: “A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante: I – os tribunais superiores, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo que homologou a sentença arbitral”.

Por conseguinte, no mesmo juízo em que se decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, mesmo que a sentença tenha sido reformada por ocasião de recurso, deverá ser processada a sua execução.

No entanto, se os bens do devedor sobre os quais recair a execução não se encontrarem no foro da causa, os atos executórios da penhora, avaliação e alienação far-se-ão por carta precatória ao juiz da situação da coisa, conforme estatui o art. 658 do Código de Processo Civil: “Se o devedor não tiver bens no foro da causa, far-se-á a execução por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens do foro da situação”.

4.4 – As fases do Processo de Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente Fundada em Sentença Condenatória

Existem diversas espécies de execução, assim, conforme a **natureza do título** em que se fundamenta, a execução pode ser: fundada em **título executivo judicial** ou em **título executivo extrajudicial** (CPC, arts. 583, 584, 585).

Levando se em conta a **eficácia do título executivo**, a execução poderá ser **definitiva** ou **provisória**. A execução será definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; será **provisória** quando baseada em sentença sujeita a recurso que tenha sido recebido somente no efeito devolutivo (CPC, art. 588).

Tendo-se em vista o **processo**, a execução poderá ser **simultânea** ou **sucessiva**. Será simultânea quando, sendo a sentença líquida numa parte e ilíquida em outra, o credor promover a execução daquela simultaneamente e a liquidação desta (CPC, art. 586, § 2º); quando, sendo líquida a sentença exequenda, mas distintos os objetos da condenação, quanto a uns a execução corre nos autos principais e, quanto a outros, em carta de sentença ou nos autos

suplementares. Será sucessiva quando a sentença exequiênda contiver condenação genérica, caso em que se providenciará primeiro a sua liquidação (CPC, art. 586, § 1º).

Em relação ao **objeto** da execução, ela será **direta** ou **indireta**. Será direta quando recair diretamente sobre a coisa a que o devedor foi condenado pela sentença exequiênda; será indireta quando, à falta dessa coisa, requerer o credor a transformação do pedido executório em perdas e danos.

De acordo com a **natureza da prestação** devida, a lei distingue três espécies de execuções: execução para **entrega de coisa certa ou incerta** (CPC, arts. 621 e seguintes); execução de **obrigações de fazer ou não fazer** (CPC, arts. 632 e seguintes), incluídas entre aquelas as referentes a **obrigações de prestar declaração de vontade** (CPC, art. 639 a 641); execução **por quantia certa**, com procedimentos distintos segundo se trate de **devedor solvente** (CPC, arts. 646 e seguintes) ou **insolvente** (CPC, arts. 748 e seguintes).

Assim, devido à sua autonomia em relação ao processo de conhecimento, o processo de execução rege-se por normas próprias, pelas quais se destaca a atuação do órgão de execução. Porém isto não significa que ao processo de execução não se apliquem, nos limites das normas que o regem, os princípios gerais do processo, bem como as normas do processo de conhecimento, conquanto apenas subsidiariamente. É o que determina o art. 598, do Estatuto Processual Civil: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”.

Destarte, em razão de serem inteiramente diferentes (quanto à sua natureza), as espécies de prestações exigidas pelo pedido executório, os procedimentos executivos se distinguem conforme forem elas. Desse modo, a diferenciação dos tipos de procedimento deriva da diversidade das atividades executórias, segundo a espécie da prestação devida, destinadas à satisfação da pretensão do credor.

Assim, são quatro os tipos de procedimentos trazidos pelo Código de Processo Civil, conforme se trate de: I – execução para entrega de coisa certa ou incerta; II – execução de obrigação de fazer ou não fazer; III – execução por quantia certa de devedor solvente ou IV – execução por quantia certa de devedor insolvente. Esses procedimentos se desenvolvem de forma distinta, de acordo com a atividade executória que cada espécie reclama.

Passemos a estudar então as fases do procedimento do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente fundado em título executivo judicial (mas especificamente, fundada em sentença condenatória proferida no processo civil), porque mais nos interessa para desenvolver, mais adiante, o tema da execução provisória.

Tendo o indivíduo sido vencedor no processo de conhecimento e de posse de uma sentença condenatória que condenou o devedor a pagar determinada soma em dinheiro, e sendo ele solvente, deve o credor se valer do processo de execução por quantia certa, que se desenvolve por meio de atos destinados a realizar a sanção. Em poucas palavras, tais atos se traduzem basicamente na apreensão de bens do devedor (penhora), sua transformação em dinheiro mediante desapropriação (arrematação) e a entrega do produto ao exequente (pagamento).

Deste modo, esse procedimento compreende três fases, a que Liebman denomina de “*proposição, instrução e entrega*”.⁶¹

A execução por quantia certa contra devedor solvente está disciplinada nos artigos 646 a 729, do Código de Processo Civil.

4.4.1 – Petição Inicial e Citação

A execução, assim como toda ação, deverá ser proposta através de uma petição inicial escrita do credor, dirigida ao juiz competente, que deverá conter os requisitos genéricos do art. 282 e os requisitos específicos dos arts. 614 e 615, do CPC: 1) o nome o prenome, a residência ou domicílio, a profissão e o estado civil do credor e do devedor⁶²; 2) a fundamentação do pedido, bastando fazer-se menção ao título executivo e ao inadimplemento do devedor; 3) o pedido executivo, isto é, de que se expeça mandado executivo contra o devedor para, sob pena

⁶¹ Enrico Tullio Liebman, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 274.

⁶² Note-se que, em se tratando de execução fundada em título executivo judicial (sentença condenatória), a petição será dirigida ao mesmo juiz da causa. Além do que, a qualificação das partes já deve constar na própria ação que originou a sentença, de modo que basta a simples referência à qualificação anteriormente realizada. A não ser que tenha surgido alterações dos dados já constantes no primeiro processo, tais como mudança de endereço, que deverão ser comunicadas na petição inicial.

de serem penhorados os que se lhe encontrarem (CPC, arts. 614, 652); 4) a procuração (CPC, art. 283); 5) o valor da causa; 6) o requerimento de citação do devedor para os termos do processo; e, 7) O protesto pela produção de provas que forem necessárias.

Nos termos dos arts. 614, 584 e 585, do Código de Processo Civil, a petição inicial deverá ser instruída: I – com o título executivo ⁶³; II – com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, em se tratando de execução por quantia certa; III – com a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo (art. 572, CPC).

Conforme já dissemos, tratando-se de execução de sentença condenatória transitada em julgado (execução definitiva), deverá ela ser proposta nos autos principais, ou seja, nos autos em que foi proferida a sentença; a execução provisória far-se-á em autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença, extraída do processo pelo escrivão e assinada pelo juiz (CPC, art. 589).

Sobre os pormenores da execução provisória, falaremos em tópico separado mais adiante.

Insta salientar que o credor não tem prazo certo para ingressar com a execução, que, porém, está sujeita aos prazos prescricionais, assim como as ações em geral.

O juiz, verificando estar regular a petição inicial, proferirá despacho ordenando a expedição de *mandado executivo* contra o devedor, através do qual, assim como preceitua o art. 652 do Código de Processo Civil, “será citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora”.

Deste modo, o mandado executivo já é ato executório, e contém a ordem de citação do devedor, que é ato constitutivo da relação processual, além da ordem de intimação para que, pague ou nomeie bens à penhora, no prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir da data da citação, sob pena de lhe serem penhorados os bens encontrados, tantos quanto bastem para garantir o pagamento da dívida, mais custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios.

⁶³ Dispensa-se esta exigência quando se tratar de execução fundada em título executivo judicial (sentença), bastando para tanto a referência a ele e a indicação de sua localização no processo de conhecimento.

Assim, caso o devedor efetue o pagamento, a pretensão do credor fica satisfeita, extinguindo-se a execução (art. 794, I, CPC), encerrando-se o processo.

Caso o devedor não pague, mas nomeie bens à penhora, ou até mesmo deixando de nomeá-los, prossegue-se na execução, procedendo-se à penhora dos bens nomeados, ou de outros, de acordo com as circunstâncias (CPC, arts. 659 e ss.).

Uma vez citado, o executado poderá defender-se por meio de *embargos*, que se caracterizam por ser um processo incidente, provocado pela ação do devedor (CPC, arts. 736 e ss.), que somente poderão ser opostos depois de seguro o juízo pela penhora (CPC, art. 737, I).

Ainda que efetuada a penhora, o devedor poderá *remir a execução*, o que o faz através do pagamento ou consignação da importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios, *ex vi* art. 651, do Código de Processo Civil.

Seguindo a teoria de Liebman, o saudoso professor Moacyr Amaral Santos, assim distinguiu as fases do processo de execução:

“A fase da *proposição* abrange os atos constitutivos da relação processual: a petição inicial, seu despacho e a citação do executado; a de *instrução*, em que prevalecem as atividades dos órgãos de execução, compreende os atos de apreensão dos bens do devedor (*penhora*), de desapropriação desses bens e transformação em dinheiro dos bens do executado (arrematação, adjudicação, remição); a de *entrega do produto* ao exequente, em satisfação do seu crédito, compreende os atos específicos do pagamento do exequente”.⁶⁴

4.4.2 – Arresto, Penhora e Depósito dos Bens

Expedido o mandado executivo, poderá ocorrer de o oficial de justiça, na posse desse mandado, procurando o executado, não o localize, mas encontre bens penhoráveis.

Tal situação está prevista no art. 653, do Código de processo Civil, e recebe a denominação de **arresto**.

⁶⁴ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 275.

Para o professor Araken de Assis, “embora designada de “arresto”, a oportuna providência semelha antes à penhora antecipada ou pré-penhora, regulada no direito alemão, essencialmente idênticas, ressalva feita a certas diferenças procedimentais”.⁶⁵ Assim, prefere o autor denominar referida providência executória de “pré-penhora”.

O arresto, ou pré-penhora, ocorre antes da citação, e na lição do professor Leonardo Greco:

“Essa providência constrictiva consiste na apreensão de bens do devedor para garantia da eficácia dos atos executórios subsequentes, tendo em vista o perigo, que a lei presume, de que do retardamento da citação se aproveite o executado para ocultar, dilapidar, consumir ou destruir os bens do seu patrimônio, frustrando assim o objetivo do credor de receber o seu crédito”.⁶⁶

Insta salientar, que essa providência constrictiva não se identifica com a cautelar de arresto (CPC, arts. 313 e seguintes), pois trata-se de ato executório de garantia, imposta pela lei, e assim, cumprida pelo oficial de justiça independentemente de iniciativa da parte, desde que o oficial de justiça não tenha encontrado o devedor para cita-lo, sem exigência de qualquer verificação de juízo de probabilidade sobre o direito material do exequente, nem a verificação de perigo de dano, pois são presumidos pela lei.

Ao arresto, aplicam-se as regras da penhora, de modo que o oficial de justiça deverá observar a ordem de prioridades do art. 655, do Código de Processo Civil, a qual falaremos mais adiante, ao tratar da penhora.

O arresto se cumpre através da apreensão de bens do devedor pelo oficial de justiça, lavratura do respectivo auto e sua entrega à guarda do depositário (CPC, art. 666), de modo que após estas providências o arresto considera-se efetivado.

Efetivado o arresto, o oficial de justiça deverá procurar o devedor três vezes em dias distintos, para citá-lo pessoalmente, a não ser que desde o início do processo, o paradeiro do devedor seja desconhecido.

⁶⁵ Araken de Assis. “Manual do Processo de Execução”, cit., p. 447.

⁶⁶ Leonardo Greco. ob. cit., p. 301.

Caso fracasse a tentativa do oficial de justiça em encontrar o devedor, o credor será intimado para que promova então a citação do devedor por edital (CPC, art. 654).

Decorrido o prazo do edital, terá o devedor vinte e quatro horas para pagar ou nomear bens à penhora. Se o devedor não pagar a dívida, e se, por indicação do credor ou do próprio devedor, ou ainda por deliberação *ex officio* do juiz, a penhora recair sobre bens diversos daqueles arrestados, cessará a eficácia do arresto e do conseqüente depósito.

Caso assim não ocorra, converter-se-á a o arresto em penhora, devendo o devedor ser intimado, para que possa dar início a contagem do prazo para oferecimento dos embargos. No entanto, será dispensada a intimação do devedor, da conversão, se este tiver sido citado por edital que tenha constado a advertência de que o arresto se converteria em penhora, caso não efetivado o pagamento ou a nomeação de bens. Nesse caso o prazo para apresentação de embargos iniciará sua contagem, uma vez esgotados os prazos do devedor e do credor para a nomeação de bens à penhora.

Em não havendo qualquer requerimento em contrário, a conversão do arresto em penhora será automática, decorridos esses prazos, independentemente de pronunciamento judicial.

Passemos então a analisar os aspectos da penhora.

É sabido que os bens do devedor respondem por suas dívidas, ou seja, sobre eles é que recai a responsabilidade executória. Através da penhora é que se separam do patrimônio do devedor, e se apreendem tantos bens quantos bastem para assegurar a execução.

Portanto, pode-se se afirmar que, tem a penhora, dupla finalidade. Primeiramente visa individualizar e apreender efetivamente os bens que se destinam aos fins da execução, preparando assim ao ato futuro da desapropriação, ou seja, fixar a responsabilidade executória. Visa também a conservar os bens individuados na situação em que se encontram, evitando que sejam subtraídos, deteriorados ou alienados em prejuízo da execução em curso.⁶⁷

Por isso, os bens penhorados são confiados a um **depositário**, que responde por sua guarda, conservação e administração.

⁶⁷ Henrico Tullio Liebman, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 288.

Temos então que a penhora é ato específico da execução por quantia certa contra devedor solvente. É, pois, a penhora, ato executório, pois produz modificação jurídica na condição dos bens do devedor sobre os quais incide, e se destina aos fins da execução, de forma a preparar a desapropriação dos mesmos bens para pagamento do credor.

Em relação aos efeitos da penhora, a doutrina ainda é controvertida.

Para alguns autores, que seguem a orientação privatística, a penhora tem o condão de gerar a indisponibilidade dos bens sobre os quais recai, donde ficar impedido o executado de dispor deles por qualquer forma, pois estaria a penhora compreendida no campo dos direitos de garantia, assim como o penhor. Outros argumentam que o poder de disposição dos bens penhorados se enfraquece pelo fato de que a posse destes, pela penhora, passam para o Estado, na pessoa do depositário.

No entanto, a doutrina moderna, considera a penhora apenas um ato executório, e, portanto, um ato processual, cuja função precípua é a de fixar a responsabilidade executória sobre os bens por ela abrangidos. Pode-se dizer então:

“a apreensão dos bens e sua retirada do poder do devedor não acarretam, para este, a perda do domínio ou posse em relação aos mesmos, as apenas vinculam os bens ao processo, sujeitando-os ao poder sancionatório do Estado, para satisfação do credor”.⁶⁸

O professor Leonardo Greco afirma que:

“A penhora é ato executório consistente na apreensão dos bens do devedor suficientes para conservá-los durante todo o processo de execução, a fim de que sobre eles recaiam os subseqüentes atos executórios, para com eles ou com o produto de sua transformação em dinheiro efetuar-se o pagamento do crédito do exeqüente”.⁶⁹

Seguindo esta orientação, pode-se dizer que os direitos do executado sobre os bens penhorados permanecem intactos, mas carregam o vínculo processual que os destina, como objeto da responsabilidade executória, a satisfazer o direito do credor.

⁶⁸ Henrico Tullio Liebman, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 290.

⁶⁹ Leonardo Greco. *ob. cit.*, p. 305.

Deste modo, o credor não está impedido, propriamente, de dispor dos bens que lhe foram penhorados; mas os atos de disposição que ele vier a praticar carregam consigo aquele vínculo processual, tornando estes atos ineficazes em relação ao credor.

Assim ensinou, com a maestria de sempre, o célebre jurista Pontes de Miranda, afirmando que: “a compra e venda de bens penhorados não é nula, nem anulável; é apenas ineficaz, não se pode opor ao exequente”.⁷⁰

Moacyr Amaral Santos também asseverou: “conforme a doutrina, a penhora produz o efeito processual de imprimir a responsabilidade nos bens penhorados, vinculando-os à execução, ainda quando o executado deles disponha”.⁷¹

Esta é a doutrina dominante, segundo Moacyr Amaral Santos, da qual são partidários: Liebman, Carnelutti, Pontes de Miranda, Gabriel Resende Filho, Alfredo Buzaid, Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos, Humberto Theodoro Júnior, dentre outros.⁷²

O notável processualista Frederico Marques, assim definiu a penhora: “é o ato inicial de expropriação do processo de execução, para individualizar a responsabilidade executória, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens do patrimônio do devedor”.⁷³

Deste modo, o objeto da penhora são os bens abrangidos no patrimônio do devedor, que são penhoráveis, mesmo que se encontre em poder de terceiros.

A penhora poderá recair sobre quaisquer bens do devedor, sejam eles corpóreos ou incorpóreos (CPC, art. 665, incisos I a X). Recai a penhora, sobre bens do devedor, tantos quantos bastem para garantir o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios, de acordo com o art. 659, do CPC.

No entanto, a penhora deve obedecer aos princípios da **proibição da penhora excessiva** e da **proibição da penhora inútil**. Assim, a penhora deve abranger apenas o que for bastante e necessário para o pagamento do credor, e não se efetuará a penhora se estiver evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo

⁷⁰ Pontes de Miranda, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 290.

⁷¹ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 290.

⁷² Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 290.

⁷³ Frederico Marques, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 291.

pagamento de custas da execução, conforme estatui o Código de Processo Civil, no § 2º, do art. 659.

Como dito alhures, em regra a penhora pode recair sobre quaisquer bens do devedor. No entanto, o próprio Código de Processo Civil faz uma ressalva à aludida regra: “Não são sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis” (CPC, art. 648).

Há bens, portanto, que são **absolutamente impenhoráveis**, por força de lei, ou pela sua própria natureza, ou por motivos de ordem pública, ou ainda, em atenção a sentimentos de humanidade, princípios de equidade, a razões de direito. Outros bens são **relativamente impenhoráveis**, no sentido de que sobre eles poderá incidir a penhora, caso ocorra falta de outros bens.

Os bens absolutamente impenhoráveis estão descritos no art. 649 e seus vários incisos, do CPC. Outros estão previstos no Código Civil, tais como os bens públicos (art. 66 e 67), o bem de família (art. 72). Existem outros que podem resultar de declaração unilateral ou plurilateral de vontade, *v.g.*, os bens dotados ou legados com a cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade (Código Civil, arts. 1.676, 1.723).

Os bens relativamente impenhoráveis, os quais poderão ser penhorados na falta de outros bens, estão descritos no art. 650 e seus incisos, do CPC.

Como já foi dito, a partir da citação são contadas vinte e quatro horas para que o devedor cumpra a obrigação, ou nomeie bens à penhora, sob pena de lhe serem penhorados tantos bens quanto bastem para garantir a execução.

É a nomeação de bens pelo devedor, um direito, pois tem a escolha dos bens a serem penhorados; e um ônus, porque não está obrigado a usar desse direito, mas, não o usando, suportará as conseqüências, pois lhe serão penhorados os bens encontrados.

A nomeação de bens pelo devedor, além de ter que ser feita no prazo de vinte e quatro horas, contadas da citação (CPC, art. 652), mister se faz que ela se faça em observância à ordem e respeitadas as condições fixadas pela lei (CPC, arts. 655 e 656).

Cumpre ressaltar, que referido prazo de vinte e quatro horas, para nomeação de bens para o devedor, é preclusivo, de modo que, caso não seja feita no prazo, “devolver-se-á ao

credor o direito à nomeação” (CPC, art. 657, *in fine*). Se o credor não usar o seu direito, a penhora far-se-á pelo oficial de justiça nos bens do devedor que forem encontrados, tantos quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios (CPC, art. 659).

O art. 655, do Código de Processo Civil, estabelece a ordem de bens, a ser obedecida pelo devedor, por ocasião da nomeação à penhora. A não observância desta ordem legal, ou seja, tendo o devedor bens de uma determinada espécie, não poderá nomear outros de espécie incluída na classe posterior da ordem prescrita na lei, sob pena de invalidade da nomeação, salvo se convindo o credor, *ex vi* art. 656, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ao nomear os bens, cumpre ao devedor descrevê-los, de modo que se distingam de outros da mesma espécie e, indicar os respectivos valores (CPC, art. 656, Inciso VI)

Se aceita a nomeação, cumpre ao devedor, no prazo que o juiz assinalar, exhibir prova da propriedade dos bens e, em sendo o caso, a certidão negativa de ônus (CPC, art. 656, parágrafo único). Cumprida esta exigência, a nomeação deve ser reduzida a termo, havendo-se por penhorados os bens (CPC, art. 657). O termo deverá ser assinado pelo devedor e corresponderá à penhora, de modo que ele deve conter as mesmas indicações exigidas para o auto de penhora, previstas no art. 665 do Estatuto Processual Civil em vigor.

Assim que for lavrado e assinado o termo, faz-se o depósito dos bens penhorados e, intimado o devedor, terá início a contagem de prazo para o oferecimento dos embargos de devedor, conforme preceitua o art. 738 de Código de Processo Civil.

Se o devedor não nomear bens à penhora no prazo de vinte e quatro horas, ou esta for declarada inválida ou ineficaz pelo juiz, devolver-se-á ao credor o direito de nomeação de bens a serem penhorados (CPC, arts. 652 e 657, *in fine*).

A nomeação pelo credor, será feita por petição escrita ao juiz, ou através de comunicação ao oficial de justiça, que transmitirá ao juiz da execução. Nestes casos, deverá ser expedido novo mandado ou mandado complementar, que deverá constar os bens nomeados pelo credor.

Regra geral, o credor não se subordina à ordem estabelecida pelo art. 655, do CPC, para a nomeação de bens, exceto no caso em que a nomeação feita pelo devedor tenha sido declarada inválida com fulcro no inciso I do art. 656 do mesmo *codex*.

Com efeito, se no prazo de vinte e quatro horas o devedor não cumprir a obrigação, não nomear bens à penhora, ou tenha sido esta declarada inválida, o oficial de justiça procederá à penhora, independentemente de novo mandado (CPC, art. 659), exceto no caso da nomeação ter sido feita pelo credor, no qual se exige, conforme já dito, novo mandado ou mandado complementar, com a indicação dos bens feita por este.

Já dissemos que, ao proceder à penhora, deverá o oficial de justiça obedecer aos princípios da proibição da penhora excessiva e da proibição da penhora inútil, de modo que, deverá penhorar somente os bens necessários para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios e, não deverá efetivar a penhora quando estiver evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (CPC, art. 659, § 2º). Neste último caso, deverá o oficial de justiça justificar sua atitude, para apreciação do juiz, descrevendo os bens encontrados (CPC, art. 659, § 3º).

Caso a penhora recaia sobre bens imóveis, “realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro” (CPC, art. 659, § 4º).

O professor Moacyr Amaral Santos, reportando-se a Liebman, assim observou:

“na escolha de bens o oficial de justiça deve também procurar conciliar os interesses das partes, evitando prejudicar o executado mais do que o necessário’. Justifica-se a observação ao se considerar o princípio de que é de se fazer a execução ‘pelo modo menos gravoso para o devedor’ (Cód. Proc. Civil, art. 620)”.⁷⁴

Nos termos do art. 664 do CPC, “considerar-se-á realizada a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens”, devendo ser lavrado o respectivo auto, redigido e assinado pelo oficial de justiça.

⁷⁴ Liebman, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 299.

Efetivada a penhora, deverá o devedor ser intimado do ato pelo próprio oficial de justiça, bem como do seu cônjuge, se recair em bens imóveis, de modo que poderão embargar a execução no prazo de dez dias (CPC, art. 669 e seu parágrafo único).

O auto de penhora é ato extremamente formal, devido à importância da penhora e seus efeitos, de modo que deverá respeitar os requisitos previstos no art. 665 e seus incisos do Código de Processo Civil: “O auto de penhora conterá: I – a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita; II – os nomes do credor e do devedor; III – a descrição dos bens penhorados, com os característicos; IV – a nomeação do depositário dos bens.

A falta de observância destes requisitos é causa de nulidade não cominada, a que se refere o art. 244, do Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 664, do Código de Processo Civil, “Considerar-se-á feita a penhora mediante apreensão e depósito dos bens”. Infe-re-se daí que, o depósito é elemento constitutivo da penhora.

Com efeito, através do depósito, os bens do devedor são apreendidos e entregues a alguém, o **depositário**. A nomeação de depositário poderá recair sobre o próprio devedor, que se responsabiliza pela guarda e conservação dos bens, assim como, de acordo com a natureza dos mesmos, pela sua administração. É a própria lei quem o diz: “A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispendo a lei de outro modo” (CPC, art. 148).

É de salutar importância não confundir a figura do depósito no processo de execução, com o depósito contratual, regulamentado pela lei civil. Esclarecedoras são as palavras do professor Moacyr Amaral Santos a respeito:

“Diversamente do depósito regulado pela lei civil, que é um contrato pelo qual o depositário recebe coisa móvel com a obrigação de guardá-la até que o depositante a reclame, o depósito, de que se trata, é ato executório, e, pois, ato processual, de direito público, pelo qual o depositário, de nomeação de órgãos jurisdicionais, ou de seus auxiliares, tem o dever de guardar e conservar, e por vezes administrar, os bens apreendidos até que o juiz mande entregá-los a quem de direito”.⁷⁵

⁷⁵ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 312.

O depositário possui funções de auxiliar da justiça, consistente na guarda, conservação e, se for o caso, administração dos bens penhorados. Apenas detém os bens, mas a posse continua com o devedor, de quem foram apreendidos.

A primeira nomeação de depositária é feita pelo oficial de justiça, que é o executor do mandado de penhora, porque este depositário deverá assinar o auto de penhora, que será lavrado no momento da apreensão dos bens (CPC, art. 665, inciso IV).

No entanto, não pode ser arbitrária a nomeação do depositário, posto que a lei determina algumas regras a serem seguidas (CPC, art. 666 e seus incisos).

Aprioristicamente, a nomeação poderá recair sobre o próprio devedor, desde que o credor concorde (CPC, art. 666, *caput*). Caso contrário, a nomeação deve seguir as normas dos incisos I a III, do art. 666, do CPC.

Por ser auxiliar da justiça, o depositário responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa causar às partes, no desempenho do encargo (CPC, art. 150).⁷⁶ Mas também possui direitos, tais como o de seus serviços serem remunerados (CPC, art. 149).

4.4.3 – Arrematação

No processo de execução por quantia certa, visa o credor o pagamento por parte do devedor de determinada quantia. Realizada a penhora, se esta recair sobre dinheiro, este se destinará ao pagamento do credor. No entanto, se a penhora recair sobre outros bens, mister se faz sejam estes transformados em dinheiro, para que com seu produto se efetue o pagamento do credor. Para tanto, é necessário se fazer a alienação dos bens penhorados, ou seja, a transferência de propriedade destes bens a outrem mediante o pagamento do respectivo preço.

Surgem então algumas possibilidades para a conversão dos bens penhorados em dinheiro, a saber, a arrematação, a adjudicação e a remição.

⁷⁶ “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (Art. 5º, inciso LXVII, da CF). (grifo nosso).

Na maioria dos casos, a transferência forçada dos bens penhorados faz-se a terceiros, trata-se da **arrematação**. Quando a transferência se faz ao próprio credor, em pagamento do seu crédito, recebe a denominação de **adjudicação**.

Já a **remição**, é aquela que ocorre em benefício da família do devedor, pela qual é concedido ao cônjuge, ao descendente ou ascendente daquele remir todos ou quaisquer bens penhorados, depositando o preço por que foram alienados ou adjudicados (CPC, art. 787).

Pode-se dizer então, que a arrematação é o ato executório pelo qual se transferem os bens penhorados, de propriedade do devedor, à terceira pessoa, mediante o pagamento, em dinheiro, do respectivo preço. É ato específico da execução por quantia certa.

A doutrina mais antiga defendida pelos praxistas portugueses enxergava a arrematação como uma compra e venda judicial. Em outras palavras, seria uma venda feita pelo juiz, agindo em nome do executado, suprimindo a vontade deste, ou seja, um contrato de compra e venda em que o vendedor seria o executado, representado pelo juiz.

Semelhante é a teoria de Carnelutti, onde se reporta ao fato da ocorrência de casos em que a lei admite que um direito seja exercido pela vontade de outrem, por conta do respectivo titular, como exemplo, os representantes legais de menores e incapazes, onde a vontade manifestada pelos representantes produz efeitos em relação aos representados.

Criticando veementemente essa teoria, afirmando inexistir qualquer analogia entre o ato do representante legal, que vende pelo representado, e o ato do Estado, transferindo os bens do executado, assim observou Liebman ⁷⁷:

“Aquele ‘age sempre *em proveito do representado*, não contra o seu interesse’, diversamente do que ocorre na arrematação, em que o Estado, age *contra o* interesse do executado ‘e para satisfazer interesse público, no exercício da função jurisdicional. Além disso – continua Liebman – a representação legal vem em socorro de quem não pode querer por si próprio, ao passo que o executado conserva sua plena capacidade”.

Outra teoria que foi muito seguida foi a de Chiovenda, que afirmava que na arrematação há venda dos bens do executado pelo Estado, que, previamente expropria do

executado a sua faculdade de dispor. Ou seja, a arrematação seria uma venda judicial, com as características de um contrato, feito pelo Estado, que, previamente, desapropria do executado o seu poder de dispor dos bens objeto da execução.

Henrico Tullio Liebman, acertadamente, criticou essa teoria, pois:

“Se a autoridade do órgão é suficiente para permitir desapropriar o executado do seu poder de dispor dos direitos – escreve Liebman – também deve ser suficiente para fazer diretamente o ato final da transferência do próprio direito, se assim exigir a função que está incumbido”.⁷⁸

E complementou Moacyr Amaral Santos: “Podendo fazer o mais, desapropriando os bens do executado, não se compreende que faça o menos, só para conferir à arrematação o caráter de venda judicial”.⁷⁹

Outra teoria, mais moderna, repele a natureza contratual da arrematação. Isto porque, segundo os partidários desta doutrina, o órgão jurisdicional, no intuito de realizar e efetivar a sanção através dos meios executórios transfere diretamente ao arrematante os bens do executado, para desse modo conseguir com que satisfazer o direito do exequente.

Com efeito, a arrematação se caracteriza por um ato de expropriação, que é um ato de soberania do Estado, pois o órgão judicial expropria os bens do executado, transferindo-os para terceira pessoa. Age no exercício do poder jurisdicional, para satisfação do interesse público, assegurando a ordem jurídica e a pacificação social, qual seja obter o dinheiro para satisfação do direito do credor.

Essa é a teoria dominante. São partidários dessa teoria, Liebman, Alfredo Buzaid, Frederico Marques, Gabriel Resende Filho, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, Paula Batista, Moacyr Amaral Santos, dentre outros.⁸⁰

Então, pode-se dizer que:

⁷⁷ Henrico Tullio Liebman, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p.318.

⁷⁸ Henrico Tullio Liebman, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 319.

⁷⁹ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 319.

⁸⁰ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 320.

“É a arrematação, em verdade, ato pelo qual se transferem bens penhorados. Mas é ato executório, ato do processo de execução por quantia certa. Ato coativo: transferência coacta, sem indagação da vontade do devedor. A transferência quem faz é o Estado, por seus órgãos jurisdicionais e, portanto, fala-se com acerto em *transferência judicial*”.⁸¹

Portanto, a transferência dos bens do executado para terceira pessoa, faz-se mediante pagamento, em dinheiro, do valor dos bens. Assim, através da arrematação se convertem em dinheiro os bens penhorados, e, esse produto é destinado ao pagamento do credor. Aliás, este é o objetivo da execução por quantia certa (CPC, art. 646).

Conforme já dito, a arrematação *latu sensu*, é ato de transferência de bens, é um procedimento expropriatório, e, como todo procedimento, compreende vários atos: ato de **avaliação**, de **publicação de editais** e da **arrematação** (*strito sensu*). A avaliação e a publicação de editais são atos preparatórios da arrematação propriamente dita.

Realizada a penhora, abre-se ao devedor oportunidade de defender-se, opondo embargos à execução (CPC, art. 736). Caso não forem opostos embargos no prazo, ou se opostos forem rejeitados, inicia-se o procedimento da arrematação.

4.4.4 – Avaliação

A avaliação, em linhas gerais, consiste na estimação em dinheiro dos bens penhorados, ou seja, tornar conhecido o valor, em dinheiro, dos bens penhorados, para que sirva de parâmetro à sua transferência. É assim, ato indispensável do processo de execução por quantia certa.

Por tornar conhecido o valor dos bens penhorados, é com fundamento na avaliação que se fará a ampliação ou redução da penhora, ou a substituição por outros bens (CPC, art. 685).

No entanto, será dispensável a avaliação se, nos termos do art. 684, do Código de Processo Civil: I – o credor aceitar a estimativa feita na nomeação dos bens; II – se tratar de

⁸¹ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 320.

títulos ou mercadorias, que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação oficial; III – os bens forem de pequeno valor.

O professor Moacyr Amaral Santos acrescenta outra hipótese de dispensabilidade da avaliação, a saber:

“Entendemos ser igualmente dispensável a avaliação dos bens cujo valor já se achar previamente estimado, para fins de execução, no contrato em que esta fundamentar. É o que prescreve o art. 818 do Código Civil, para a execução de contratos hipotecários, norma aplicável aos contratos em geral: ‘É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remiões, *dispensada a avaliação*’”.⁸²

Nos termos do art. 680, do Código de Processo Civil, a avaliação será feita por um perito-avaliador, que possua os conhecimentos necessários para estimação dos bens. Em regra, a nomeação de perito-avaliador será feita pelo juiz, exceto se na comarca houver avaliador oficial. Ambos deverão proceder conforme as normas que disciplinam a perícia (arts. 420 e seguintes, do CPC). Se o avaliador for de nomeação do juiz, deverá prestar compromisso por termo nos autos.

Embora a avaliação seja feita por um único avaliador, é permitido às partes indicar assistente técnico.

Logo depois de determinada a realização da avaliação, o juiz expedirá mandado ao avaliador, de cuja intimação contar-se-á o prazo de dez dias dentro do qual deverá apresentar o laudo (CPC, art. 681). O laudo deverá ser escrito e assinado pelo avaliador e pelos assistentes técnicos, se houver, e deverá conter, de acordo com o art. 681, do Código de Processo Civil: “I – a descrição dos bens, com seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram; II – o valor dos bens”.

Os assistentes técnicos deverão oferecer seus pareceres no prazo comum de dez dias, após apresentação do laudo, independentemente de intimação. É a lei quem o diz: CPC, art. 433, parágrafo único.

⁸² Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 321.

As partes poderão, no prazo de cinco dias, a contar da data de sua intimação do laudo, impugná-lo (CPC, art. 185), oferecendo desde logo prova dos motivos da impugnação, suscitando um incidente de cognição sumária, da qual resultará uma decisão que poderá ser atacada por agravo de instrumento (CPC, art. 522).

Insta salientar que a avaliação é única e não se repete, salvo quando for anulada. É o que preceitua o art. 683, do Código de Processo Civil: “Não se repetirá a avaliação, salvo quando: I – se provar erro ou dolo do avaliador; II – se verificar, posteriormente à avaliação, que houve diminuição do valor dos bens; III – houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 655, § 1º, V)”. Estas hipóteses podem constituir matéria de alegação, prova e decisão no incidente de impugnação da avaliação.

Concluída a avaliação, poderá o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, determinar a redução ou ampliação da penhora, ou transferi-la para outros bens que sejam suficientes à execução (CPC, art. 685).

Caso não haja nenhuma providência a ser tomada referente à avaliação, o juiz mandará publicar os editais de praça (CPC, art. 685, parágrafo único).

4.4.5 – Publicação de Editais

Conforme já foi dito, a arrematação é um procedimento que contém vários atos preparatórios necessários à sua efetivação.

Após a avaliação, de acordo com o disposto no art. 685, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o juiz mandará publicar os **editais de praça**. Segundo a lei processual, é indispensável a publicação do respectivos editais: “A arrematação será precedida de edital ...” (CPC, art. 686).

Conclui-se, assim, que os editais têm por objetivo tornar público o lugar, o dia e a hora da arrematação dos bens penhorados, de modo a levar tais informações ao conhecimento dos interessados na aquisição dos mesmos.

A falta de algum dos requisitos prescritos em lei para o edital consiste em nulidade não cominada, a que se refere o art. 244, do CPC. Portanto, deverá conter o edital (CPC, art. 686 e seus incisos): “I – a descrição do bem penhorado com seus característicos e, tratando-se de imóvel, a situação, as divisas e a transcrição aquisitiva ou a inscrição; II – o valor do bem; III – o lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e, sendo direito e ação, os autos do processo em que foram penhorados; IV – o dia o lugar e a hora da praça ou do leilão; V – menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados; VI – a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance (art. 692, CPC)”.

Para garantir a publicidade do ato de arrematação. O edital será afixado no local de costume, geralmente no átrio do fórum local (CPC, art. 687).

Será, também, “publicado, em resumo, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local”(CPC, art. 687, com a redação dada pela Lei nº 8.953/94). Vale ressaltar que, muito embora a publicação se faça em resumo, mister se faz sejam satisfeitos, na essência, os requisitos do art. 686, do CPC.

Note-se que, a publicação em jornal de ampla circulação deverá ser feita ao menos uma vez, não mais exigindo a lei seja feita a publicação também em órgão oficial do Estado, exceto se o credor for beneficiário da justiça gratuita (CPC, art. 687, § 1º).

Em qualquer dos casos, deve ser observado o prazo estabelecido pela lei para a publicação, ou seja, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

Em razão do fato de que quanto mais ampla e efetiva for a publicidade dos editais, maiores são as chances de que os bens penhorados sejam arrematados e com o produto se pague o credor, pode o juiz “alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos na emissora local e adotar outras providências tendentes à mais ampla publicidade da alienação”, em razão do valor dos bens e das condições da comarca (CPC, art. 687, § 2º).

Caso a praça ou leilão não se realize na data aprazada, “o juiz mandará publicar pela imprensa local” a transferência do ato (CPC, art. 688), designando novo dia, hora e lugar, com observância do prazo a que se refere o art. 687, do CPC.

Além dos editais, cumpre sejam efetuados outros atos preparatórios da arrematação. Um deles é a intimação do devedor, por mandado: “O devedor será intimado pessoalmente, por mandado, ou carta com avios de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial” (CPC, art. 687, § 5º). Caso o devedor seja revel, mas tenha o endereço conhecido do juízo, impõe-se a intimação por mandado. Em se tratando de devedor revel, que tenha sido citado por edital, torna-se impossível a intimação por mandado, de modo que “a ciência dele só se poderá fazer através dos próprios editais de praxeamento”.⁸³

A falta de intimação do devedor, da arrematação, constitui nulidade não cominada (art. 244, do CPC), que poderá desfazer a arrematação, nos termos do art. 694, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil.

Caso a penhora tenha recaído sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto, e o titular desse direito real seja outro credor que não o exequente, este deverá requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário (CPC, art. 615, inciso II), para que, estes, conhecedores do processo instaurado, possam voluntariamente intervir, em defesa de seus direitos. Referida intimação poderá ser ordenada de ofício, caso o exequente não tenha tomado iniciativa, pois a falta de referida intimação, trata-se de hipótese de nulidade não cominada (CPC, art. 244).

O Código de Processo Civil ainda prescreve em seu art. 619: “A alienação do bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado”. Daí se insurge que, a alienação em execução promovida por outro credor que não o titular de referidos direitos reais, será ineficaz, ou seja, não produzirá efeitos em relação a este, cujos direitos permanecem intactos, de modo que poderá exercer a preferência que por lei lhe for atribuída, caso não prefira optar pela declaração da nulidade da execução.

Ainda o art. 694, parágrafo único, inciso IV, do Código de Processo Civil, ao dispor sobre os casos em que poderá desfazer-se a arrematação, incluiu o do art. 698, do mesmo *codex*, que proclama: “Não se efetuará a praça de imóvel hipotecado ou emprazado, sem que

⁸³ Humberto Theodoro Júnior, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 326.

seja intimado, com dez dias pelo menos de antecedência, o credor hipotecário ou o senhorio direito, que não seja de qualquer modo parte na execução”.

Deste modo, uma vez intimado da penhora, e tendo o credor hipotecário ou senhorio direito, intervindo voluntariamente na execução, e sendo, de certo modo, parte nesta, dispensável se faz sua intimação para o ato da praça, que se realizará regularmente sem ela.

No entanto, se apesar de intimado da penhora, o credor hipotecário ou senhorio direito não for de qualquer modo parte na execução, ou seja, caso se mantenha alheio a ela, necessária será sua nova intimação, agora da praça a realizar-se, com dez dias pelo menos de antecedência desta. Neste caso, sem a nova intimação, no prazo estabelecido, não se efetuará a praça, e, na hipótese de efetuar-se, poderá o credor hipotecário ou o senhorio direito promover-lhe o desfazimento, assim como estabelece o art. 694, parágrafo único, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Assim, mesmo que o credor hipotecário ou o senhorio direito não requeira o desfazimento da arrematação, conforme observa Barbosa Moreira:

“A alienação do bem, mesmo perfeita e válida para o adquirente, não produzirá efeitos em face do credor hipotecário (continuando gravado o imóvel, em vez de sub-rogar-se no preço do ônus) ou do senhorio direito, em cujo favor subsistirá, pois, a preferência que lhe confere o direito, material: Código Civil, art. 689”.⁸⁴

A arrematação poderá realizar-se através de praça ou leilão, conforme veremos adiante.

4.4.6 – Praça e Leilão

O Código de Processo Civil estabeleceu, de acordo com a natureza dos bens a serem alienados, a arrematação se fará em praça ou leilão, prescrevendo que o edital indicará “o dia, o lugar e hora da praça ou leilão” (CPC, art. 686, inciso IV).

⁸⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 328.

Em se tratando de bem **imóvel**, a arrematação far-se-á em **praça**, nos termos do art. 697, do Código de Processo Civil.

O vocábulo “praça” tem sentido de “arrematação” e deriva do fato de ser realizada, tradicionalmente em praça pública.⁸⁵

No entanto, a arrematação não mais é realizada em praça pública, mas no átrio do fórum (CPC, art. 686, § 2º).

Cumprir observar que as despesas da praça pertencem ao processo de execução, de modo que, por elas responde o devedor.

Caso os bens levados a licitação pública forem **móveis**, a arrematação recebe o nome de **leilão**, conforme preceitua o art. 704, do Código de Processo Civil.

O leilão se realizará onde estiverem os bens, ou no lugar designado pelo juiz. É o que determina o art. 686, § 2º, do Código de Processo Civil.

Incumbe ao leiloeiro público, apregoar os bens e receber os lances dos licitantes. Sua presença é indispensável à realização do leilão, e será livremente escolhido pelo credor, dentre os existentes na comarca (CPC, art. 706). Caso não haja leiloeiro público na comarca, as atribuições deste são passadas ao porteiro dos auditórios, conforme ensina Amílcar de Castro.⁸⁶

O leiloeiro, por ser auxiliar da justiça, recebe remuneração e tem deveres, que estão elencados no art. 705, do Código de Processo Civil. A comissão devida ao leiloeiro, como remuneração por seus trabalhos, corre por conta do arrematante, a quem cabe pagá-la.

Em linhas gerais, as regras que norteiam os atos que se desenvolvem na arrematação são comuns tanto na praça quanto no leilão. O que diferencia, porém, é que em se tratando de alienação de imóveis existem certas normas que não se aplicam ao leilão.

Realizar-se-á a arrematação no dia, hora e lugar anunciados no edital, com a presença do juiz para presidir o ato, e do escrivão para lavrar os termos necessários e ter fiel

⁸⁵ Isto porque, entre os romanos na praça pública se afixava uma lança (“hasta”), que era símbolo da propriedade, em volta da qual se desenvolvia a arrematação, costuma-se dizer, até hoje, que a arrematação é transferência em “hasta pública”, ou em “praça”.

⁸⁶ Amílcar de Castro, *apud* Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 329.

conhecimento da arrematação, cujo auto subscreverá; do porteiro dos auditórios, quando em praça, ou quando em leilão, do leiloeiro público e do depositário, que exercerão os trabalhos materiais da arrematação.

O ato da arrematação, pelas razões já expostas, é público, para ele sendo convocados todos os interessados, e conseqüentemente, os que pretendam adquiridos bens expostos em licitação. Temos então, que o licitante é o lançador em hasta pública, aquele que lança seu preço pelo bem a ser arrematado.

Cumpra observar que o licitante deve ter capacidade jurídica e capacidade de exercício de direitos. Afora isto, “É admitido lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens” (CPC, art. 690, § 1º).

Diante de aludido dispositivo legal, concluí-se que, qualquer pessoa pode licitar, inclusive o credor. No entanto, não podem licitar: “I – os tutores, os curadores, os testamentários, os administradores, os síndicos, os liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda ou responsabilidade; II – os mandatários quanto aos bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III – o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador ou o oficial de justiça” (CPC, art. 690, § 1º).

Da mesma forma, não poderão licitar, o porteiro dos auditórios e o leiloeiro, quanto aos bens que lhe foram confiados para a arrematação, e, “não serão admitidos a licitar em nova praça ou leilão o arrematante e o fiador remissos” (CPC, art. 695, § 3º), ou seja, o arrematante e o fiador que, por *fas* ou por *nefas*, deixaram de efetuar o pagamento alcançado na praça ou leilão anterior.

Caso alguma dessas pessoas que não possam licitar efetue o lance, este não poderá ser recebido. Se sítio acontecer, por desconhecida a falta de legitimação do licitante, e este vier a ser arrematante, cumpre ao juiz, vindo a conhecer o vício, deixar de expedir a carta de arrematação.

Os bens móveis a serem alienados deverão ser expostos no leilão, e serão confiados pelo depositário ao leiloeiro público (CPC, art. 705, inciso III). O depositário deverá conduzir os bens no dia e hora do leilão ao lugar designado pelo juiz (CPC, art. 705, inciso II), de modo que, a presença do depositário no leilão se torna indispensável.

Em praça, o porteiro dos auditórios; ou em leilão, o leiloeiro público, apregoará os bens a serem arrematados, de modo que os licitantes podem oferecer, oralmente, o preço, de modo que o novo lance inutiliza o primeiro, até que ninguém mais ofereça preço melhor, e, o bater do martelo do porteiro ou do leiloeiro, dá a coisa como arrematada pelo maior lance.

Insta salientar, que na primeira praça ou leilão, os lances obrigatoriamente devem superar a importância da avaliação, de forma que, se isto não ocorrer, realizar-se-á segunda praça ou leilão, em dia, hora e lugar já designados no edital, e então os bens serão arrematados por quem oferecer melhor lance, conforme estabelece o art. 686, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O princípio da proibição da penhora excessiva acarreta algumas consequências em relação à arrematação, pois, “Será suspensa a arrematação, logo que o produto da alienação dos bens bastar para o pagamento do credor” (CPC, art. 692, parágrafo único), compreendendo-se aí o bastante para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. Isto porque, neste caso, o direito do credor já se encontrará satisfeito, não se justificando o prosseguimento da arrematação.

E ainda, estabelece o *caput*, do mesmo art. 692: “Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil”. E aqui, mais uma vez, percebe-se a preocupação do legislador em resguardar os direitos do credor contra possíveis conluíus e fraudes.

Pode ocorrer que, “Se a praça ou leilão for de diversos bens e houver mais de um lançador, será preferido aquele que se propuser a arrematá-los englobadamente, oferecendo para os que não tiverem licitante preço igual ao da avaliação e para os demais o de maior lance” (CPC, art. 691). Neste caso, a proposta de arrematação global pressupõe conhecido o preço dos bens arrematados e a certeza de inexistência de licitante para os demais.

A arrematação será feita em dinheiro à vista, ou a prazo de três dias, mediante caução idônea, conforme determina o art. 690, do Código de Processo Civil. Tem se admitido que o pagamento do preço à vista possa ser feito por cheque (Moacyr Amaral Santos, Pontes de Miranda, Celso Neves).⁸⁷

⁸⁷ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 332.

Referida caução poderá ser real ou fidejussória, desde que idônea, e, “caução idônea é aquela que garanta o preço e seu pagamento. Se impugnada a caução real, por deficiente, ou o fiador, por inidôneo, decidirá o juiz imediatamente”.⁸⁸

É sabido que o credor-exequente poderá licitar e, fora os casos em que se permite a adjudicação, quer em praça, quer o leilão, “O credor, que arrematar os bens, não está obrigado a exibir o preço”, conforme dispõe o art. 690, § 2º, do CPC. No entanto, o preço alcançado pode exceder o seu crédito, por isto o § 2º, do referido art. 690, complementa: “... mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de três dias, a diferença, sob pena de desfazer-se a arrematação; caso em que os bens serão levados à praça ou a leilão à custa do credor”.

Uma vez encerrados os trabalhos da praça ou leilão, deve ser lavrado termo de encerramento pelo escrivão, que deverá constar, por certidão do porteiro dos auditórios ou leiloeiro, o valor do maior lance e o nome do respectivo lançador, bem como a intimação deste para a assinatura do auto de arrematação. A importância da arrematação, também, será de imediato recolhida, salvo se for o caso de caução para pagamento em três dias.

O auto de arrematação será então lavrado vinte quatro horas depois de feita a documentação por termo do escrivão do encerramento da hasta pública, de acordo com o que preceitua o art. 693, do Código de Processo Civil. Este prazo é fixado em benefício daqueles que, em sendo legitimados (CPC, art. 787), possam exercer, dentro dessas vinte e quatro horas, o direito de remição dos bens penhorados (CPC, art. 788, inciso I).

O professor Humberto Theodoro Júnior apresentou a seguinte lição:

“Terminada a hasta pública, dever-se-á aguardar o prazo de vinte e quatro horas para lavratura do auto de arrematação. Esse interregno é reservado à prática do direito de remição (art. 788). Como, no entanto, não é seguro ficar em branco a conclusão do ato solene que é a alienação judicial, até que se passe o prazo acima, caberá ao oficial ou ao leiloeiro certificar a hora do encerramento do pregão, bem como o valor do maior lance e o nome do respectivo lançador, que ficará intimado a comparecer em cartório para a oportuna assinatura do auto. A importância da arrematação, também será de imediato escolhida, salvo se for o caso de caução para pagamento em três dias”.⁸⁹

⁸⁸ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 332.

Outrossim, o auto de arrematação corresponde ao título formal de domínio atribuído pelo Estado ao arrematante, e é um único para todas as arrematações que forma objeto da mesma praça ou leilão, e deverá, necessariamente, ser assinado pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo próprio porteiro ou leiloeiro.

Por fim, “Assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável” (CPC, art. 694).

Como já foi dito, a alienação de imóveis se faz através de praça, conforme o que determina o Código de processo Civil, e, por ter algumas características especiais, algumas diferenças existem neste procedimento.

E, atendendo às condições especiais do imóvel, ou visando impedir um resultado desastroso na sua alienação, dispõe o art. 700, primeira parte, do Código de Processo Civil: “Poderá o juiz, ouvidas as partes e sem prejuízo da expedição dos editais, atribuir a corretor de imóveis inscrito na entidade oficial da classe a intermediação na alienação do imóvel penhorado”. Deste modo, a função do corretor de imóveis será a de simples mediador, que fará jus a uma comissão.

Caso o mediador encontre algum interessado na arrematação do imóvel, o próprio interessado deverá fazer proposta por escrito, dirigida ao juiz até cinco dias antes da realização da praça, oferecendo o seu lance, não inferior à avaliação.

O interessado deverá fazer por escrito o seu lance, não inferior à avaliação, propondo pelo menos quarenta por cento à vista e o restante a prazo, garantido por hipoteca do próprio imóvel” (CPC, art. 700, segunda parte). No entanto, nada impede que o proponente se manifeste pelo pagamento imediato da totalidade do lance ofertado, desde que este não seja inferior à avaliação, e, se o pagamento do preço não for imediato e na sua totalidade, a proposta deverá indicar o prazo, a modalidade e as condições do pagamento do saldo (CPC, art. 700, § 1º).

Após colhida a proposta, ou propostas, serão ouvidas as partes. Concordando as partes, “o juiz a homologará, mandando suspender a praça, e correndo a comissão do mediador, que

⁸⁹ Humberto Theodoro Júnior. “Processo de Execução”, cit. p. 304.

não poderá exceder de cinco por cento sobre o valor da alienação, por conta do proponente” (CPC, art. 700, § 2º).

Por conseguinte, na sentença homologatória, o juiz deverá fixar o prazo para depósito da parcela inicial ou da totalidade do preço, conforme a proposta seja para pagamento parcial ou total imediato do preço. E aí, “Depositada, no prazo que o juiz fixar, a parcela inicial, será expedida a carta de arrematação (art. 703), contendo os termos da proposta e a decisão do juiz, servindo a carta de título para o registro hipotecário” (CPC, art. 700, § 3º). Caso o proponente não deposite a parcela inicial ou a totalidade do preço, no prazo estabelecido, “o juiz imporá ao proponente, em favor do exequente, multa igual a vinte por cento sobre a proposta, valendo a decisão como título executivo” (CPC, art. 700, § 3º, segunda parte).

Regra geral, a arrematação, quando feita em primeira praça, impõe-se que o valor do lance seja superior ao da avaliação; em segunda praça, será feita por quem mais der (CPC, art. 686, inciso VI). Cumpre ressaltar que, em se tratando de imóvel de incapaz, e visando acautelar seus interesses, mesmo que em segunda praça há um limite mínimo quanto ao lance, que não poderá ser inferior a oitenta por cento do valor da avaliação. Na hipótese de que o imóvel não alcance ao menos esse preço, dar-se-á o adiamento da alienação por prazo não superior a um ano, sendo o imóvel entregue à guarda e administração de depositário idôneo. É o que diz a lei processual civil, em seu art. 701.

O § 2º do mesmo art. 701 prescreve que, “Se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz lhe imporá a multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo”.

O § 4º do referido art. 701 dispõe que, “Findo o prazo do adiamento, o imóvel será alienado em praça, na forma prevista no art. 686, VI”, ou seja, será alienado a quem oferecer maior lance.

Uma vez assinado o auto de arrematação, considerar-se-á perfeita e acabada e irreatável (CPC, art. 694, *caput*). Esta é a regra geral que, no entanto, possui algumas exceções, que poderão conduzir ao desfazimento da arrematação. Estas exceções estão previstas no parágrafo único do referido artigo 694.

Em Primeiro lugar, a arrematação poderá desfazer-se por vício de nulidade (CPC, art. 694, parágrafo único, inciso I). Portanto, haja vício de nulidade da arrematação, em si mesma,

ou do processo de execução ou do ato processual do qual dependa, poderá ser desfeita a arrematação. O vício poderá ser declarado até mesmo de ofício, ou a requerimento da parte, caso o processo de execução ainda esteja em curso, mas, normalmente ocorre por meio dos embargos do devedor, ou embargos de terceiro.

Caso não tenha sido pago o preço ou prestada a caução, poderá desfazer-se a arrematação (CPC, art. 694, parágrafo único, inciso II). Caso não tenha sido pago o preço à vista, ou não tenha sido prestada caução idônea antes do auto da arrematação, esta poderá ser desfeita a requerimento do interessado.

No caso de arrematação cujo preço deva ser pago no prazo de três dias mediante caução, e tenha sido esta prestada, mas não efetuando o arrematante ou o seu fiador o pagamento naquele prazo, o juiz deverá lhe impor multa, em favor do exequente, de vinte por cento, calculada sobre o lance (CPC, art. 695).

Assim, é oferecida ao credor uma opção, que deverá ser manifestada no prazo de dez dias, contados da verificação da mora (CPC, art. 695, § 2º), de modo que, ou requererá que os bens voltem à praça ou leilão, o que importaria em pedido de desfazimento da arrematação; ou aceitando como subsistente a arrematação, cobrará por via executiva ao arrematante e seu fiador o preço da arrematação mais a multa (CPC, art. 695, § 1º).

Ipsa facto, não exercendo o credor o direito de opção no prazo de dez dias, o juiz deverá declarar desfeita a arrematação, determinando que voltem os bens a nova praça ou leilão, nos quais não serão admitidos a lançar o arrematante e o fiador remisso (CPC, art. 695, § 3º).

Outra hipótese de desfazimento da arrematação ocorre quando o arrematante provar nos três dias seguintes, a existência de ônus real não mencionado no edital (CPC, art. 694, parágrafo único, inciso III). Isto poderá ser feito através de simples petição, devidamente comprovada de desfazimento da arrematação, que deverá ser apresentada nos três dias seguintes ao auto de arrematação, pois, da falha do edital resultou prejuízo para o arrematante.

Poderá ainda desfazer-se a arrematação, “nos casos previstos neste Código (art. 698 e 699)” (CPC, art. 694, parágrafo único, inciso IV).

Podemos acrescentar outro caso de desfazimento da arrematação, que ocorre quando sendo o credor o arrematante dos bens, e o valor exceda seu crédito, não efetue o depósito da diferença em três dias. O Código de Processo Civil foi expresso em dizer que a falta do depósito da diferença em três dias, tem por sanção a “pena de desfazer-se a arrematação; caso em que os bens serão levados à praça ou leilão à custa do credor” (CPC, art. 690, § 2º). Aqui o propósito do legislador fica evidente, no sentido de coibir o locupletamento do credor-arrematante.

Como já foi dito, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, após a assinatura do auto de arrematação, pois neste, está o título formal de domínio do arrematante. A tudo isto, deve-se acrescentar-se a tradição da coisa (*traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*), ou o registro no Registro de Imóveis.

Por essa razão, deve o arrematante estar em posse da **carta de arrematação**, que é, a um só tempo, o documento comprobatório da arrematação e o instrumento público de aquisição dos bens pelo arrematante. Por isto, a carta de arrematação é um instrumento solene, que deve estrita observância a certos requisitos. Em se tratando de imóvel, a carta conterà, necessariamente: “I – a descrição do imóvel, constante do título, ou à sua falta, da avaliação; II – a prova de quitação dos impostos; III – o auto de arrematação; IV – o título executivo” (CPC, art. 703, incisos I, II, III e IV).

Cumprido observar que, as despesas com a extração da carta, as custas da arrematação, bem como os impostos devidos por esta, correrão por conta do arrematante. Exceto os impostos vencidos anteriormente à arrematação, que se sub-rogam no preço desta.

Deste modo, considerada perfeita, acabada e irretratável a arrematação, produzirá os seguintes efeitos: I – transfere o domínio do bem ao arrematante; II – transfere ao arrematante o direito aos frutos pendentes, com a obrigação de indenizar as despesas havidas com os mesmos; III – torna o arrematante e seu fiador devedores do preço, quando a arrematação é feita a prazo (CPC, arts. 690 e 700); IV – extingue a hipoteca inscrita sobre o imóvel arrematado, tanto no caso da execução ter sido movida pelo próprio credor hipotecário como por outro credor, desde que tenha sido o credor hipotecário intimado da penhora; V – sub-rogam-se no preço os impostos sobre o imóvel arrematado, vencidos anteriormente à arrematação (Código Tributário Nacional, art. 130, parágrafo único).

Problema interessante que surge é o relativo à evicção da coisa arrematada. Ora, em se tratando de compra e venda, o vendedor responde perante o comprador pela evicção da coisa alienada, conforme dispõe o art. 1.107, do Código Civil.

No entanto, conforme já dissemos, a arrematação não tem natureza de compra e venda, e com esta não se confunde.

O ilustre professor Moacyr Amaral Santos bem asseverou:

“Conforme LIEBMAN, para quem a arrematação não se confunde com a compra e venda, não se pode falar, quanto à coisa arrematada, em evicção propriamente dita, que é instituído que diz respeito àquele contrato. Mas – acrescenta – ‘é inegável o direito do arrematante de reaver o que pagou sem causa. Quem se enriqueceu indevidamente com o pagamento é o executado, que se livrou das dívidas a custa dos bens alheios; ele é obrigado, pois, a indenizar o arrematante. Mas, as mais das vezes, ele é insolvente; o arrematante poderá, então, repetir dos credores o que receberam, porque, embora tivessem direito ao pagamento, não o tinham a ser pagos pela alienação de bens a terceiros’. Com esse parecer, a que acompanhamos, FREDERICO MARQUES, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, e outros”.⁹⁰

4.4.7 – Pagamento ao Credor

Tendo a penhora recaído sobre dinheiro, ou tendo sido os bens penhorados convertidos em dinheiro, ou tendo o credor preferido receber bens em pagamento do seu crédito, ou ainda porque tenha o juiz decidido, objetivando tornar menos gravosa a situação do devedor, fosse o crédito pago parceladamente por meio do usufruto das rendas do bem imóvel ou da empresa penhorada, encerra-se a fase instrutória do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, encaminhando-se para a fase final do processo, que é a da entrega do produto ao credor, a que o Código de Processo Civil denominou fase **do pagamento ao credor** (Liv. II, Tít. II, Cap. IV, Seç. II).

De acordo com o Código de Processo Civil, em seu art. 708, faz-se o pagamento ao credor: “I pela entrega do dinheiro; II – pela adjudicação dos bens penhorados; III – pelo usufruto de bem imóvel ou empresa”.

⁹⁰ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit. p. 341.

O mais comum é que o pagamento do credor seja feito em dinheiro; porque o dinheiro é que foi penhorado, ou porque os bens penhorados se converteram em dinheiro.

Sendo único o credor e inexistindo em relação aos bens alienados qualquer privilégio ou preferência, de que outrem seja titular, o juiz autorizará, através de expedição de mandado de levantamento, a requerimento do credor, o levantamento do dinheiro, até a satisfação integral de seu crédito, desde que: I – a execução haja sido movida só a benefício desse “credor singular, a quem, por força da penhora, cabe o direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados”; e II – não haja “sobre os bens alienados qualquer outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora” (CPC, art. 709).

É de salutar importância lembrar que, em se tratando de execução provisória, o levantamento do dinheiro dependerá de prestação de caução idônea pelo credor, conforme dispõe o art. 588, II, do Código de Processo Civil. Sobre a execução provisória e seus pormenores, falaremos mais detidamente adiante.

Tendo o credor recebido o mandado de levantamento, seu direito estará satisfeito, e por isso, deverá dar ao devedor, quitação da quantia paga, por termos nos autos (CPC, art. 709, parágrafo único). Assim, caso ainda tenha restado algum saldo, este deverá ser restituído ao devedor. É o que preceitua o art. 710, do Código de Processo Civil: “Estando o credor pago do principal, juros, custas e honorários, a importância que sobejar será restituída ao devedor”.

Porém, em se tratando de vários credores, com várias penhoras sobre os mesmos bens, ou mesmo tratando-se de uma única penhora, sobre os bens alienados recair outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora, o levantamento do dinheiro exigirá a instauração de um processo incidente, denominado **concurso de preferência**, nos termos do art. 711, do Código de Processo Civil.

Trata-se, pois, o concurso de preferência de um processo de conhecimento incidental, inserido, nesta fase, no processo de execução. Este se desenvolve e é julgado nos autos do próprio processo de execução. Pode ser instaurado por provocação de qualquer dos credores, que deverão formular suas pretensões, versando unicamente sobre “o direito de preferência e a anterioridade da penhora” (CPC, art. 712). Poderão os credores oferecer provas documentais e requerer “as provas que irão produzir em audiência” (CPC, art. 712).

Caso não hajam provas a serem produzidas, estará habilitado o juiz a sentenciar. Em havendo provas a serem produzidas em audiência, esta será designada e, findo o debate, o juiz proferirá a sentença (CPC, art. 713), que deverá se adequar o disposto no art. 711, do mesmo *codex*: “Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal de preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora”.

Dessa sentença que julgou o concurso de credores, cabe recurso de apelação (CPC, art. 513).

4.4.8 – Adjudicação

A adjudicação constitui ato expropriatório, pois o órgão judiciário transfere coativamente os bens penhorados do patrimônio do executado para o credor, e:

“Este intercâmbio patrimonial forçado se distingue pela circunstância de o bem divergir do objeto da prestação, que é dinheiro, mas o credor anui com ele, requerendo a providência, segundo deflui do art. 714, *caput*”.⁹¹

Diz-se que ela se opera *pro soluto* até o valor do bem adjudicado.

Através da adjudicação, permite-se que o exequente adquira o bem penhorado, nos casos em que ninguém o tenha arrematado em hasta pública. A aquisição deverá ser feita por valor não inferior ao da avaliação e o credor abaterá esse montante do seu crédito. Conforme este seja menor ou maior do que aquele, respectivamente o credor completará a diferença ou poderá prosseguir na execução do saldo.

A adjudicação é uma das modalidades pelas quais se faz o pagamento ao credor (CPC, art. 708, inciso II), pela qual o bem penhorado se transfere *in natura* para o credor, depois de hasta pública infrutífera. Muito embora o Código de Processo Civil tenha disciplinado o

instituto sobre a rubrica “Da adjudicação de imóvel”, grande parte da doutrina tem entendido que ela pode ter por objeto bens imóveis ou móveis.

Assim também tem entendido a jurisprudência, conforme demonstrou Araken de Assis,⁹² citando o julgado da 4ª Turma do STJ: “na execução, não há que se restringir a possibilidade de adjudicação somente quanto aos imóveis penhorados, devendo-se admiti-la também em relação aos imóveis”.⁹³

Percebe-se então que existem alguns pressupostos para que ocorra a adjudicação. O primeiro deles é que deve haver se findado a hasta pública sem lançador (CPC, art. 714, *caput*). O preço oferecido não deve ser inferior ao da avaliação que conste do edital (CPC, art. 714, *caput*); e por último, o requerente deve ostentar legitimidade para o ato (CPC, art. 714, § 2º), ou seja, o credor que promoveu a hasta pública e quaisquer credores concorrentes.

O pretendente à adjudicação deverá manifestar expressamente essa sua vontade, através de requerimento, que deve conter oferta do preço oferecido pelo bem ou bens a serem adjudicados, nunca inferior ao da avaliação. Tanto faz seja escrito ou oral o requerimento, mas no último caso, deverá constar do auto negativo de praça.

Deste modo, sendo único o pretendente à adjudicação, estando verificados e satisfeitos seus pressupostos, o juiz deferirá o requerimento do pedido de adjudicação cujo auto somente será assinado decorrido o prazo de vinte e quatro horas (CPC, art. 715, § 1º). É neste prazo que as pessoas legitimadas à remição poderão usar desse direito (CPC, arts. 787, 788, inciso II, primeira parte).

No entanto, mesmo sendo um único pretendente à adjudicação, mas houver outros credores concorrentes ao produto dos bens penhorados, deverá o pretendente depositar em dinheiro o preço ofertado, qualquer que seja, a fim de assegurar aos credores concorrentes a realização do concurso de preferência.

Com a assinatura do auto, havendo um só pretendente, a adjudicação reputa-se perfeita e acabada (CPC, art. 715, *caput*, primeira parte). Todavia, poderão fazer oposição tanto o

⁹¹ Araken de Assis. “Manual do Processo de Execução”. cit., p.652.

⁹² Araken de Assis. ob. cit., p. 652.

⁹³ 4ª T. do STJ, RMS 960-ª T. do STJ, RMS 960-RJ, 26.11.91, Rel. Min. Bueno de Souza, DJU, 3.2.92, p. 466, *apud* Araken de Assis, ob. cit., p. 652.

devedor como terceiro, através de embargos à adjudicação ou embargos de terceiro, conforme dispõe, respectivamente, os arts. 746 e 1.048 do Código de Processo Civil.

No caso de haverem mais de um pretendente à adjudicação, deverão ser consideradas as ofertas feitas por cada um, de modo que, aquele que oferecer maior preço terá seu pedido deferido. Contudo, “havendo mais de um pretendente pelo mesmo preço, proceder-se-á entre eles a licitação” (CPC, art. 714, § 2º, primeira parte). Intimados somente os pretendentes à adjudicação, àquele que mais der, será deferido seu requerimento.

Havendo um só pretendente à adjudicação, reputa-se perfeita e acabada com a assinatura do respectivo auto, e independentemente de sentença, expedir-se-á a carta de adjudicação (CPC, art. 715).

Caso sejam vários os pretendentes à adjudicação, e tenha ocorrido licitação, terá o juiz que decidir a qual deles cabe a preferência; haverá por isso, uma sentença de adjudicação, pela qual esta será deferida a um dos concorrentes (CPC, art. 715, § 2º).

A carta de adjudicação constitui documento comprobatório e instrumento público de aquisição do imóvel adjudicado, devendo ser levada ao Registro de imóveis, para fins de registro e conseqüente transferência ao adjudicatário do domínio do referido imóvel (Código Civil, art. 532, inciso III; Lei nº 6.015/73, art. 167, inciso I, 26).

4.4.9 – Usufruto de Imóvel ou de Empresa

Em regra, a expropriação satisfaz o crédito *in natura*, ou seja, entrega ao credor a soma correspondente à prestação descumprida, de uma só vez. Destarte, pode acontecer da penhora recair sobre imóvel ou empresa, surgindo então a possibilidade de solver a dívida mantendo íntegro o domínio do executado nesses bens, expropriando-lhe apenas os frutos para, num prazo razoável, completar o montante necessário à satisfação do principal, juros, custas e honorários advocatícios (CPC, art. 717).

A estes atos expropriatórios, o Código de Processo Civil denominou “usufruto de imóvel ou empresa”. Preciosa é a lição do ilustre processualista José Carlos Barbosa Moreira a respeito:

“Recaindo a penhora sobre imóvel ou empresa, surge uma terceira eventualidade, a par das anteriores examinadas: atribuir-se ao credor – no lugar de uma soma em dinheiro, obtida mediante alienação em hasta pública, ou da propriedade do bem (adjudicação) – o direito de goza-lo e fruí-lo, para ir-se satisfazendo paulatinamente com o produto da respectiva exploração. A esta figura chama o Código “usufruto”, sem que tal denominação haja de fazer supor uma identidade de características entre o instituto e o que recebe igual denominação no direito material”.⁹⁴

Na mesma linha de pensamento adverte o saudoso mestre Moacyr Amaral Santos:

“Não se trata de um novo direito real, mas de ato de execução, regulado pelo direito processual civil, que se concretizará não por simples manifestações de vontades das partes, mas sim por decisão do juiz em face dos elementos de convicção que lhe forem proporcionados”.⁹⁵

E continua o saudoso mestre:

“As razões de ser desse instituto são, por um lado, atendendo ao princípio exarado no art. 620 do Código de Processo Civil, tornar menos gravosa a execução para o devedor, o que geralmente se verifica quando o bem penhorado é muito mais valioso que o montante do crédito executado; e, por outro lado, criar, para o credor, meio eficiente para o recebimento da dívida”.⁹⁶

São pressupostos do usufruto judicial: I – que recaia sobre imóvel ou empresa, abrangidos pela penhora (CPC, art. 716); II – Que a sua instituição seja de iniciativa do credor (CPC, arts. 721, 726), o que exclui a admissibilidade de decretação de usufruto *ex officio*; III – o requerimento de instituição de usufruto deverá ser formulado por escrito, antes da realização da praça, no caso de imóvel (CPC, art. 721), ou leilão, no caso de empresa (CPC, art. 726); III

⁹⁴ José Carlos Barbosa Moreira. “O Novo Processo Civil Brasileiro”. cit., p. 255.

⁹⁵ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 353.

– que deverá essa modalidade de pagamento ser menos gravosa ao devedor e, ao mesmo tempo, eficiente para satisfação do direito do credor (CPC, art. 716); IV – em se tratando de usufruto de imóvel, o devedor deverá concordar com o requerimento do credor, sem o que esse será indeferido (CPC, art. 722).

Havendo requerimento do credor, será instaurado um processo incidente, que se desenvolverá nos próprios autos da execução, que terminará por uma sentença, que poderá indeferir o pedido, ou acolhê-lo, instituindo o usufruto (CPC, arts. 717, 718, 719, 722, § 1º).

A sentença que decreta o usufruto tem caráter constitutivo, pois através dela, o mero credor passará a ser usufrutuário, pois, “perde o devedor o gozo do imóvel ou da empresa, até que o credor seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios” (CPC, art. 717).

Conclui-se, então, que a instituição de usufruto é *pro solvendo*, de modo que, poderá ser fixado prazo certo para sua duração. Tem, portanto, sua eficácia contra terceiros, a partir da publicação da sentença (CPC, art. 718). Caso se trate de usufruto de imóvel, mister se faz, além da publicação da sentença, seja inscrita a carta de usufruto no respectivo registro (CPC, art. 722, § 3º).

4.4.10 – Extinção do Processo de Execução

O processo de execução se extingue desde que satisfeito o direito do credor (CPC, art. 794), ou quando se houver por encerrado o respectivo processo. Neste caso, deverão ser levadas em conta as regras do processo de conhecimento, subsidiariamente aplicáveis ao processo de execução (CPC, art. 598).

Assim, nos termos do art. 794, do Código de Processo Civil: “Extingue-se a execução quando: I – o devedor satisfaz a obrigação; II – obtém, por transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III – o credor renuncia ao crédito”.

Em todos os casos não resta dúvidas quanto à extinção do processo, pois, se o que o processo de execução visa é a satisfação do direito do credor, uma vez ocorrido isto, a

⁹⁶ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, v. III, cit., p. 353.

prestação jurisdicional se esgotou, o processo de execução atingiu o seu objetivo, extinguindo-se a ação e o respectivo processo.

Já em relação às outras hipóteses de extinção do processo de execução, estas são basicamente as mesmas que levam à extinção o processo de conhecimento, tais como o indeferimento da petição inicial por inepta (CPC, art. 267, inciso I), pela falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, ou da inocorrência de qualquer das condições da ação (CPC, art. 267, incisos IV, VI); quando o processo ficar parado por mais de um ano (CPC, art. 267, inciso II); quando o credor desistir do processo de execução (CPC, art. 267, VIII), mas neste caso, o crédito não é atingido, podendo a execução ser renovada; e as demais hipóteses previstas no Código de Processo Civil.

Em linhas gerais, estas são as fases do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em sentença condenatória proferida no processo cível.

PARTE III – A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

CAPÍTULO 5 – A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA

5.1 – Aspectos Gerais

De acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Civil vigente, a execução pode ser definitiva ou provisória, nos termos do art. 587: “A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

Temos então que, uma vez transitada em julgado a sentença, torna-se imutável (coisa julgada formal) e irretratável, seus efeitos também se fazem imutáveis (coisa julgada material). Tratando-se, pois, de sentença condenatória, imutável se torna seu efeito condenatório, de modo que, imutável se torna o título executivo atribuído ao credor.

Com efeito, a execução fundada em um título executivo imutável (sentença condenatória transitada em julgado), que tem por objetivo realizar a sanção nele formulada para a satisfação do direito do credor, processar-se-á de modo a atingir definitivamente a sua finalidade.

O mesmo ocorre com o título extrajudicial, que por força de lei, é imutável, tendo a mesma eficácia executiva da sentença transitada em julgado. Assim, sua execução será sempre definitiva.

No entanto, nem sempre é assim. A lei, atendendo a considerações de ordem prática, especialmente no que se refere a aguardar o trânsito em julgado das sentenças, das quais se tenha interposto recurso, o que atrasaria excessivamente a execução, atribuiu exequibilidade também às sentenças das quais tenha sido interposto recurso recebido somente no efeito devolutivo (CPC, art. 587).

O objetivo do legislador ao dar exequibilidade à sentença dependente de recurso, foi claro no sentido de se resguardar a possibilidade de sua reforma, e conseqüente exigência de reposição das coisas no seu estado anterior ao início da execução (*status quo ante*).

Em razão disso, aconselhável seria que, a execução fundamentada em sentença, da qual se haja interposto recurso recebido somente no efeito devolutivo, prosseguisse com observância a certas cautelas, com o intuito de tornar possível, sem ocasionar maiores danos ao executado, a reposição das coisas ao estado anterior, caso a sentença exequenda venha a ser reformada. Por isso, a este tipo de execução dá-se o nome de **execução provisória**.

Para se analisar o procedimento da execução provisória, primeiramente deve-se fazer uma análise da dinâmica da execução provisória no atual sistema processual, estudando o conteúdo do art. 521, do Código de Processo Civil, que prescreve: “Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta”.

Vale a pena trazer à baila os preciosos ensinamentos do mestre Barbosa Moreira a respeito da relação existente entre a ausência de efeito suspensivo e a exequibilidade provisória da sentença:

“A sentença torna-se exequível desde o recebimento da apelação unicamente no efeito devolutivo. Aliás, melhor será dizer: desde que recebida a apelação *sem efeito suspensivo*, com o que se evitará a suposição errônea de haver alguma relação entre o efeito devolutivo e a exequibilidade da sentença: esta de maneira alguma se explica por *ter* a apelação tal efeito, mas apenas por *não ter* o outro. Trata-se, na verdade, de

fenômenos inteiramente distintos, se bem que, com certa freqüência, a linguagem da lei dê a falsa impressão de que ‘ter efeito devolutivo’ significa o *contrário* de ‘ter efeito suspensivo’: assim, por exemplo, o art. 542, § 2º, do próprio Código, na redação da Lei n. 8.950, onde se lê que ‘os recursos extraordinários e especial serão recebidos no efeito devolutivo’, quando o que se quer negar a ambos o efeito suspensivo ...”.⁹⁷

Assim, se a apelação é recebida “somente no efeito devolutivo” (*rectius*, sem efeito suspensivo), poderá iniciar-se, a pedido do interessado, a execução provisória da sentença, determinando-se, para tanto, a extração da respectiva carta de sentença, ou nos locais onde houverem os autos suplementares a que se refere o art. 159, § 1º, do CPC, eles é que servirão de instrumento necessário para o início da execução provisória (CPC, art. 589).

Quanto à natureza jurídica da execução provisória, de acordo com o sistema inicialmente adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, a execução provisória decorria unicamente, da vontade da lei. Assim, precisava-se saber se o recurso de apelação a ser interposto possibilitava o seu recebimento no efeito suspensivo ou não. Se a resposta fosse negativa, estaria autorizada a execução provisória, o que a doutrina italiana chama de execução provisória *ope legis*.⁹⁸

No entanto, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.952/94 (art. 273), e pela Lei nº 9.139/95, a rigidez do art. 520 do CPC, e de seus respectivos incisos não pode mais prevalecer, de modo que a natureza jurídica da execução provisória apresenta-se bifurcada.

Se autorizada pela lei (hipóteses do art. 520 e seus incisos e as hipóteses previstas na legislação extravagante), a execução provisória será “execução”. É um caso de *antecipação da tutela executiva*.⁹⁹

Já nos casos em que a parte pode pleitear, ao juiz, o início da execução pela antecipação da tutela ou pela subtração do efeito suspensivo (incidindo o art. 273 e parágrafo

⁹⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *apud* Cassio Scarpinella Bueno. “Execução Provisória e Antecipação de Tutela – Dinâmica do Efeito Suspensivo da Apelação e da Execução Provisória: Concerto para a Efetividade do Processo”. São Paulo: Saraiva, 1999, p.158.

⁹⁸ Cassio Scarpinella Bueno. *ob. cit.*, p. 161 e nota 181.

⁹⁹ Cassio Scarpinella Bueno. *ob. cit.*, p. 161 e nota 182.

único do art. 558 do CPC – efeito suspensivo ativo), sua natureza será, no mais das vezes, *cautelar*.¹⁰⁰

Dissemos no mais das vezes, porque a concessão da pronta executividade do título, independentemente do desfecho do segmento recursal (pela subtração casuística do efeito suspensivo, pautar-se-á no reconhecimento de maior perigo no aguardo do julgamento do recurso do que, propriamente, na pronta execução do julgado. Esta, como temos acentuado ao longo deste trabalho, é a verdadeira *ratio* da execução provisória.

Nestes casos, a comentada medida se fundará no reconhecimento de maior perigo no aguardo do julgamento do recurso do que, propriamente, na pronta execução do julgado. É o que consta do art. 273, inciso I, e do parágrafo único do art. 558, do CPC, ao se referirem, respectivamente, a “fundado receio de dano ou de difícil reparação” e a “lesão grave e de difícil reparação”.

5.2 – O Recurso de Apelação e a Dinâmica da Ausência do Efeito Suspensivo no Atual Código de Processo Civil - Artigo 520

A redação do artigo 520 do Código de Processo Civil é a seguinte:

“Art. 520, A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I – homologar a divisão ou demarcação;

II – condenar à prestação de alimentos;

III – julgar a liquidação de sentença;

IV – decidir o processo cautelar (redação do *caput* e dos quatro incisos dada pela Lei nº 5.925/73);

¹⁰⁰ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit. , p. 162 e nota 184, onde o autor assevera que: “Quando acentuamos, aqui, natureza ‘cautelar’ não nos referimos, evidentemente ao grau de cognição que legitima a execução provisória pela inexistência ou subtração do efeito suspensivo recursal. O elemento que empregamos para identificação da natureza da execução provisória, assim, está mais atrelado à sua teleologia. Até porque, como bem acentua Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela Antecipatória*, cit, p. 192-5), inexistente distinção entre cognição que embasa a execução ‘provisória’ e a definitiva”.

V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes (redação dada pela Lei nº 8.950/94);

VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem”(inclusão feita pela Lei nº 9.307/96).

A razão que inspirou o legislador a catalogar estes casos no art. 520 nunca foi expressa. Portanto, deve estar implícita a idéia de que, ao possibilitar a execução imediata de tais decisões, estaria se prevenindo maior prejuízo ao credor recorrido, do que esperar o desfecho normal da causa até julgamento final do recurso.

Surge então uma pergunta: existem no atual ordenamento jurídico pátrio, outros recursos de apelação que podem ser recebidos sem efeito suspensivo?

O segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo já decidiu que, atualmente, somente nas situações casuísticamente previstas na lei, como por exemplo, o art. 520, 1.184 do CPC e art. 58, inciso V, da Lei nº 8.245/91, entre as quais não se inclui a sentença de rejeição de embargos de terceiro, a apelação não produzirá o denominado efeito suspensivo, sendo defeso ao juiz, ao receber o recurso, conceder ou negar, a seu critério, efeitos negados ou concedidos pela lei.¹⁰¹

A nosso ver, no entanto, não são apenas os casos previstos pelo art. 520, 1.184 do CPC e art. 58, inciso V, da Lei nº 8.245/91 (Lei de Locação Urbana). Isto porque, não se pode se apegar mais a um critério rígido quanto ao efeito suspensivo da apelação. Mister se faz que o art. 520 seja interpretado e aplicado levando-se em conta as mais recentes reformas processuais.

Deste modo, tanto o art. 273 como o parágrafo único do Código de Processo Civil podem alterar essa aparente rigidez do sistema dos efeitos recursais da atual lei processual civil, através da subtração do efeito suspensivo, a fim de viabilizar a execução provisória da sentença, enquanto se aguarda a solução definitiva do recurso. Essa deve ser a atual dinâmica do efeito suspensivo, da qual voltaremos a discutir com mais detalhes posteriormente, no item intitulado “Meios para Iniciar ou Obstar a Execução Provisória”.

Passemos então a analisar sucintamente as hipóteses constantes do art. 520, do CPC.

¹⁰¹ 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, 7ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 507.851-00/6/Capital, rel. Juiz Antonio Marcato, j. un. 21-10-97, Jurisprudência ADCOAS, v. 2/98, nº 8157815, p. 59.

O inciso I do referido dispositivo trata da sentença que homologar a decisão dos arts. 949 e 974, § 1º, do CPC, ou à demarcação, que é referida no art. 966 do mesmo *codex*.

É sabido que tanto as ações de divisão quanto as ações de demarcação são divididas em duas fases distintas e subseqüentes, restando saber, portanto, em qual sentença esta sujeita ao efeito meramente devolutivo.

Na primeira fase, decide-se acerca da existência do direito de dividir ou demarcar (CPC, arts. 968 c/c o 955 e arts. 955 c/c o 958, respectivamente). Na segunda fase do referido procedimento, destina-se à homologação da divisão ou demarcação (CPC, arts. 980 e 966, respectivamente), sendo que, somente contra essa sentença é que o recurso de apelação deve ser recebido sem o efeito suspensivo, nos termos do referido inciso I, do art. 520, do CPC.

O inciso II, do art. 520, do CPC se refere à sentença que condenar à prestação de alimentos.

Assim, a sentença que julga a ação de alimentos improcedente não é abarcada pelo dispositivo em questão.

Existe dúvidas na doutrina e na jurisprudência a respeito de se, a decisão que majorar ou reduzir a pensão alimentícia ou a que exonera o alimentante de seu pagamento, será recebida somente no efeito devolutivo.

O ilustre processualista Barbosa Moreira, citando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entende que referidas hipóteses estão fora do alcance do inciso II do art. 520, considerando que, referidas decisões são constitutivas e não condenatórias.¹⁰²

Porém, o fato de se tratarem de decisões constitutivas, por si só, não tem o condão de não possibilitar a aplicação do inciso II, do art. 520, do CPC.

Quem o diz é próprio professor Barbosa Moreira, esclarecendo que o efeito suspensivo recursal, não está adstrito, única e exclusivamente, ao efeito executivo proveniente de decisão condenatória, citando como exemplo a sentença que decreta a interdição (sentença constitutiva), cujo apelo está desprovido de suspensividade, *ex vi* do art. 1.184, do CPC.¹⁰³

¹⁰² José Carlos Barbosa Moreira. “Comentários ao Código de Processo Civil”. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 462.

¹⁰³ José Carlos Barbosa Moreira. “Comentários ao Código de Processo Civil”. cit., p.472.

Portanto, não se pode negar aplicação do inciso II do art. 520, do CPC à decisão que condena, majora ou reduz a prestação alimentícia.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu em Uniformização de Jurisprudência que:

“A razão primordial da exceção é a sobrevivência do alimentando, e é ela justamente que o dispositivo quer resguardar ainda que recurso tenha sido interposto contra decisão que condenar à prestação de alimentos, contribuição a ser preservada até que a matéria seja decidida em sua plenitude, com evidente auxílio à parte, em tese, mais carente.

Não se pode esquecer o motivo da prestação alimentícia, antes social, que plenamente jurídico, a remontar a natureza da própria família, e se unirem seus integrantes contra as pressões do meio e a se obrigarem à recíproca harmonia de esforços para sobreviverem.

Não se esquece que o direito a alimentos tem características subjetivas naturais, é o produto da ética e da solidariedade humana.

Daí o cuidado do legislador ao resguardar o alimentando até final decisão da justiça”.

¹⁰⁴

Nesse mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰⁵ e a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁶.

Da mesma maneira deve se aplicar referido dispositivo na ação de alimentos cumulada com a investigação de paternidade, conforme se vê da ementa de acórdão da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“*Habeas Corpus* – Prisão Civil – Falta de pagamento de prestações atuais de alimentos

São devidos alimentos provisionais desde a sentença de primeira instância que em ação de investigação de paternidade declara a relação de filiação – art. 5º da Lei n. 883, de 1949 -, de modo que o recurso de apelação na ação de alimentos cumulativamente ajuizada não pode ter efeito suspensivo, como aliás prevê o art. 520, inciso II, do CPC,

¹⁰⁴ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Seção Cível, Uniformização de Jurisprudência n. 21 no Agravo de Instrumento n. 4.153, j. un. 16-8-82., RT 568/145 e 146.

¹⁰⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, 7ª Câmara Civil de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 272-687-1, Rel. Des. Mohamed Amaro, j. un. 13-12-95, JTJ-Lex 181/197 e, na mesma 7ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 249.085-1, Rel. Des. Leite Cintra, j. un. 26-4-95, JTJ-Lex 173/143 (também RT 718/127).

¹⁰⁶ Recurso Especial n. 9.393/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. un. 18-6-91, JSTJ e TRF-Lex 33/274 e, também, RT 674/238.

podendo a sentença ser executada provisoriamente na forma do art. 733, do mesmo diploma legal...”.¹⁰⁷

Se negada a relação de filiação não se pode aplicar o inciso II do art. 520 do CPC, pois seguirá a rejeição da pretensão alimentícia e o conseqüente afastamento da referida regra.

No entanto, a sentença proferida em ação cautelar de alimentos provisionais (CPC, art. 852) admite apelação a ser recebida apenas em seu efeito devolutivo, mas não por força do inciso II do art. 520, e sim do inciso IV do mesmo artigo, pois se trata de ação cautelar.

Nos termos do Inciso III do art. 520 do CPC, também não possui efeito suspensivo a apelação que ataca sentença que julgar a liquidação.

Questão que surge do exame de referido dispositivo é se, será também provisória a execução pautada em sentença já transitada em julgado e que só a liquidação é objeto de impugnação pelo recurso de apelação.

Assim, a referência pelo recurso de apelação, à quantificação do *an debeatur* seria razão suficiente para retirar da decisão já transitada em julgado a definitividade da execução de seu dispositivo? De que forma podemos conciliar o disposto no art. 587, 1ª parte, com o inciso III do art. 520 do Código de Processo Civil?

Certo é que, a 1ª parte do art. 587 da lei processual civil estabelece ser definitiva a execução da sentença transitada em julgado, enquanto a sua prévia liquidação, nos termos do art. 520, inciso III, do mesmo diploma legal, atribui-lhe a natureza de provisória, desde que atacada a homologação por recurso de apelação.

Referida situação foi agravada com o advento da Lei nº 8.898/94, que extinguiu a liquidação por cálculo do contador, atribuindo ao exeqüente o ônus de, já com a inicial da execução, apresentar quantificada a condenação que lhe beneficia, de modo que, a discussão do *quantum debeatur*, diante da nova sistemática trazida por referida lei, deve ficar reservada para os embargos à execução.

Com efeito, a ausência do efeito suspensivo da apelação, nestes casos, se dará não pelo inciso III do art. 520, mas sim pelo inciso V, do mesmo dispositivo. Assim, a maioria da

¹⁰⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado, *Habeas Corpus* n. 49.271/9, Rel.

doutrina e da jurisprudência entendem que, em se tratando de decisão transitada em julgado, a interposição da apelação da rejeição de embargos (liminarmente, ou a final) não poderá transformar em provisória a execução, por força da 1ª parte do art. 587 do CPC, definitiva. Então, porque razão a liquidação da sentença teria essa virtude?

A nosso ver, a execução somente poderá ter início após a liquidação da condenação, seja ela efetivada por arbitramento ou por artigos, por força do comando do inciso III do art. 520 do CPC, de modo que, diante da subtração do efeito suspensivo da sentença que resolver a liquidação, a execução poderá ter início, independentemente de ela estar definitivamente decidida.

Sábios são os ensinamentos do ilustre professor Gelson Amaro de Souza a respeito:

“A sentença proferida poderá ser atacada com recurso de apelação, que somente será recebido no efeito devolutivo (art. 520, II, CPC) podendo, a parte adversa, requerer de imediato a execução”.¹⁰⁸

Na doutrina e na jurisprudência repercute ainda, outra questão, relativa a interpretação e ao campo de incidência do art. 520, inciso III, do Código de Processo Civil.

Referido dispositivo se dirige às sentenças homologatórias de liquidação, seja por artigos ou por arbitramento, e não às decisões que aprovem meras atualizações de cálculo, incidentais à execução. Estas serão atacadas por agravo (CPC, art. 522, *caput*), aquelas, serão combatidas pelo recurso de apelação, que será recebido sem o efeito suspensivo (CPC, art. 520, inciso III).

No entanto, o tema ainda não é pacífico na doutrina e jurisprudência.

O inciso IV, do art. 520, do Código de Processo Civil, prevê que a apelação que combater a sentença que julgar processo cautelar, será recebida somente no efeito devolutivo.

Des. Ruyter Oliva, j. un. 12-8-97, Informativo Semanal COAD, v. 45/97, n. 80523, p. 712.

¹⁰⁸ Gelson Amaro de Souza. “Notas sobre a Liquidação de Sentença”, *In Revista de Processo*, 64/56-69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.64.

Certa dificuldade surge na prática quando ocorre o sentenciamento conjunto da ação cautelar e da ação de conhecimento, sendo aquela preparatória ou incidental, e ocorre a interposição de um só recurso de apelação contra essa decisão jurisdicional.

Com muita propriedade esclareceu o mestre Galeno de Lacerda:

“Contra sentença terminativa do processo cautelar, com ou sem julgamento de mérito da cautelar, cabe apelação sem efeito suspensivo (art. 520, IV), aforável no prazo normal de quinze dias. Se julgada a ação cautelar juntamente com a principal, numa só sentença, a apelação será global, cabendo o juiz recebê-la com efeitos distintos, quando providas ambas as ações, de tal modo que o recurso contra a cautelar não tenha efeito suspensivo”.¹⁰⁹

Conclui-se, portanto, que, muito embora a sentença tenha sido única, de acordo com a sistemática da lei processual em vigor, os recursos de apelação interpostos deverão ser dois, cada um correspondente a uma das “sentenças”, que deverão ser recebidos separadamente, cada qual com os efeitos que a lei determina. Isto porque, apesar de as causas terem sido decididas de uma só vez, continuam a ser duas ou mais, unificadas em um mesmo procedimento, a fim de evitar decisões contraditórias.

De acordo com o art. 520, inciso V, do Código de Processo Civil, o recurso de apelação que atacar a decisão que rejeitar liminarmente os embargos à execução ou julgá-los improcedentes será recebido somente no efeito devolutivo.

Resta saber, qual é o alcance da expressão “embargos” constante no dispositivo ora comentado, bem como sua aplicabilidade às execuções fundadas em títulos judiciais ou extrajudiciais.

É pacífico o entendimento de que a execução fundada em títulos extrajudiciais é sempre definitiva, ainda que dependente de julgamento de recurso de apelação interposto em combate à sentença de improcedência dos embargos do devedor.

Bastante incisivo foi o professor Cassio Scarpinella Bueno a comentar o assunto:

¹⁰⁹ Galeno de Lacerda. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. VIII, t. I, p. 190.

“Não fosse assim e se estaria atribuindo ao título executivo extrajudicial (CPC, art. 585) *após* a rejeição dos embargos – cujo significado de rejeição é, precisamente, a confirmação de sua legitimidade executiva – menos força do que aquela que lhe é estabelecida por lei, antes da citação do devedor”.¹¹⁰

Ora, é cediço que os títulos executivos extrajudiciais gozam de presunção legal de legitimidade, e que, se os embargos forem rejeitados, estará ainda mais confirmada sua legitimidade para provocar a execução. Assim, sua execução, que já era definitiva, assim deverá continuar sendo, sob pena de se causar uma imensa confusão jurídica no processo de execução. Não se aplica, portanto, o inciso IV, do art. 520, do CPC, a esses casos.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em se tratando de títulos executivos judiciais, pois se a finalidade dos embargos à execução é desconstituir a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo, fica claro que sua rejeição constitui prova de que aqueles requisitos valorados pelo legislador como hábeis para instaurar a ação executiva sem prévia ação de conhecimento, estão supridos, de forma que, com a rejeição dos embargos tenha seguimento a execução, que até então era definitiva, de maneira provisória.

Bem asseverou o aclamado professor Barbosa Moreira:

“Assinale-se desde logo que a índole provisória da execução se relaciona com a existência da apelação contra a sentença *que constitui o título executivo*, não com a de apelação contra qualquer outra sentença subsequente, como a proferida sobre embargos do devedor. A execução de sentença trãnsita em julgado, nascida definitiva, não se converte em provisória só porque alguém apele da sentença atinente aos embargos”.¹¹¹

Em outra obra, o mesmo autor ensinou:

“A execução prossegue em caráter provisório, caso a sentença exequenda – que é proferida no anterior processo de conhecimento, não a que repeliu os embargos – esteja ainda sujeita a recurso (artigo 587, 2ª parte); em caráter definitivo, na hipótese contrária, bem como na de título extrajudicial (art. 587, 1ª parte). A eventual pendência de recurso contra sentença que julgou improcedentes os embargos não obsta a definitividade da execução; a esse recurso é que alude o artigo 686, n.V, 2ª parte, por

¹¹⁰ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 124.

¹¹¹ José Carlos Barbosa Moreira. “Comentários”, cit., p. 471.

onde se vê que apesar dele se promove, na execução pecuniária, a hasta pública – inconcebível se aquela fosse provisória (art. 588, n. II)”¹¹².

No entanto, a matéria não é pacífica, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Assim confirma a decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil, embora com a rejeição dos embargos à execução, há aqueles que entendem ser provisória a execução que ocorre durante o segmento recursal, sendo legítima, por conta dessa premissa, a exigibilidade da prestação de caução para sua instrumentação (CPC, art. 588, inciso I):

“Execução – Título extrajudicial – Embargos do devedor – Sentença de improcedência com recurso recebido apenas no efeito devolutivo – Hipótese de execução provisória – Prestação de caução determinada – Admissibilidade – Ato revestido de legalidade – Inteligência do art. 588, I do CPC.

O estatuto processual diz claramente que é provisória a execução quando o recurso interposto contra sentença que julga improcedentes os embargos à execução for recebido só no efeito devolutivo. Reveste-se, assim, de legalidade o ato do juiz que determina a exequente que preste caução, conforme preceitua o art. 588, I do CPC”¹¹³.

O citado acórdão, para negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, interpretou o art. 587 do Estatuto Processual Civil em conjunto com o art. 520, inciso V, do mesmo diploma legal, no sentido de que toda execução movida de decisão atacada por recurso recebido somente no efeito devolutivo é provisória, sendo aplicado o regime do art. 588 do CPC.

No entanto, cremos não ser esta a posição mais acertada, conforme conclui o professor Cassio Scarpinella Bueno:

“Desse modo, pensamos que a expressão “julgá-los improcedentes” utilizada pelo legislador deve ser interpretada como “rejeição” dos embargos, seja por questões processuais, seja por questões de mérito liminarmente ou não”¹¹⁴.

¹¹² José Carlos Barbosa Moreira. “O Novo Processo Civil Brasileiro”, cit, p. 346.

¹¹³ 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 4ª Câmara, Agravo de Instrumento n. 533.672/7, Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo, j. un. 17-3-93, RT 697/97.

¹¹⁴ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.133.

Isto porque, vincular o reinício da execução fundada em título extrajudicial ou judicial à prestação de caução, enquanto pende de processamento recurso despido de efeito suspensivo (e assim, apelação, conforme o art. 520, inciso V, do CPC), seria atribuir à interposição de recurso mais força que a própria lei confere ao título ao reconhecê-lo como hábil e suficiente para instrumentar a execução.

No que se refere à expressão “embargos à execução”, constante do inciso V, do art. 520, do CPC, há controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre a sua aplicabilidade aos embargos de terceiro, embargos à adjudicação e embargos à arrematação.

Quanto aos embargos de terceiro, há aqueles que dizem que o referido dispositivo se aplica apenas aos embargos opostos pelo executado. No entanto o melhor entendimento foi exposto pelo professor Cassio Scarpinella Bueno:

“Concluimos no sentido de que *casuisticamente* (é dizer: quando o caso concreto comportar a antecipação de tutela) poderá ser excepcionada a regra do duplo efeito nos embargos de terceiro, pela incidência, na espécie, do art. 273, o que equivale a dizer, precisamente, a subtração do efeito suspensivo outorgado pela lei e continua em nota de rodapé – Essa conclusão, adiantamos, tem cabimento, consoante sejam aptas a características de cada *caso concreto* para ‘antecipar a tutela executiva’, nos embargos à arrematação, à adjudicação nos embargos por retenção por benfeitorias e nos embargos da ação monitória”.¹¹⁵

Sobre o emprego da antecipação de tutela para subtração do efeito suspensivo da apelação, falaremos mais adiante, no item “Meios para Iniciar ou Obstar a Execução Provisória”.

Portanto, conclui-se que, os embargos de terceiro não são regidos pelas mesmas normas dos embargos do devedor, pois constituem, na realidade, demandas “possessórias” incidentes.

No inciso VI, do art. 520, do CPC, dispõe que o recurso de apelação que atacar a sentença que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem, será recebido somente no efeito devolutivo.

¹¹⁵ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.136.

O inciso em questão trata do julgamento do processo judicial de instituição de arbitragem de que trata o art. 7º da Lei nº 9.307/96, que tem cabimento quando qualquer das partes signatárias da cláusula compromissória recusar-se (“havendo resistência”, diz a lei) a instituir a arbitragem.

Desse modo, julgando procedente o pedido de instituição de arbitragem, esta sentença valerá como compromisso arbitral (§ 7º do art. 7º, da referida lei).

Desta sentença, muito embora a lei da arbitragem não ter previsto, caberá apelação, nos termos do art. 513, do Código de Processo Civil.

Muito embora exista expressa previsão legal no art. 520, VI, do CPC, divergências surgiram na doutrina a respeito da retirada do efeito suspensivo do recurso interposto contra a decisão que instituiu a arbitragem.¹¹⁶

No entanto, na esteira do que já dissemos sobre a execução provisória, é perfeitamente possível que referida sentença tenha sua eficácia imediata pela retirada do efeito suspensivo do recurso que a impugnou, mormente porque é o que a lei determina, não havendo razão para se pensar o contrário.

Nem se diga que a execução provisória não se presta a executar decisões constitutivas, porque, conforme demonstraremos no item seguinte, isto é perfeitamente possível.

5.3 – Eficácia da Sentença Contida no Artigo 588, *caput*, do Código de Processo Civil

Tem início a execução provisória, aplicando-se, para tanto, as regras constantes do art. 588, toda vez que o sistema prever o recebimento do recurso de apelação somente com efeito devolutivo (CPC, art. 520) ou que, à luz do caso concreto, retirar-se o efeito suspensivo do recurso (pela incidência do art. 273 ou do parágrafo único do art. 588, do CPC).

¹¹⁶ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., 142/145.

Infere-se da leitura de tais dispositivos, que o legislador se refere à sentença condenatória, proferida como resposta a pedido condenatório formulado pelo autor, para delinear o regramento da execução provisória.

No entanto, surge certa dificuldade em saber a abrangência do art. 588, do CPC. Referido dispositivo dirige-se somente às sentenças ou acórdãos condenatórios, ou as demais espécies de sentenças e acórdãos estão submetidos à suas regras?

Não resta dúvidas que as sentenças condenatórias, ou predominantemente condenatórias, comportam a execução provisória, pois, são elas que produzem títulos executivos (CPC, art. 584, inciso I), que servem para embasar a execução.

A divergência doutrinária surge quanto às sentenças preponderantemente declaratórias, constitutivas, executivas *lato sensu* e mandamentais.

O professor Cândido Rangel Dinamarco, referindo-se às ações constitutivas, comentou que o objetivo destas é a criação ou extinção de prévia situação jurídica, inaugurando outra, diversa em seu lugar. Assim, a ação (e, conseqüentemente a sentença) constitutiva representa, ela mesma, o reconhecimento a um direito de modificação jurídica, de modo que, *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, estaria vedada a “execução” provisória das sentenças constitutivas. Para completar o autor afirma que, só a existência de norma explícita, autorizando a plena efetivação da sentença constitutiva antes do trânsito em julgado é que poderia superar o raciocínio exposto acima.¹¹⁷

Acreditamos que as observações feitas pelo professor Dinamarco a cerca das ações constitutivas, têm valia para as ações declaratórias, pois, o substrato fático dessas ações é a verificação de uma incerteza jurídica, de modo que, sua execução provisória também daria ensejo à consumação de resultados, aparentemente não desejada pelo legislador, conforme dispõe o art. 588, do Código de Processo Civil.

No que tange à possibilidade de se aplicar a execução provisória às ações executivas *lato sensu* e às ações mandamentais, opinando pela sua impossibilidade, bem observou o professor Cássio Sacarpinella Bueno:

¹¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco. “Momento de Eficácia da Sentença Constitutiva”. Revista de Processo, 63/7-17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 11-12.

“Primeiro porque nem uma, nem outra admitem, propriamente, processo de execução. Segundo porque franqueada, pelo direito positivo, sua plena eficácia concreta – a realização fática de seus resultados -, parece-nos viável sua “execução” mesmo antes de sua solução definitiva pelo Poder Judiciário”.¹¹⁸

Portanto, caberá ao legislador definir sobre a provisoriedade ou não da execução. Tanto é assim, que o instituto da antecipação de tutela (CPC, arts. 273 e 461) não se vincula, apenas tão somente, às ações condenatórias, de modo que toda espécie de tutela poderá ser antecipada, desde que satisfeitos os requisitos legais.

No entanto, existe uma distinção entre a antecipação de tutela de uma ação condenatória e de uma tutela mandamental, que reside na forma de sua efetivação ou realização prática. Isto porque a antecipação de tutela de uma ação condenatória far-se-á de acordo com o processo de execução, já a tutela mandamental prescinde do processo de execução, ou seja, de qualquer ato ou participação volitiva daquele que sofre a medida.

O professor Cássio Scarpinella Bueno assim adverte:

“Destarte, a *realização* dessas tutelas antecipadas são provas contundentes – e de direito positivo – de que a ‘execução provisória’, hoje, não pode mais ser uma característica própria ou imanente das sentenças condenatórias. Mais do que nunca o estudo da ‘execução imprópria’ deverá despertar o interesse daqueles que trabalham na ciência processual”.¹¹⁹

5.4 – Procedimento da Execução Provisória

No que tange às linhas estruturais de procedimento, a execução provisória não é diferente da execução definitiva. É a própria lei quem o diz: “A execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva” (CPC, art. 588).

¹¹⁸ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 170.

¹¹⁹ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 171-172.

No entanto, seu processamento ocorre de forma diversa, pois se fará nos autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença (CPC, art. 589, segunda parte).

O processamento da execução provisória, segundo nos ensina o ilustre professor Moacyr Amaral Santos:

“... é subordinado ao respeito de certas *cautelas*, consistentes em *garantias* da possibilidade de reposição das coisas ao estado anterior ou equivalente, e à reparação dos danos causados ao executado, na hipótese de reforma, total ou parcial, ou de anulação da sentença exequenda pelo provimento do recurso. Por isso, conquanto a execução provisória se faça do mesmo modo que a definitiva, está subordinada à observância de certos *princípios*, previstos em lei (Cód. Proc. Civil, art. 588)”.¹²⁰

Um dos princípios arrolados pelo art. 588 do Código de Processo Civil consiste na ineficácia da execução provisória em sobrevindo provimento do recurso interposto contra sentença exequenda (inciso III), de forma que, ficando sem efeito a execução, as coisas deverão ser restituídas ao estado anterior, compreendendo-se também a reparação dos danos que, em conseqüência da execução, houver sofrido o executado (CPC, arts. 588, I e 574).

Poderá ocorrer, no entanto, de a sentença recorrida ser reformada apenas em parte, de modo que ficará sem efeito a execução apenas nessa parte, com a restituição das coisas no estado anterior e respectiva reparação de danos, conforme determina o parágrafo único, do art. 588, do Código de Processo Civil.

5.4.1 – Aspectos da Caução do Artigo 588, do Código de Processo Civil

Tendo em vista que a execução provisória é promovida pelo credor porque ele não se dispõe a aguardar o trânsito em julgado da sentença. Assim, ele assume a responsabilidade de restituir as coisas no estado anterior e reparar os danos causados ao executado, no caso de a execução se tornar sem efeito. Conseqüentemente, extraí-se daí outro princípio, consagrado

¹²⁰ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. v. III, cit., p. 229.

pela lei (CPC, art, 588, I), do qual a execução provisória é feita por conta e risco do credor-exeqüente.

Para efetivar a aplicação desse princípio, o exeqüente “prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor” (CPC, art. 588, I). Infere-se daí, que a prestação da caução é obrigatória, não sendo lícito ao juiz dispensá-la, podendo ser real ou fidejussória (CPC, arts. 826, 827). Assim, ao ordenar o processamento da execução, cumpre ao juiz arbitrá-la, e, prestada a caução, pelo próprio credor ou por terceiro (CPC, art. 828), terá o processo andamento.

Tema de relevante importância diz respeito ao momento em que a caução deverá ser prestada para, assim, legitimar a execução provisória.

A jurisprudência tem se batido bastante a respeito da necessidade de ser prestada a caução para dar início à execução provisória da sentença. Tem prevalecido, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que é dispensável a prestação de caução para início da execução provisória quando ausente nela qualquer possibilidade de risco de dano para o executado.

Em recurso Especial nº 13.438-0/SP, a 1ª Turma do Superior tribunal de Justiça, onde foi relator o Ministro César Rocha, teve a oportunidade de decidir da seguinte forma:

“Processual Civil. Execução provisória. Prestação de caução. Desnecessidade no caso concreto.

A simples exigência, na execução provisória de sentença, para a municipalidade fornecer informações para elaboração de cálculo a fim de que seja apurado o valor da condenação, não impõe a apresentação de caução, pois que a tal hipótese não se aplicam os incisos I e II do art. 588 do CPC.

Recurso a que se nega provimento”.¹²¹

O que foi discutido no referido acórdão foi a necessidade de o particular, vencedor de demanda contra a Fazenda Pública, prestar caução para iniciar a execução provisória, o que deu ensejo à interposição de agravo de instrumento pelo ente público.

¹²¹ Recurso Especial n. 13.438-0/SP, 1ª Turma, rel. Min. César Rocha, *In* RSTJ 52/106, j. um. 7-6-93.

In casu, o voto do relator foi acolhido por unanimidade, pela turma julgadora, entendendo ser correta a aplicação do art. 588 do Código de Processo Civil na espécie:

“... na medida em que se asseverou que a ‘caução, a que se bate a agravante, fica restrita ao levantamento do depósito em dinheiro’ (fls. 104). Em verdade, no caso concreto, a decisão agravada não estava, ainda, exigindo a apresentação de caução para que a recorrida pudesse levantar qualquer importância. Não, até mesmo porque a pretensão da recorrida não chegara, até o presente momento, a tanto, mas apenas a que a recorrente fornecesse informações ao juízo para que, com base nelas, pudesse ser elaborado cálculo”.¹²²

Destaque-se ainda o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido nos autos do Recurso Especial nº 63.097/SP, que foi relator o Ministro Demócrito Reinaldo, onde se decidiu o seguinte:

“Processual Civil. Execução Provisória. Caução exigida no limiar do processo de execução (art. 588 do CPC).

A execução provisória da sentença dar-se-á do mesmo modo que a definitiva, correrá por conta do credor, que prestará caução para preservar o devedor de possíveis danos.

A caução que a lei se refere (CPC, art. 588) não constitui condição *sine qua non* para possibilitar o desfecho inicial da execução e deve ser prestada não no limiar, mas, antes que, por força desta (execução), haja alteração na situação jurídica do vencido. A execução provisória deve prosseguir, independentemente da prestação de caução, até a fase de leilão, ou, ainda, até o momento do levantamento de dinheiro ou de bens.

A ausência de caução no início do processo executório, nem torna líquido o título e nem importa em nulidade da execução, desde que pode ser prestada em fases subsequentes, até o definitivo pagamento.

Recurso improvido. Decisão indiscrepante”.¹²³

Trata referido acórdão de recurso especial interposto de acórdão confirmatório de sentença de rejeição de embargos à execução provisória opostos, pela Fazenda Estadual, em ação indenizatória por apossamento administrativo.

¹²² Recurso Especial n. 13.438-0/SP, 1ª Turma, rel. Min. César Rocha, *In RSTJ* 52/109, j. um. 7-6-93.

¹²³ Recurso Especial n. 63.097/SP, Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Demócrito Reinaldo, *In RSTJ* 89/81, j. un. 3-6-96. Também no Repertório IOB de Jurisprudência, v. 15, 1996, n. 3/12276, p. 268.

Constitui a tese levada à discussão pela recorrente, o fato de ser ou não, condição para dar início à execução contra o Estado, a prestação de caução idônea, arguindo, para tanto, afronta aos arts. 587, 588 e 730 do Código de Processo Civil.

O voto unanimemente acolhido do Ministro Demócrito Reinaldo teve como premissa, com base em ampla pesquisa jurisprudencial daquela Corte, que a caução a que se refere a lei processual deve ser prestada, não no início da execução, mas somente antes que, por força desta, haja possibilidade de alteração na situação jurídica do vencido (STJ, Resp n. 30.507-3), o que equivale a dizer “risco processual”.

No julgamento do Recurso Especial nº 37.008-6/SP, o Ministro Pedro Aciole, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim entendeu:

“Processual Civil. Recurso Especial. Vulneração ao art. 588, do CPC. Execução provisória. Prestação de caução.

I – A caução tem por objetivo evitar o denominado risco processual a que se submete o executado.

II – No vertente caso, a execução ensejará a expedição de ofício requisitório, que será prenotado segundo a ordem cronológica, de modo que, não se cuidando de levantamento de importância, impropede a exigência de caução, a qual só será devida quando o Estado depositar a importância dos autos.

III – Assim, a vulneração ao artigo 588, do CPC, é inconsistente, posto que a finalidade da caução é evitar futuro dano, o que, na hipótese, só não ocorrerá com o depósito do *quantum debeatur*, não com a expedição de precatório.

IV – Recurso Especial não conhecido”.¹²⁴

O que se discutia no julgado acima transcrito era o momento em que a caução deveria ser prestada em atenção ao disposto no art. 588, do CPC.

Conclui-se, portanto que a finalidade da caução é evitar o chamado risco processual a que se submete o executado, sobretudo quando os procedimentos executivos envolvem a entrega de bens ou de dinheiro ao credor.

¹²⁴ Recurso Especial n. 37.008-6/SP, 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. min. Pedro Aciole, *In* RSTJ 62/335, j. um. 21-9-93. No mesmo sentido quanto à inexigibilidade de caução, v. Recurso Especial n. 29.716-7/SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. um. 30-8-93, Repertório IOB de Jurisprudência, v. 21, 1993, n. 3/8963, p. 404.

Portanto, se a execução não definitiva não implica em riscos para o executado, prescindível é a garantia, de modo que podem seguir os procedimentos executivos sem a caução, até o momento do levantamento do dinheiro ou dos bens.

Essa é a exegese que se deve dar ao art. 588 do Código de Processo Civil, posto que é a verdadeira *ratio* deste dispositivo.

Neste sentido ensinou o professor Cássio Scarpinella Bueno:

“No entanto, na interpretação dos conceitos vagos e indeterminados à luz das características de cada caso concreto, o juiz poderá perceber, teleologicamente, que a caução (ou a vedação, pura e simples, da alienação de domínio) não se encontra, lá sua razão de ser, donde ser medida dispensável. Não se trata, pois, como acentuado por Alcides de Mendonça Lima, de ‘condição para o exercício da faculdade de executar provisoriamente’. A teleologia da norma deve se sobrepor, assim, à letra da lei, tendo em vista um processo de resultados”.¹²⁵

Deste modo, resta claro que, não obstante ser a execução provisória da sentença uma faculdade concedida por lei ao credor, ante ao recurso recebido sem efeito suspensivo, que a caução a que se refere o art. 588, do CPC, dependerá da consideração ou apreciação do estado da execução ante as disponibilidades do credor (exequente provisório) que se obrigará a reparar danos causados ao devedor no caso de alterações nas posições processuais com a eventual reforma do recurso.

Destarte, ainda não é tranqüilo esse entendimento.

A corrente contrária sustenta que a simples escrita da lei revela a necessidade de prestação de caução como ato preparatório para o próprio início da execução, a fim de assegurar a reparação de eventuais danos causados ao devedor, no caso de vir a ser reformada a sentença exequianda.

Nesse sentido já opinou Araken de Assis:

“O art. 588, I, impõe ao credor caução real ou fidejussória para demandar a execução. O requisito, de resto obrigatório, não envolve a antecedente liquidação. (...) A cautela

¹²⁵ Cássio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 184.

reside na caução que, de resto, deverá ter sido prestada anteriormente, *ex vi* do art. 588, I”.¹²⁶

No entanto, em edição posterior da citada obra, Araken de Assis atenuou o rigorismo de seu pensamento:

“O art. 588, I, impõe ao credor caução real ou fidejussória para demandar a execução. Embora prevista tal caução, seja para acautela eventuais danos (art. 588, i, *in fine*), seja para o levantamento de dinheiro penhorado, não obriga o credor a prestá-la, assentou a 5ª Turma do STJ. Ela é dispensável. Em realidade o requisito se aplicará com temperamentos”.¹²⁷ (grifos nossos).

Diante do exposto, preferimos concluir apoiado nas lições do ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco que, se a natureza jurídica da caução é de contracautela, o que não implica em reconhecer como cautelar a natureza da execução provisória:

“... não se exigirá a caução quando a execução provisória não importar em risco algum para o executado. A contracautela justifica-se pelo risco que a cautela traz e sem risco ela não tem razão de ser, porque todas as medidas processuais se condicionam ao requisito da necessidade concreta, sem cuja presença não deve o juiz concedê-las e não tem a parte o poder de exigí-las”.¹²⁸

Outra questão que surge é a relativa à forma em que deve ser prestada a caução, nos casos em que for exigida. Deve-se seguir o rito estabelecido pelos artigos 826 a 838 do Código de Processo Civil ou basta que se efetue o depósito de valores ou de bens em juízo?

Para alguns autores, a caução poderá ser real ou fidejussória, sendo descabida qualquer espécie de formalidade para sua prestação, em virtude da falta da previsão legal específica.

Neste sentido é a lição de Alcides de Mendonça Lima:

¹²⁶ Araken de Assis. ob. cit., 2. ed., p. 278.

¹²⁷ Araken de Assis. ob. cit., 5. ed., p. 287.

¹²⁸ Cândido Rangel Dinamarco. “Execução Provisória de Mandado de Segurança”. *In* Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.470.

“O que importa é a manifestação clara, expressa e evidente da vontade do obrigado pela garantia: o próprio credor ou terceiro, para o caso de ser necessário efetivar a responsabilidade pelo insucesso da execução provisória promovida. (...) basta, aliás, simples petição do credor, mas com a firma reconhecida do terceiro, se a esse couber a caução, para devida autenticidade”.¹²⁹

Ernane Fidélis dos Santos e Frederico Marques, se posicionaram a favor da aplicação dos arts. 826 a 838, do CPC.¹³⁰

A jurisprudência também não é uníssona a respeito.

A 10ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu no sentido de ser desnecessária a instauração de processo cautelar para oferecimento de caução, podendo ser feita através de simples petição¹³¹, conforme a lição de Alcides de Mendonça Lima acima transcrita.

A 12ª Câmara daquele mesmo tribunal, no entanto, já decidiu de forma diferente, determinando a aplicação dos arts. 823 a 838, do CPC.¹³²

O professor Cássio Sacarpinella Bueno assim ensina:

“Temos para nós que a observação do rito dos arts. 826 e s. do Estatuto Processual (caução como ação cautelar, portanto) faz-se necessária toda vez que o magistrado não puder determinar, *ictu oculi*, o valor a exigir do exequente provisório ou, evidentemente, toda a vez que o executado insurgir-se contra o valor apresentado a título de caução. Em suma, toda vez que houver necessidade de produção de provas para atingimento daquele valor”.¹³³

Essa é a posição que cremos ser a mais acertada, de modo que, poderá ser a prestação de caução feita pela manifestação de vontade inequívoca do credor, através de simples petição. No entanto, se houver, de certa forma resistência do devedor e houver necessidade de produção de provas para se atingir o valor da caução, deverá ser seguido o rito previsto pelos

¹²⁹ Alcides de Mendonça Lima, *apud* Cassio Sacarpinella Bueno. ob. cit., p. 187.

¹³⁰ Cassio Sacarpinella Bueno. ob. cit., p. 188.

¹³¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento n. 156.152-2/SP, Rel. Des. Nelson Hanada, j. un. 15-03-90, RTJESP-Lex 128/308.

¹³² Tribunal de Justiça de São Paulo, 12ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento n. 147.376-2/SP, Rel. Des. Carlos Ortiz, j. un. 22-8-89, RTJESP-Lex 123/252.

¹³³ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 189.

arts. 826 a 838, do Código de Processo Civil, com a instauração do respectivo processo cautelar.

Outra questão pertinente à caução é no que se refere ao seu objeto. Há divergência jurisprudencial no que tange à admissibilidade de que o exequente apresente a título de caução seus vencimentos futuros.

Para alguns, nega-se esse direito ao exequente, pois em atenção ao disposto no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, que torna impenhoráveis os vencimentos dos funcionários públicos, de modo que se torna irrelevante a vontade do particular, diante de preceito de ordem pública. Ademais, evidente o caráter aleatório daquela garantia, visto que na hipótese de morte ou demissão do funcionário, frustrada estará, por completo a caução.¹³⁴

Para outra corrente, nega-se a incidência ao art. 649, inciso IV, do CPC, pois são distintas a natureza jurídica da caução e da penhora. Somente esta e não aquela, é que está vedada pelo citado dispositivo legal. Ademais, a norma constante do inciso IV do art. 649 protege o “servidor público”, descabida sua invocação para frustrar seus próprios interesses.

135

Acreditamos ser essa última corrente a mais acertada, pois o objetivo da norma processual em questão é a proteção do próprio funcionário público contra seus credores, possibilitando assim, com a proibição da penhora lá referida, sua própria sobrevivência a partir do recebimento de seus vencimentos. Não cabe, deste modo, malgrado tratar-se de norma de ordem pública, vedar ao funcionário valer-se de seus vencimentos para fins de caucionar execução provisória que tenha interesse em iniciar. Destaque-se aqui, o mesmo que acontece em relação ao art. 734, do Estatuto Processual Civil, pelo qual é lícito ao magistrado descontar da folha de pagamento de funcionário público a importância da prestação alimentícia, porque o valor aqui envolvido (sobrevivência) é instituído em favor do alimentando, justificando, portanto tal procedimento.

¹³⁴ Nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, 3ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento n. 127.607-1/SP, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. un. 6-2-90, RJTJESP-Lex 124/323. o acórdão cita, ainda, outro precedente, no mesmo sentido, Também do Tribunal de Justiça de São Paulo e encartado na RJTJESP-Lex 81/48.

¹³⁵ Nesse diapasão: Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento n. 136.271-1/SP, Rel. Des. Jorge Almeida, j. un. 22-8-90, RJTJESP-Lex 130/139 e Tribunal de Justiça de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 46.196-5/8. Rel. Des. Sidnei Beneti, j. un. 17-9-97, RT 747/261, reportando-se, ainda, a julgados insertos em JTJ-Lex 139/189 e 159/206.

Já foi negada a apresentação de nota promissória para fins de caução ¹³⁶. Trata-se de entendimento correto, pois, muito embora seja a nota promissória título executivo judicial (CPC, art. 585, inciso I), referida circunstância não é capaz de assegurar ao executado o pronto cumprimento do comando do art. 588, parágrafo único, do CPC. Isto porque, em caso de reversão da posição processual que fundamenta a execução provisória, aquele que sofreu a execução, precisará instaurar outra ação, para se ver indenizado dos danos que sofreu.

5.4.2 – O Exequente Provisório e sua Responsabilidade (art. 588, inciso III e parágrafo único, do Código de Processo Civil)

Note-se que, tanto o inciso II, como o parágrafo único, do art. 588, da lei processual, empregam os verbos “modificar” e “anular” para tratar dos casos de responsabilização do exequente provisório em relação ao executado.

Com efeito, referidos dispositivos nada mais são do que a aplicação do denominado “efeito substitutivo” dos recursos, expresso no art. 512, do Código de Processo Civil que determina que: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso”. Deste modo, desde que a apelação interposta pelo então devedor seja acolhida, ainda que apenas em uma pequena parte, essa modificação do título que fundamentou a execução provisória dará ensejo, nos precisos termos da alteração ocorrida, à responsabilização do exequente provisório.

Não resta dúvidas, portanto, que a responsabilidade do exequente provisório é objetiva, independente de dolo ou culpa. Decorre do simples fato de o credor ter dado início a execução provisória e havendo posterior reforma da decisão recorrida que a fundamentou.

Com muita propriedade nos ensina o saudoso mestre Moacyr Amaral Santos:

“A responsabilidade do credor é *objetiva* e não *aquiliana*, o que vale dizer que independe de culpa ou dolo, donde, a nosso ver, a apuração dos danos, como regra,

¹³⁶ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento n. 96.01.28510-5/DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. un. 3-9-96, Repertório IOB de Jurisprudência, v. 21, 1996, n. 3/12560, p. 366.

pode ser feita em liquidação, por arbitramento ou por artigos. Decorre daí que, ante o silêncio do Código vigente, a apuração dos danos, como regra, poderá ser processada nos próprios autos da ação em que foi proferida a sentença executada, como determinava o Código de Processo Civil de 1939, art. 883, II, ou mesmo nos próprios autos em que se promoveu a execução”.¹³⁷

Portanto, a “modificação” ou a “anulabilidade” geram a obrigação de serem restituídas as coisas no estado anterior. Isto não decorre, conforme já salientamos, de ser o exequente culpado ou não, mas constitui-se própria garantia da permissibilidade da execução provisória, mas sempre ligada ao dano efetivo, e não meramente hipotéticos. Assim, conclui-se que até os danos morais devem ser ressarcidos, se a situação lesiva não puder voltar atrás.

Esta é a opinião, a nosso ver, acertada, do Professor Cassio Sacarpinella Bueno apoiado em outros autores partidários deste mesmo pensamento, tais como Humberto Theodoro Júnior, Arruda Alvim e Alcides de Mendonça Lima.¹³⁸

Insta salientar que, a atividade jurisdicional desenvolvida em benefício do exequente provisório, não é causa de qualquer dano que a parte adversa possa vir a sofrer. Em verdade, consiste esta, apenas e tão somente, em atos materiais de efetivação da sanção declarada (embora provisoriamente) em favor do autor de um dos litigantes. Advirta-se, porém que, excetuadas as hipóteses de qualquer ato doloso ou culposo do magistrado ou dos serventuários da justiça envolvidos na tramitação da execução, está afastada a responsabilização do Estado por esses eventuais danos.

Isto decorre do fato de que, por ser a execução provisória uma faculdade, só ao exequente pode ser imputada a responsabilização dos danos que, eventualmente, vier a causar, mesmo que por intermédio da prestação jurisdicional, pois é ele quem procura o órgão jurisdicional e se sujeita às normas processuais que são normas de ordem pública.

Prescreve a lei ainda, em decorrência dos princípios anteriores e visando ainda dar mais garantia ao devedor, o princípio de que a execução provisória “não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro” (CPC, art. 588, II).

¹³⁷ Moacyr Amaral Santos. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. III, cit., p. 230.

¹³⁸ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 192.

Portanto, na execução provisória são realizados todos os atos executórios, exceto os que importarem em saída de bens do patrimônio do devedor, de modo que, conseqüentemente, os bens penhorados não são levados à praça, e o levantamento de dinheiro dependerá de caução idônea, com o pretexto de se facilitar a reposição das coisas ao *status quo ante*, na hipótese da sentença executada vir a ser reformada ou anulada.

Aliás, o fato de que na execução provisória ser vedada a prática de atos que importem em alienação do domínio, constitui o ponto mais polêmico deste instituto, que vem recebendo severas críticas da doutrina, principalmente face ao novo instituto da antecipação de tutela, conforme veremos mais adiante.

5.5 – Execução Definitiva e Execução Provisória

Inicialmente, a teoria processual, ao conceituar os processos, denominou de processo de conhecimento, aquele destinado a declarar a existência do direito, e de processo de execução aquele voltado a realizar, concretamente o direito já declarado.

Tendo o processo de conhecimento averiguado a existência do direito declarado pelo autor, e o juiz proferido sentença, declarando ou não a existência do direito afirmado, o processo de execução, então, poderia ser iniciado.

Deste modo, o processo de execução teria como pressuposto a certeza jurídica, ou seja, a declaração efetiva do direito do autor (coisa julgada material).

Por isso, o princípio *nulla executio sine titulo* foi elaborado, a fim de evidenciar o fato de que a execução não poderia ser iniciada sem título, e, no caso de sentença condenatória, deveria conter em si um direito já declarado ou não mais passível de discussão. O que o princípio visa é eliminar a incerteza sobre a situação jurídica substancial.

Por trás do princípio *nulla executio sine titulo* está escondida a preocupação com a descoberta da verdade; a idéia de que, por ser o processo de execução um violento meio de agressão ao patrimônio do devedor, este não poderia ser atingido sem a realização plena do princípio do contraditório.

Esta idéia de que a execução depende de um processo de conhecimento, onde a cognição é exauriente, está relacionada à premissa de que o juízo de cognição sumária (ou juízo de mera probabilidade), por ser um juízo que abrevia o direito de defesa, não é suficiente para a instauração do processo de execução.

Deste modo, a tutela executiva, sempre dependeu da certeza jurídica, conforme a lição do renomado mestre italiano, Chiovenda:

“Entrementes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita a cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença (art. 520 do Código de Processo Civil), e o mesmo se dirá do pedido de revogação. Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica ...”.¹³⁹

Assim, seguindo o pensamento da época, a execução provisória da sentença, seria, então, conforme afirmou o próprio Chiovenda, uma figura anormal, justamente por não pressupor a certeza jurídica (coisa julgada material).¹⁴⁰

Hodiernamente, as novas exigências de tutelas jurisdicionais, responsáveis por profundas mudanças na dinâmica processual convencional, tais como a transformação da tutela cautelar em técnica de sumarização, quase aniquilaram o princípio *nulla executio sine titulo*.

Conforme já ensinou Olvídio Baptista da Silva:

“A introdução em nosso direito de uma forma de tutela antecipatória – tão extensa quanto o permite a sua conceituação, como tutela genérica e indeterminada – invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento, pois as antecipações de julgamento, idôneas para provocarem tutela antecipatória, pressupõe

¹³⁹ Giuseppe Chiovenda. “Instituições de Direito Processual Civil”. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I, p. 235.

¹⁴⁰ Giuseppe Chiovenda. “Instituições de Direito Processual Civil”. v. I, cit., p. 235.

demandas que contenham, conjugadas e simultâneas, as atividades de conhecimento e execução”.¹⁴¹

Assim, diante dos grandes avanços que tem sofrido a ciência processual, o princípio da *nulla executio sine titulo* perdeu sua supremacia. As novas técnicas de sumarização da cognição, que fica latente na antecipação de tutela e na tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, são tentativas para a solução do conflito existente entre o direito à cognição definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, que consiste em uma das maiores preocupações dos juristas da atualidade.

Diante dessa nova realidade processual, o autor não pode ser prejudicado pela demora do processo, pois na prática, como é por demais sabido, o réu tem interesse em utilizar o processo para conservar o *status quo* pelo maior lapso de tempo possível, de modo que deve se admitir a antecipação da tutela executiva nos casos de direitos evidentes e defesas infundadas.

Por isso, não nos parece de todo correto, ficar o autor esperando o duplo grau de jurisdição quando o juiz já tenha declarado o direito que foi afirmado no processo de conhecimento, de modo que, a sentença deveria ter executividade imediata, e não estar subordinada ao trânsito em julgado e à coisa julgada material, permitindo-se que, seja conferido o *status* de título executivo também a um provimento sumário.

O professor Luz Guilherme Marinoni é bastante incisivo ao afirmar:

“Não há qualquer razão, digna de consideração, que impeça que um provimento constitua título executivo. *Abrir a via executiva a um direito não é uma consequência da sua existência, mas uma simples opção pela sua realização prática.* Assim, é certo, a tutela jurisdicional passa a ser muito mais execução do que declaração e coisa julgada material. Mas esta é uma consequência das novas exigências de tutela e de conflito – que é ineliminável – entre segurança e efetividade”.¹⁴²

Nota-se então que um dos maiores problemas do direito processual atual é conciliar a existência da cognição exauriente com a tempestividade e efetividade do processo,

¹⁴¹ Olvídio Baptista da Silva. “Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança”, *In* “O Processo Civil Contemporâneo”. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994, p. 127/128.

¹⁴² Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25.

principalmente no que tange a coibir o abuso do direito de recorrer. Portanto, se a sentença condenatória do juiz de primeiro grau fosse dotada de executividade imediata, seria desnecessária a tutela antecipatória final, bem como estaria praticamente eliminada a problemática do abuso do direito de recorrer.

Com efeito, em um sistema que trabalha com a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença de mérito e que não permite a execução imediata da sentença, pelo menos nos casos em que a tutela antecipatória é admitida, é, de certa forma, contraditório.

Assim ensinou Luiz Guilherme Marinoni: “Se é possível a antecipação, mediante cognição sumária, dos efeitos da sentença, não há razão para não se admitir a antecipação, através de execução imediata da sentença e de cognição exauriente, dos mesmos efeitos”.¹⁴³

O autor se refere ao fato de que a execução provisória não deve ficar adstrita somente aos casos previstos pelo art. 520 do CPC, pois, se é possível a execução provisória nos casos do art. 273, do CPC, após cognição sumária, com maior razão deveria ser possível a execução provisória da sentença fundada nos mesmos motivos expostos nos incisos do art. 273, após cognição exauriente.

Marinoni, assim sugere:

“A melhor opção, para o direito brasileiro, seria a instituição da execução provisória da sentença como regra, deixando-se a critério do juiz, entretanto, a possibilidade de negar, em casos justificados, a execução imediata. O tribunal, como é óbvio, também deveria ter a possibilidade de, mediante provocação da parte, suspender a execução provisória.

Dois pontos, porém, são completamente absurdos no direito brasileiro: em primeiro lugar é no mínimo contraditório o sistema que prevê a tutela antecipatória e limita a execução imediata da sentença; em segundo lugar, é também no mínimo surpreendente o modo como o Código e a doutrina limitam o alcance da execução provisória nas hipóteses que ela é admitida”.¹⁴⁴

Insiste referido autor em preconizar a necessidade da instituição da execução imediata da sentença (denominação que Marinoni dá à execução provisória) como regra, e, além disso,

¹⁴³ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”, cit., p. 180.

que a execução imediata da sentença somente terá efetividade se não for limitada pela impossibilidade de expropriação do bem na pendência do recurso.

Temos para nós que a idéia constitui uma boa solução para se alcançar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, face à inocuidade e incongruência do atual sistema que rege a execução provisória, mormente face ao novo instituto da antecipação de tutela.

Torna-se, portanto, evidente que a reforma é medida que se impõe, tanto que comentaremos mais adiante os projetos de alterações de referidos institutos que a doutrina já apresentou.

5.6 – Execução Provisória ou Execução Fundada em Sentença Provisória ?

O atual Código de Processo Civil brasileiro, utiliza-se da expressão “execução provisória da sentença”. O Código de Processo Civil Italiano de 1865, que foi o antecessor do atual Código, também utilizava a expressão “esecuzione provvisoria”, que foi mantida, após a reforma de 1992, que recebeu críticas da doutrina, conforme ilustra o professor Marinoni:

“A doutrina italiana admite que o legislador da reforma perdeu ótima oportunidade para eliminar do sistema a expressão ‘execução provisória’. Eis o que diz Lasagno: ‘Pare quindi da approvare l’opinione di chi considera la nuova formulazione dell’art. 282 come una delle non poche occasioni perdute dal legislatore per ‘liberarsi’ di formule stereotipe che, nella migliore delle ipotesi, non hanno significato alcuno’ (Bruno Lasagno, *Le riforme del processo civile* (a cura di Sergio Chiarloni), cit., p. 341)”.¹⁴⁵

Ora, a execução chamada de provisória não é diferente da execução de uma sentença definitiva, mesmo que ela possa ser limitada, pois:

¹⁴⁴ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Inibitória: A tutela de Prevenção do Ilícito”. *In* Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, 1996. v. 2, p. 456.

¹⁴⁵ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata.” cit., p. 190 e nota 31.

“Os atos executivos praticados em virtude de uma sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios. Note-se, por exemplo, que a penhora não pode ser chamada de provisória, já que nada virá substituí-la (...) Os atos executivos alteram a realidade física e, portanto, não podem ser classificados em provisórios e definitivos”.¹⁴⁶

Seguindo os pensamentos do professor Marinoni, temos que a expressão execução provisória é imprópria, pois, nem mesmo os efeitos da tutela podem ser tidos como provisórios, pois, provisória é a sentença na qual se funda a execução chamada de provisória.

A própria sistemática adotada pelo Código de Processo Civil explicita que, a decisão que recebe um recurso apenas no efeito devolutivo abre oportunidade para que a sentença produza imediatamente seus efeitos, que, *data venia*, não são diferentes dos efeitos da tutela definitiva, de forma que, os efeitos já produzidos, assim como os atos executivos já realizados, não dependem de uma outra decisão. Por conseguinte, “É apenas a sentença que fica na pendência de decisão de segundo grau. É ela, portanto, que é provisória. O correto, assim, é falar-se em sentença provisória com efeitos imediatos”.¹⁴⁷

5.7 – Execução Completa e Execução Incompleta ?

Em verdade, o Código de Processo Civil não andou bem ao escolher a expressão “execução provisória”. O que ocorreu, foi uma confusão entre a execução fundada em uma sentença dependente de recurso (“execução provisória”) e “execução incompleta”.

Não há necessariamente uma relação entre “execução completa” e “execução fundada em sentença definitiva”. De acordo com o atual sistema, na maioria das vezes a “execução provisória” é “execução incompleta”, pois não são realizados atos que importem alienação de domínio dos bens do devedor; no entanto, não se pode afirmar categoricamente que “execução provisória” seja sinônimo de “execução incompleta”.

Para explicar essa confusão feita pela doutrina, assim se pronunciou Marinoni:

¹⁴⁶ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata.” cit., p. 191.

“Se é o título que é provisório, pode existir, em tese, execução completa e execução incompleta fundadas em título provisório. O título é provisório enquanto que a cognição não é definitiva, razão pela qual podemos falar de execução (completa ou incompleta) fundada em título provisório ou de execução (completa ou incompleta) fundada em cognição exauriente mas não definitiva, bastando lembrar, para demonstrar o equívoco da doutrina tradicional, que a chamada execução provisória do despejo é exatamente uma execução completa fundada em cognição exauriente mas não definitiva”.¹⁴⁸

Conforme já observamos, uma das maiores preocupações dos juristas da atualidade, é com o direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional. As novas teorias que surgiram com a fase instrumentalista do processo, estão causando modificações no sistema processual tradicional, a fim de distribuir racionalmente o tempo no processo.

Com efeito, com o advento do instituto da antecipação de tutela, previsto pelo art. 273 do Código de Processo Civil, instituído pela reforma de 1994, que permite ao juiz, mediante cognição sumária, antecipar os efeitos da sentença, de forma completa, o instituto da execução provisória tornou-se, de certa forma inócuo, pois a execução de uma sentença provisória, é, na maioria dos casos, incompleta.

Como é cediço, grande parcela das ações endereçadas ao Poder Judiciário versam sobre pagamento de soma em dinheiro, de modo que, o que dispôs o Código de Processo Civil em seu art. 588, inciso II, preconizando que a execução provisória não abrange os atos que importem alienação de domínio, ficando, portanto, a execução provisória limitada à penhora.

Não se pode olvidar ao fato de que, diante da nova realidade que vivemos, o instituto da execução provisória não se presta mais à realização efetiva do direito do autor, beneficiando o réu que, no mais das vezes recorre com o único intuito de postergar a demanda e conservar-se por mais tempo na posse de seus bens. Todo isso ocorre em razão do excessivo absolutismo que a doutrina tradicional dá ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O precursor da moderna processualística brasileira, Liebman, já afirmava: “Na execução provisória o efeito suspensivo dos recursos, embora atenuado, todavia existe e opera

¹⁴⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata.” cit., p. 192.

¹⁴⁸ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”, cit., p. 194-195.

na fase final da execução, quando, *estando seguro o juízo, a espera não mais produz prejuízos*”.¹⁴⁹

O professor Marinoni assim escreveu:

“A execução imediata da sentença, para corresponder à necessidade de tempestividade da tutela jurisdicional, deve permitir a realização do direito do autor; deve levar à satisfação do direito. Lembre-se, contudo, que a ‘execução provisória’, na sua concepção originária (que não mais satisfaz em vistas das atuais necessidades da sociedade moderna), parece não supor a necessidade de realização imediata do direito de crédito, mas somente a necessidade de aceleração da atividade executiva para a segurança do juízo. (...) É um grande equívoco imaginar que a execução não pode atingir o seu fim apenas porque é fundada em sentença provisória. A provisoriedade da sentença se liga à imutabilidade e não à sua eficácia. Uma sentença pode ser provisória, ou mutável, e levar à realização do direito do autor. Tudo é uma questão de política legislativa”.¹⁵⁰

Sugere o professor Marinoni que, na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, seja instituída de forma definitiva a execução imediata da sentença, ou seja, que, mesmos nos casos em que o atual Código dê efeito suspensivo ao recurso, seja permitida a execução provisória da sentença, e que, também, seja estirpado o óbice constante no art. 588, inciso II, do CPC (proibição da alienação do domínio na pendência de recurso), sob pena de a introdução da execução imediata da sentença não surtir o efeito esperado, pois o processo continuaria a beneficiar o réu que não tem razão. Isso, – diz Marinoni – não se trata apenas de privilegiar o autor em detrimento do réu, mas de estabelecer regra que prestigiará a isonomia das partes no processo.¹⁵¹

Para tanto, cremos que, a “execução imediata da sentença”, poderá ser suspensa a partir de requerimento, devidamente fundamentado, quando presentes relevantes motivos, não se excluindo também a possibilidade de ser exigida caução.

Aprioristicamente, poder-se-ia pensar que, referida alteração no Código, confrontaria o princípio do duplo grau de jurisdição, conforme defendem os mais céticos, arraigados às

¹⁴⁹ Enrico Tullio Liebman. ob. cit., 58.

¹⁵⁰ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”, cit., p. 196.b

¹⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”, cit., p. 196-197.

antigas teorias do processo civil. No entanto, entendemos que isso não aconteceria, pois, nos casos em que o recurso do réu tenha sido provido, as coisas poderão retornar ao *status quo ante*.

Nos casos em que se verificar a dificuldade da reversibilidade da situação, deverá o juiz exigir a prestação de caução, seja real ou fidejussória. Ora, se é assim que funciona em alguns processos cautelares, na antecipação de tutela e na execução específica das obrigações de fazer e não fazer, porque não fazer o mesmo no caso do processo de execução?

Não se pode silenciar frente à problemática da tempestividade e efetividade do pronunciamento jurisdicional, em nome de um prestígio excessivo ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O professor Cassio Scarpinella Bueno bem observou:

“Seja constitucional ou legal, expresso ou implícito, derivado de outros princípios ou não, o duplo grau de jurisdição *não é* (e nem pode ser) óbice quanto a eficácia das decisões jurisdicionais de primeiro grau a ponto de impedir e negar viabilidade à execução provisória do julgado”.¹⁵²

Ipsa facto, se o instituto da execução provisória não atende mais aos anseios do processo civil moderno, então salta aos olhos a necessidade de sua reformulação.

Com muita propriedade afirmou o professor Flávio Luiz Yarshel:

“Não há dúvida de que a disciplina do processo de execução e da execução provisória precisam ser remodelados no CPC. Se o objeto da antecipação é a tutela, tratando-se de sentença condenatória (que, por si, nada acrescenta de útil e prático ao credor), a antecipação não pode ser apenas de atos de execução: em alguma medida, é preciso antecipar o resultado porque é ele que propicia a tutela. Além disso, se a antecipação não enseja, para o devedor, oposição através de embargos, como se pode admitir que, após a edição da sentença (com maior segurança quanto à existência do direito atuado), o devedor tenha mais efetiva possibilidade de resistir à execução do que antes, quando

¹⁵² Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.27.

se estava diante de mero juízo de ‘verossimilhança’? Uma nova disciplina de execução e de sua provisoriedade/definitividade: eis o desafio presente do direito processual”.¹⁵³

Vê-se, portanto, que a doutrina já tem reconhecido a atual incongruência presente no Código de Processo Civil. Não é admissível um sistema que possibilita a antecipação dos efeitos da sentença no processo de conhecimento, mesmo que antes da instrução probatória, e que, posteriormente, em sede de processo de execução, fique o credor-exequente subordinado à dinâmica recursal atual, que beneficia exclusivamente o réu, e ainda, sendo o processo paralisado sem a antecipação efetiva da tutela pretendida, qual seja o pagamento do credor-exequente.

Deste modo, a necessidade de se buscar a tempestividade e efetividade do processo é latente, e impõe modificações no atual sistema adotado pelo Código de Processo Civil. A discussão está lançada, constituindo um desafio para os juristas da atualidade.

5.8 – Meios para Iniciar ou Obstar a Execução Provisória

Conforme já dissemos, a execução provisória de qualquer decisão judicial é caracterizada pela ausência do efeito suspensivo do recurso, caso em que, uma vez interposto recurso, prolonga-se o estado de ineficácia da decisão, inibindo-a da produção de seus regulares efeitos enquanto não encerrado o ciclo recursal.

Deste modo, surgem então duas perspectivas distintas, decorrentes da legislação processual, que são capazes de iniciar ou obstar a execução provisória da sentença, conforme se analise sob a ótica do apelante ou do apelado. O apelante tentando dar executividade imediata da sentença, embora pendente de recurso; e o apelado tentando obstar a execução provisória.

¹⁵³ Flávio Luiz Yarshel. “Antecipação de Tutela Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade, no Sistema do CPC”, *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 179.

São, portanto, dois os mecanismos processuais aptos a possibilitar a execução provisória da sentença nos casos em que o recurso de apelação seja munido de efeito suspensivo.

O primeiro é a antecipação de tutela, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil (com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952/94), quando do sentenciamento do feito nos casos em que, ordinariamente, o recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo seja regra da lei (CPC, art. 520, *caput*). Comentaremos mais detidamente sobre o assunto quando falarmos especificamente sobre o instituto da antecipação de tutela.

O segundo mecanismo é aquele previsto no artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil (com a redação que lhe deu a Lei nº 9.139/95), interpretando referido dispositivo como hipótese de concessão de “efeito suspensivo ativo”, do mesmo modo que o *caput* do artigo admite. Analisaremos referido dispositivo legal no item que segue.

5.9 – O Parágrafo Único do Artigo 588 do Código de Processo Civil

A regra do Código de Processo Civil é de que toda apelação será recebida com efeito devolutivo – inerente a qualquer recurso – e suspensivo. Isto é o que determina o art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil, cujos incisos tratam das exceções em que referido recurso será recebido sem o efeito suspensivo.

No entanto, a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, veio a alterar esse rígido sistema do Código de Processo Civil no que se refere ao recurso de apelação pela introdução de um parágrafo único no art. 558, com a seguinte redação: “Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520”.

Por seu turno, o disposto no *caput* do art. 558, é o seguinte:

“O relator, poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

A partir da simples leitura do parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil concluí-se que será possível a atribuição de efeito suspensivo àquelas hipóteses dos incisos I a VI do art. 520 do mesmo *codex*, quando presentes a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação e fundamentação relevante, do mesmo modo ao que ocorre com a utilização de ações cautelares para o mesmo objetivo.

Não se pode interpretar o parágrafo único do art. 558 do CPC de forma literal, de modo que deve se entender que ele é dirigido tanto para o juízo de primeiro grau (órgão de interposição de recurso) como para juízo de segundo grau (órgão de julgamento do recurso). Referido dispositivo deve ser aplicado não somente às hipóteses dos incisos do art. 520 mas, também, para todos aqueles casos cujas leis extravagantes respectivas retirem da apelação o efeito suspensivo.

Assim asseverou o professor Cassio Scarpinella Bueno:

“Não nos deixamos levar pela literalidade do dispositivo, que se refere, apenas tão – somente ‘às hipóteses do art. 520’. Temos para nós, antes e agora, que sua interpretação correta, na linha instrumental e de maior efetividade para o processo, deve ser ampla para albergar, em sua hipótese de incidência, todos os casos de apelação desprovidos de efeito suspensivo identificáveis no sistema processual, na linha, *v.g.*, do que já reservava para o assunto o art. 14 da Lei n. 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, aplicável, também às hipóteses reguladas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 7.347/85, art. 21) ...”.¹⁵⁴

A doutrina tem afirmado que a Comissão encarregada das reformas processuais teve em mente, ao viabilizar a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento em qualquer caso que “... possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação ...”, senão encerrar, ao menos minimizar o uso do mandado de segurança contra ato judicial como supedâneo do recurso ou, quando menos, como artifício para tornar o segmento recursal útil em hipótese de provimento da irresignação, é dizer, conceder o efeito suspensivo à tramitação do recurso já interposto.

¹⁵⁴ Cassio Scarpinella Bueno. *ob. cit.*, p. 314.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu o seguinte a respeito do art. 558, *caput*, do Código de Processo Civil, na atual redação:

“Processual – Mandado de Segurança – Ato judicial – Agravo de instrumento – Efeito suspensivo – CPC, art. 558 (L. 9.739/95).

I – Desde o advento da Lei 9.139/95, o Mandado de Segurança, para imprimir efeito suspensivo a decisão judicial, só é admissível após o impetrante formular e ver indeferido o pedido a que se refere o art. 558 do Código de Processo Civil.

II – Se o pedido de Segurança é anterior à Lei 9.139/95, nem por isto o agravante perde a oportunidade de pedir ao relator, a suspensão do ato recorrido. Em tal circunstância, desaparece o interesse em obter o Mandado de Segurança”.¹⁵⁵

O referido acórdão tratava-se de recurso ordinário interposto em mandado de segurança impetrado com o fim de atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento improvido pelo tribunal *a quo*.

Segundo o que se extrai do voto do relator, à medida que o sistema recursal pátrio criou mecanismo apto para suspender a eficácia da decisão recorrida por meio de agravo de instrumento (art. 558, *caput*, do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 9.139/95). Esgotou-se o interesse jurídico na impetração do *writ of mandamus* com o mesmo objetivo, ao menos enquanto não manejado, a tempo e modo oportunos, o requerimento a que se refere aquele dispositivo legal.

Também na jurisprudência do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo são encontradas decisões assemelháveis. A 5ª Câmara daquela corte, para não conhecer do Mandado de Segurança nº 456.046-00/8, onde foi relator o Juiz Laerte Sampaio, decidiu que:

“Apelação – Efeito Suspensivo pretendido em ação cautelar ou mandado de segurança – Inadmissibilidade – Inteligência da Lei 9.139/95.

Está definitivamente afastada a admissibilidade do uso da ação cautelar ou mandado de segurança para pleitear-se o efeito suspensivo à apelação, nos termos da Lei 9.139/95”.

¹⁵⁶

¹⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso em Mandado de Segurança n. 7.246/RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 5-9-96, RSTJ 90/68. No mesmo sentido, v. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso em Mandado de Segurança n. 6.685/ES, Rel. Min. Gomes de Barros, j. un. 16-12-96, RSTJ 95/96.

Analisando esses julgados, denota-se que ao encararem a disposição legal, descartam o emprego apriorístico do mandado de segurança contra ato judicial para fins de obtenção do efeito suspensivo a recurso, sendo a via apta, para tanto, o requerimento a que se refere o art. 558 do Código de Processo Civil.

Isto porque, ainda que o mandado de segurança, nessas hipóteses, não perdesse sua natureza de ação constitucionalmente prevista, é certo que, em concreto, fazia ela as vezes de um recurso, colmatando as lacunas do direito brasileiro que não previa, para estas situações de urgência, mecanismo hábil para impedir a consumação que pretendia o mandado de segurança impedir.

Assim, do exame desta reiterada prática judiciária e de todas as discussões, dificuldades e custos envolvidos é que o legislador mais recente modificou a disciplina do regime de agravo para evitar, ao menos, como regra, a necessidade de impetração de mandado de segurança contra ato do juiz, dotando o relator do recurso de agravo de instrumento, que já é interposto diretamente no Tribunal, da possibilidade da suspensão do ato guerreado, nos termos do art. 558, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.139/95.

Com a edição de referida Lei, que alterou profundamente a disciplina do agravo de instrumento, não se pode olvidar que o uso do mandado de segurança contra ato judicial, perdeu, compulsoriamente, muito de seu uso, buscando-se assim, evitar o indevido uso de mandado de segurança como sucedâneo recursal, em ofensa à Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal e ao próprio ordenamento jurídico.

Assim, o recurso de agravo de instrumento, por força da nova redação determinada ao art. 558, *caput*, do CPC, pode ter o condão, desde que reconhecidos os pressupostos lá indicados (fundamentação relevante e risco de consumação de dano de difícil reparação), de suspensão dos efeitos gravosos ao patrimônio jurídico do agravante. Este mesmo entendimento, por força do parágrafo único deste dispositivo legal, pode ser transportado para

¹⁵⁶ 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, 5ª Câmara, Mandado de Segurança n. 456.046-00/8, Rel. Juiz Laerte Sampaio, j. un. 8-5-96, RT 731/352.

os recursos de apelação desprovidos de efeito suspensivo, combinando o art. 520 com o art. 558 do Código de Processo Civil.

Apropriadas são as palavras do ilustre professor Cassio Scarpinella Bueno a respeito:

“Desse modo, em nosso entendimento, após as mais recentes reformas empreendidas no sistema codificado processual, a impetração do mandado de segurança contra ato judicial só terá cabimento se o próprio sistema de recursos não se apresentar *in concreto* para a tutela da afirmação de direito do recorrente, ao longo do segmento recursal. Não se, por hipótese, for *indeferido* o pedido de efeito suspensivo do agravo por pretender o relator não presentes os elementos exigidos no *caput* do art. 558, admitindo-se, como fazemos, que o recurso apto para tal finalidade seja o do art. 557 do Código de Processo Civil, desde a redação que lhe deu a Lei n. 9.139/95, não alterado no particular, pela Lei n. 9.756/98.

Assim, a título de conclusão parcial, não temos dúvidas de que o art. 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil, na redação da Lei n. 9.139/95, é mecanismo hábil para conceder efeito suspensivo àquele recurso de apelação que não o tem, desde que, evidentemente, comprovados os pressupostos exigidos pelo *caput* do dispositivo”.¹⁵⁷

Questão de suma importância para o desenvolvimento e conclusão do presente trabalho, à vista do que já expusemos sobre os meios para iniciar ou obstar a execução provisória (item 8.7), é a relativa à possibilidade de esse efeito “suspensivo” referido no *caput* do art. 558 do Código de Processo Civil ser apto a **conceder** a decisão negada e que gerou a interposição do recurso de agravo. Cuida-se do que se tem denominado “efeito suspensivo ativo” ou, como alguns dizem “efeito suspensivo dos efeitos negativos da decisão”, como sendo uma forma de emprestar eficácia a uma decisão jurisdicional dela despida.

Sobre o tema em debate, vale a pena trazer à colação a lição do professor Cassio Scarpinella Bueno, que assim afirmou:

“Considerando as diretrizes em que se pautou a edição da Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, bem como as dificuldades práticas encontradas para o estabelecimento do dois regimes diversos para cada espécie de decisão judicial, conforme tenha sido dada ou negada a providência pleiteada, parece estar correto o entendimento defendido por Eduardo Talamini de que deve ser dada interpretação ampla ao termo ‘suspender’ utilizado pelo legislador processual, para que seja reservado o uso do mandado de segurança contra ato judicial àquelas hipóteses em

¹⁵⁷ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.321.

que, ainda – em que se pese a *ratio* da edição da Lei n. 9.139/95 – o sistema recursal do agravo de instrumento se mostrar, *in concreto*, ineficaz para resguardo do direito do recorrente (impetrante), a exemplo do que, sempre, foi reservado para o mandado de segurança, contra ato judicial, na forma do que acabamos de escrever”.¹⁵⁸

E acrescenta citando o professor Vicente Greco Filho para elucidar sua tese:

“Oferecendo argumento de peso para admissão desta Segunda corrente, pode ser lida a lição de Vicente Greco Filho, para quem, diante do impasse em tela (ele mesmo entende que o ato omissivo é combatível pelo mandado de segurança), é possível pretender-se que haja pedido de antecipação de tutela, ao menos analogicamente, quanto ao pedido feito no bojo do recurso do agravo de instrumento. São as seguintes as suas palavras:

‘Outra alternativa seria, mas isso dependerá de os Tribunais acolherem a tese, admitir-se a tutela antecipada do agravo, por analogia do art. 273, ou seja, se o agravante precisa de um provimento positivo imediato, poderia pleiteá-lo a título de tutela antecipada à pretensão definitiva do recurso, eliminando com isso a necessidade do mandado de segurança’ ”.¹⁵⁹

Para complementar, referido autor traz à baila os ensinamentos de Athos Gusmão Carneiro a respeito do tema em questão:

“Não é diverso o entendimento sustentado por Athos Gusmão Carneiro em dois momentos diversos de obra que escreveu sobre o novo regime do recurso de agravo:

‘Não será demais afirmar a *possibilidade* de o relator *antecipar*, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos na pretensão recursal, uma vez manifestamente demonstrados o *fumus boni iuris* e o perigo da demora, em aplicação sistemática do art. 273 do CPC’.

A breve trecho ao debater acerca da subsistência do mandado de segurança contra ato judicial para fins de obtenção da medida negada em primeiro grau de jurisdição, reafirma, o precitado jurista, o posicionamento de que:

“O melhor caminho processual afigura-se, destarte, o de permitir ao relator, usando o *poder geral de cautela* previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, determinar seja efetuada a perícia [exemplo de ato judicial negativo idealizado pelo autor], com o que será evitado o risco de procrastinação, capaz de torná-la impossível.

Essa dissertativa, em última análise, bem se harmoniza com a *antecipação dos efeitos da tutela*, de tão largo alcance para a eficiência do processo e introduzida de forma

¹⁵⁸ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.322.

¹⁵⁹ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.323.

genérica no direito processual brasileiro pela Lei n. 8.952/94, ao dar nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil’ ”. ¹⁶⁰

No IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, decidiu-se, embora sem unanimidade dos participantes, a respeito da interpretação do *caput* do art. 558 do Código de Processo Civil, que: “No agravo de instrumento é possível a concessão liminar da tutela jurisdicional negada pela decisão agravada”. ¹⁶¹

Trata-se, portanto, de matéria controvertida, tanto em doutrina quanto em jurisprudência.

Feita essas considerações, passemos então à análise do parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil em relação aos objetivos do presente trabalho.

Dentro da esteira do que temos defendido neste trabalho, nossa maior indagação é sobre a subtração do efeito suspensivo do recurso de apelação de modo a viabilizar a execução provisória do julgado, é possível interpretar-se o parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil de modo a viabilizar esse intento? Ou seja, é possível conceder-se o denominado “efeito suspensivo ativo” para excluir o efeito suspensivo concedido *ex lege* pelas leis processuais?

Referidas indagações são de extrema relevância, pois, se existe a discussão no foro quanto à concessão de plano, em sede de agravo, da decisão liminar negada no grau de jurisdição inferior, por que não transportar o tema para a sentença e a viabilidade de sua execução provisória? Por que não se estabelecer uma coerência com a aplicação do *caput* e do parágrafo único do mesmo dispositivo de lei?

Creemos que as respostas à estas indagações devem ser todas afirmativas. O parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil deve ser tido como veículo hábil para subtrair o efeito suspensivo de recurso de apelação interposto e, assim possibilitar a execução provisória do julgado.

Assim, entendemos que referido dispositivo legal também viabiliza o reconhecimento da pronta executividade da sentença recorrida, que é o que a atribuição de efeito suspensivo ao

¹⁶⁰ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.323.

¹⁶¹ Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 2027, 3 a 9-11-97, p. 10 (suplemento).

segmento recursal nega. Por isso a necessidade de sua interpretação, nesses casos e para esses fins, dever-se dar em plena sintonia com o instituo da antecipação de tutela para viabilizar a execução provisória do julgado.

Luiz Guilherme Marinoni refere-se à ausência do efeito suspensivo valendo-se da expressão “efeito antecipativo”, uma vez que viabiliza à sentença a produção imediata de seus efeitos:

“Como se pode perceber a partir de uma análise mais atenta [do atual art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil, esclarecemos], há uma contradição entre a impossibilidade da sentença ser executada antes do trânsito em julgado e o recebimento do recurso no efeito suspensivo. Se a sentença não pode ser executada antes do término do prazo recursal, o recurso não pode suspender nada. Não é o recurso de apelação que tem efeito suspensivo, mas é a sentença que não tem executividade antes do trânsito em julgado.

Quando o juiz recebe o recurso apenas no efeito devolutivo, a sentença impugnada passa a produzir efeitos. O recurso, na verdade, é recebido implicitamente no **efeito antecipativo**, já que o juiz, neste caso, além de nada suspender, permite que a sentença passe a produzir os efeitos que, em regra, somente podem ser produzidos pela tutela definitiva”(grifamos).¹⁶²

E, mais adiante, complementa o jurista paranaense:

“É preciso definir, contudo, se a sentença deve produzir efeitos a partir da publicação ou a partir do recebimento do recurso. Se a sentença deve produzir efeitos apenas a partir do momento em que o recurso é recebido - evitando-se assim, que ela possa causar dano ao réu antes dela ter tido a oportunidade de demonstrar o dano que a execução imediata pode ocasionar -, o simples recebimento de todo e qualquer recurso no efeito unicamente devolutivo antecipa os efeitos da tutela definitiva ...”.¹⁶³

Neste sentido ensinou o jurista Cassio Scarpinella Bueno:

¹⁶² Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 200/201.

¹⁶³ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 200/201.

“Seja nas hipóteses abrangidas pelo *caput* do art. 520 do CPC, seja em outras hipóteses reguladas em leis extravagantes em que o ‘duplo efeito’ recursal seja o previsto. Trate-se de requerimento a ser formulado pelo apelado já quando do oferecimento de suas contra-razões perante o juízo *a quo* – quando a incidência do parágrafo único do art. 518 do Código de Processo Civil ganha muito em importância, como já afirmamos no item precedente -, seja, *a posteriori*, quando os autos já estiverem no juízo *ad quem* aguardando julgamento. Em todas essas hipóteses, o parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil deve ser tido como instrumento apto a *retirar* o efeito suspensivo do recurso de apelação, viabilizando, assim, a execução provisória do julgado.

Em suma, não há como deixarmos de reconhecer ao parágrafo único do art. 588 a mesma *dinâmica* que a doutrina e a jurisprudência têm emprestado a seu *caput*”.¹⁶⁴

E em corroboração a aquilo que estamos defendendo no presente trabalho, o mesmo autor concluiu:

“Quando o *caput* desse dispositivo e, conseqüentemente, seu parágrafo único são aplicados no sentido de implementarem eficácia a medida jurisdicional (o denominado ‘efeito suspensivo ativo’ ou ‘suspensão dos efeitos negativos do provimento’), o sistema da execução provisória pautada nessa forma de subtração do efeito suspensivo deverá levar em conta o mesmo art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, por assemelhar-se a hipótese, em tudo e por tudo, à aplicação, na espécie, do instituto da antecipação de tutela”.¹⁶⁵

Portanto, na esteira do que já escrevemos, levando-se em consideração as concepções instrumentalistas do processo civil pela incessante batalha para alcançar a tempestividade e efetividade da prestação jurisdicional, não pode ser outra senão essa a interpretação a ser dada ao parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, de forma a possibilitar a subtração do efeito suspensivo nos casos não previstos pelo art. 520 do mesmo diploma legal e nas leis esparsas.

Para tanto, deve-se conciliar a interpretação do *caput* e do parágrafo único do art. 558 do CPC, levando-se em conta o art. 273, § 3º do mesmo Código, a fim de se retirar o efeito suspensivo do recurso de apelação interposto, para se viabilizar a execução provisória do julgado.

¹⁶⁴ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 328.

¹⁶⁵ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 328.

Essa, a nosso ver, é uma das maneiras de se viabilizar a execução provisória do julgado nos casos não previstos no art. 520 do CPC e na legislação extravagantes, propiciando assim, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, pois o autor não pode ser prejudicado por recurso que o réu haja interposto, com finalidade de procrastinar o andamento do processo, podendo causar-lhe danos irreversíveis, ou mesmo a inocuidade da prestação jurisdicional pretendida pelo autor.

CAPÍTULO 6 – A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

6.1 - Considerações Gerais

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prescreve o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Referido princípio não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também 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.

Assim, o princípio da proteção judiciária impõe a elaboração de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos, aliados a outros elementos fundamentais tais como a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, recrutamento de juízes bem preparados e sensíveis à permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo da justiça, dentre outras providências a serem tomadas.

Em dezembro de 1994, quatro leis de modificação do Código de Processo Civil foram promulgadas (Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953). Os referidos corpos normativos fazem parte de um conjunto de propostas legislativas apresentadas pela Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça e coordenada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos de Gusmão Carneiro, deram um passo importantíssimo, buscando a simplificação, a agilização e, principalmente, a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional.

Assim, a inovação introduzida pelo legislador, através do artigo 273 do Código de Processo Civil (com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952/94), não se limitou apenas ao plano procedimental, para simplificação e agilização do processo, mas houve também, inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz.

O ordenamento processual civil vigente, regra geral, salvo algumas exceções, no que diz respeito à execução, segue o modelo romano, que adota o princípio segundo o qual só se executa a pretensão depois da cognição completa e coisa julgada (*ad executione non est inchoandum sed primo debet de causa cognosci, et per definitivam sententiam terminari*). É o que determina o art. 583, do Código de Processo Civil: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”.

Os outros sistemas processuais que também seguem esse modelo são extremamente respeitosos do direito e generosos para com o réu, procurando evitar, através da cognição prévia, a consumação de injustiças, concedendo ainda ao réu, através da execução *ex intervallo*, a ser efetivada por meio de outra ação, a executória, o chamado *tempus judicati* (tempo para o adimplemento da condenação).

Hoje, referido sistema, onde se privilegia de forma absurda o réu em nome do princípio da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, não mais se coaduna com os ideais de Justiça, na busca de uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva. Não se pode portanto beneficiar o réu que, no mais das vezes, tem por único objetivo procrastinar o curso do processo o mais que puder. Por isso, latente é a necessidade de haver instrumentos processuais que aglutinem cognição e execução.

O direito e o processo devem se adequar à realidade, de forma que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem proporcionar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa.

No plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar tutela rápida adequada e ajustada a rapidez do fluir da vida.

Para isso, um dos instrumentos mais utilizados pelo legislador para dar celeridade à prestação jurisdicional, são as técnicas de **cognição sumária**. Uma delas consiste na concepção de processos sumários em geral, cautelar e não cautelar. E outra, na criação de processos especiais de cognição exauriente em que, por exceção, é permitida a antecipação de tutela, que se funda na cognição sumária provisória, realizada no estado em que se encontra o processo, por vezes até liminarmente.

Podemos citar como exemplo: I – ação possessória (arts. 928 e 929, do CPC); II – ação de nunciação de obra nova (art. 937, do CPC); III – ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio (art. 1.071, do CPC); IV – ação de embargos de terceiro (art. 1.051, do CPC); V – ação de busca e apreensão e bem alienado fiduciariamente em garantia (Dec. Lei nº 911/69, art. 3º); VI – ação de mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II); VII – ação de desapropriação (Dec.-Lei nº 3.365/41, art. 15); VIII – ação popular

(Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º); IX – tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (Código de Defesa do Consumidor, art. 84, § 3º).

Os direitos não patrimoniais, que, na maioria dos casos possuem maior relevância que os patrimoniais, tais como os absolutos da personalidade (direito à vida, à saúde, à integridade física, à honra, à liberdade etc.) são esquecidos e submetidos ao procedimento comum, ordinário ou sumário.

Deste modo, à míngua da existência de instrumento processual adequado para a tutela desses direitos, aliada à irritante e desesperadora lentidão da Justiça, provocada por inúmeros fatores, aguçou a criatividade dos operadores do direito, que começaram a fazer uso, de forma intensa, da ação cautelar inominada como um meio de obtenção da antecipação de tutela postulada ou a ser postulada na denominada ação principal.

Assim, ocorreu desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a servir de instrumento para a obtenção de tutela satisfativa e não simplesmente acautelatória, contrariando, portanto, os fins próprios dos processos cautelares em geral, constituindo-se, verdadeira heresia jurídica, que se justificava por se tratar de uma reação contra o deficiente sistema processual.

Destarte, a ausência de critérios objetivos e claros que estabelecessem o direito a antecipação de tutela e as medidas de proteção contra os equívocos e exageros estava fazendo com que a tutela jurisdicional fosse concedida segundo critério pessoal e eminentemente subjetivo de cada juiz no estabelecimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória, o que estava gerando soluções injustas, além de insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito.

Assim, para adaptar o processo civil às exigências da vida moderna e para disciplinar, com o estabelecimento de critérios objetivos e com previsão de medidas de salvaguarda, um fenômeno que já vinha ocorrendo há muito tempo, de forma aleatória e sem controle, estabeleceu-se as regras do artigo 273.

6.2 – O Artigo 273 do Código de Processo Civil

Assim dispõe o artigo 273 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952/94:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

O artigo 273, do Código de Processo Civil, em seus incisos I e II, consagra duas hipóteses de antecipação de tutela: I – a de urgência, que exige o requisito do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; II – a de proteção ao autor que muito provavelmente tem razão e por isso não deve sofrer as conseqüências da demora do processo, decorrente do “abuso de direito de defesa” ou de “manifesto propósito protelatório do réu”, sem necessidade do requisito do *periculum in mora*.

Em ambos os casos, no entanto, o legislador exige o **juízo de verossimilhança** fundado em **prova inequívoca**. No entanto, a tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa tem certas peculiaridades no que diz respeito à prova em que se funda. Sobre o abuso do direito de defesa falaremos mais adiante.

Passemos então a analisar a prova inequívoca capaz de conduzir à verossimilhança da alegação necessária para a concessão da antecipação de tutela de cognição sumária e baseada em fundado receio de dano. Vale lembrar também que, esta modalidade de antecipação de

tutela poderá ser requerida não só depois de encerrada a fase instrutória, como também após ter sido proferida a sentença.

Ressalte-se que, prova inequívoca não é mesma coisa que *fumus boni juris* do processo cautelar. Isso porque o juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é certamente mais intenso que o juízo assentado em simples “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.

Trata esse requisito de verdadeira medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da antecipação de tutela a todo e qualquer processo de conhecimento, pois não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, com mero juízo baseado em “fumaça de bom direito”, como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada.

Precisa são as palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni a respeito do assunto em tela:

“A denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito”.¹⁶⁶

E o mesmo autor acrescenta:

“O autor, ao requerer na petição inicial, a tutela antecipatória, pode se valer da prova documental, de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizada e de laudos ou pareceres de especialistas que poderão substituir, em vista da situação de urgência, a prova pericial. O autor ainda pode requerer sejam ouvidas, imediata e informalmente (vale dizer, nos dias seguintes ao requerimento de tutela), testemunhas ou o próprio réu, bem como pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do art. 440 do Código de Processo Civil”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Luiz Guilherme Marinoni. “A antecipação da Tutela”. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2.000, p.162.

¹⁶⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., p. 163.

A verossimilhança que deve ser exigida pelo juiz, contudo, segundo Marinoni, deve considerar: a) o valor do bem jurídico ameaçado; b) a dificuldade do autor provar a sua alegação; c) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e, d) a própria urgência descrita.¹⁶⁸

Os §§ 1º e 2º do art. 273, do CPC, trazem outras medidas de salvaguarda. O § 1º ordena que a decisão que conceda a antecipação de tutela seja devidamente motivada, indicando, “de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento”. Nem precisaria tal dispositivo, haja vista a exigência de motivação de qualquer ato decisório do juiz, como garantia constitucional (CF, art. 93, inciso IX) e prevista no CPC nos artigos 131 e 458, inciso II. A exigência também vale para a decisão que denegue o pedido de antecipação de tutela, pois uma vez presentes os pressupostos legais, a antecipação de tutela é um direito da parte, que não está sujeito a mera discricionariedade do juiz..

O § 2º do artigo 273 do Estatuto Processual Civil estabelece um limite para a concessão da antecipação de tutela, ao dispor que, “não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. A reversibilidade ou não do provimento antecipado é de difícil constatação. No plano jurídico, raramente a irreversibilidade poderá ocorrer, pois, na sentença final, o juiz poderá sempre cassar a antecipação concedida, devolvendo tudo ao *status quo ante*. Já no plano prático, a irreversibilidade certamente poderá ocorrer, não devendo o aplicador da norma se apegar única e exclusivamente ao critério econômico para sua conceituação, pois há demandas que possuem conteúdos sociais etc.

Conclui-se, portanto, que trata-se de uma irreversibilidade dos efeitos da tutela pretendida e, portanto, uma irreversibilidade fática.

Neste sentido se pronunciou Olvídio Baptista da Silva:

“Leia-se ‘irreversibilidade dos efeitos’, não irreversibilidade do provimento, como consta nesse parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será

¹⁶⁸ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., p. 164.

irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir, no plano fático, efeitos irreversíveis”.¹⁶⁹

No mesmo diapasão é a lição do professor Cândido Rangel Dinamarco:

“É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva”.¹⁷⁰

Deste modo, quando a lei fala em irreversibilidade do provimento antecipado, está se referindo à irreversibilidade da antecipação dos efeitos do provimento final, interpretação que deriva da conjugação do § 2º com o *caput* do artigo 273 do CPC.

Vale repetir que isso somente poderá situar-se no plano fático, já que juridicamente todo provimento antecipado, por ser provisório por natureza, deve poder ser revertido.

Pois bem, no plano jurídico, a antecipação de tutela nada mais é do que a constituição de uma norma concreta provisória, portanto reversível, destinada a regular determinada situação fática ou jurídica até que pela insubsistência dos requisitos que a autorizam seja revogada, ou então sobrevenha uma norma concreta final, que naturalmente substitui a norma provisória, fazendo-a exaurir-se.

Precisamente em função dessa reversibilidade da norma provisória é que não pode ela produzir efeitos fáticos irreversíveis, já que juridicamente sempre haverá reversibilidade, pois o mundo jurídico altera-se simplesmente através da modificação das normas, o que, destarte, não ocorre no mundo fático.

¹⁶⁹ Olvídio Antônio Baptista da Silva. “A Antecipação de Tutela na Recente Reforma Processual”. *In*, A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 142.

¹⁷⁰ Cândido Rangel Dinamarco. “A Reforma do Código de Processo Civil”. São Paulo: Malheiros Ed., 1995, p. 146.

Deste modo, a regra do § 2º do art. 273 somente tem sentido quando entendida a irreversibilidade em relação ao mundo dos fatos, pois no mundo jurídico não há irreversibilidade absoluta.¹⁷¹

O inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil permite a concessão da antecipação de tutela quando houver fundado receio de “dano irreparável ou de difícil reparação”. Ocorre a “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis, como os casos de direito não patrimonial (v.g. o direito à imagem) e os casos de direito patrimonial com função extrapatrimonial, como nos lembra Marinoni, v.g. uma soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito. Ocorre a irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial quando pode ser efetivamente tutelado através da reparação em pecúnia.¹⁷²

Sobre o dano de “difícil reparação”, Marinoni disse o seguinte:

“O dano é de ‘difícil reparação’ se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de ‘difícil reparação’ se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso de desvio de clientela, hipótese em que, além da difícil quantificação do dano emergente, o empresário sofre uma acentuação do prejuízo à medida que, com o passar do tempo do procedimento ordinário, assiste ao progressivo afastamento de seus clientes”.¹⁷³

Conclui-se portanto, que a questão da irreparabilidade do dano ou não, dependerá do exame de cada caso concreto, ficando assim, a cargo do magistrado avaliar a situação *sub judice*.

¹⁷¹ No entanto, vale ressaltar que, evidentemente, quando ocorre uma situação que caracteriza-se como direito adquirido ou ato jurídico perfeito, e também quando ocorre a coisa julgada, a situação jurídica é em determinado sentido irreversível à situação jurídica anterior. Porém, essa irreversibilidade nunca é absoluta, em face da possibilidade, pelo menos em tese, da reversão constitucional.

¹⁷² Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., p. 138.

¹⁷³ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., p. 138.

6.3 – O Abuso do Direito de Defesa no inciso II do Artigo 273 do Código de Processo Civil

Como é sabido, a preocupação excessiva com o direito de defesa, inspirada no liberalismo,¹⁷⁴ atravancou, por longo período de tempo, a percepção de que o tempo no processo não pode ser um ônus somente do autor.

O abuso do direito de defesa se torna mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão venerado princípio da igualdade em uma abstração.

Basta lembrar que, em um processo condenatório, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu, pois quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por conseqüência, maior será o benefício conferido ao réu.

A sistemática processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão.

Assim, a defesa é um direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

Vale advertir, que a técnica de cognição sumária utilizada para antecipar o provimento jurisdicional, nada mais é do que uma busca da distribuição do ônus do tempo no processo.

A impossibilidade da execução da sentença condenatória enquanto pende o recurso afronta a lógica que o movimento instrumentalista do processo vem construindo.

Se o magistrado afirma que existe o direito do autor, não é lógico nem razoável impor a ele o ônus do tempo do processamento do recurso. Alguns argumentam que se o Tribunal reformar a sentença, um grave prejuízo poderá ter sido imposto ao réu, mas olvidam do fato de

¹⁷⁴ É reconhecido em doutrina que a evolução da teoria do abuso do direito no processo sofreu duro golpe com o surgimento do liberalismo, tanto que o primeiro Código de Processo Civil francês, de 1806, deixou de constar em seu bojo as disposições sobre o abuso de direito que o precederam.

que, se o Tribunal não reformar a sentença que reconheceu o direito do autor, o tempo que se passou até o julgamento do recurso, pode tornar inócua a prestação jurisdicional pretendida pelo autor. E aí, mais uma vez, prestigia-se aquele que não tinha razão e que fez uso de um “direito” (direito de defesa - duplo grau de jurisdição) com o único intuito de “ganhar” tempo e conseqüentemente, prejudicando o autor que tinha razão

Bastante incisivo é Marinoni ao comentar o assunto:

“Um sistema que consagra, quase que de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para a realização dos direitos, deve considerar atentamente a problemática do abuso do direito de recorrer. A crise da justiça civil está aos olhos de todos; é preciso que os tribunais aceitem a obviedade de que não pode haver efetividade sem riscos. O que importa saber é se vale a pena correr riscos, ou se é melhor permanecer paralisado de medo, na imparcialidade da ordinariade, onde imaginam os ingênuos que o juiz não causa prejuízo”.¹⁷⁵

E continua em nota de rodapé: “É bom lembrar que já o projeto de Carnelutti, em seu art. 324, tornava possível a antecipação do pagamento de soma em dinheiro em todos os casos em que uma parte se encontrasse ‘in condizioni di grave inferiorità di fronte all’ altra’”.¹⁷⁶

Então, temos que a antecipação de tutela fundada em abuso do direito de defesa, somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito.

Deste modo, para a antecipação de tutela são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização da primeira.

Não se deve confundir o abuso do direito de defesa com a litigância de má-fé, a que se refere o artigo 17 do Código de Processo Civil. Em se tratando de antecipação de tutela é possível apenas extrair alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso do direito de defesa, não significando, todavia, que as hipóteses do artigo 17 possam servir de base para a compreensão da tutela antecipatória.

¹⁷⁵ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., p. 145.

¹⁷⁶ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., nota 42, p. 145.

O sistema processual brasileiro, como é cediço, obriga o autor a esperar o duplo grau de jurisdição. A dogmatização do duplo grau de jurisdição e do direito de recorrer, assim como aquilo que estamos combatendo no presente trabalho, ou seja, os estreitos limites em que é admitida a execução provisória da sentença, estimulam o réu a interpor recurso para conservar na sua esfera jurídico-patrimonial o bem reivindicado pelo autor, pelo maior tempo possível.

Ora, se o réu tende a abusar do seu direito de defesa, maior é seu interesse em abusar do direito de recorrer, seja para conservar o bem objeto do litígio por mais tempo em seu patrimônio, seja para tirar do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo, bastante longo, necessário ao processamento do recurso.

Denota-se, portanto, conforme observou Marinoni, que o abuso do direito de recorrer é mais grave do que o abuso do direito de defesa, pois o réu, no momento da sentença, se deparará com um autor menos resistente a um acordo que ofereça o tempo do processo em troca de uma vantagem patrimonial. Ora, a forma como os advogados encaram o duplo grau de jurisdição é, no mais das vezes, bem diversa da dos processualistas que enaltecem referido princípio.¹⁷⁷

Considerando que o abuso do direito de recorrer é uma realidade que não pode e não deve ser ignorada, deve-se inibir referida prática, seja através da condenação por litigância de má-fé, seja mediante o indeferimento do recurso pelo próprio relator (CPC, art. 557), ou ainda através da antecipação de tutela.

Bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni:

“A condenação por litigância de má-fé, a hipótese do art. 557, *caput*, do CPC, e a tutela antecipatória, têm efeito pedagógico importante, pois desestimulam os recursos infundados, os quais não apenas são muito frequentes, como também muito custosos para a administração da justiça.

¹⁷⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 166.

Uma justiça congestionada, como é a justiça civil brasileira, não pode continuar sendo complacente com os recursos abusivos e meramente protelatórios, pois estes colaboram para tornar ainda mais lenta e cara a prestação jurisdicional”.¹⁷⁸

José Olympio de Castro Filho, em tese escrita a mais de quarenta anos, intitulada “Abuso do direito no processo civil”(Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1955), já afirmava:

“Recorrer é um direito, de que também se pode abusar, e de que amiúde se abusa largamente com graves prejuízos para uma das partes, que não pode descansar do incômodo da demanda, e para o Estado, cujos tribunais de grau superior cada dia mais vêm aumentar a afluência dos recursos, *a grande maioria deles injustificável*”.¹⁷⁹

Assim, nos casos em que o recurso seja manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula do tribunal ou do tribunal superior, cabe a antecipação de tutela.

Conclui-se portanto, que os problemas do abuso do direito de defesa e do abuso do direito de recorrer, existem de longa data, e constitui obstáculo à uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva. É necessário se combater esta prática para que a prestação jurisdicional que é obtida através do processo, realmente atinja os fins a que se destina, ou seja, promover a justiça através da pacificação social.

Para tanto, devem os juízes utilizarem da condenação por litigância de má-fé, ou através do indeferimento do recurso pelo relator (art. 557, CPC), ou ainda através da antecipação de tutela (art. 273, inciso II, do CPC).

¹⁷⁸ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 166.

6.4 – O Momento da Concessão da Antecipação de Tutela

A tutela de urgência, prevista no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, poderá ser concedida liminarmente antes mesmo da citação do réu. Não se pode negar essa possibilidade, pois estará se tornando inútil a antecipação de tutela em situações de perigo, o que fará voltar a prática, até então muito utilizada por falta de previsão legal expressa, da ação cautelar inominada para esse fim.

Com efeito, uma vez presentes os pressupostos legais, a antecipação de tutela com base no inciso I do art. 273 poderá ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive em segunda instância, na fase recursal. Assim, o requisito que deverá ser demonstrado, além do juízo de verossimilhança fundado em “prova inequívoca”, é a existência da situação de “dano irreparável ou de difícil reparação”, como já dissemos.

Deve se ter em mente que, a antecipação de tutela é medida excepcional e somente deve ser concedida quando o interessado conseguir demonstrar a efetiva presença dos pressupostos legais. Portanto, nada impede seja ela postulada após colheita de provas realizada na dilação probatória normal, e mesmo em segunda instância.

Porém, a antecipação de tutela com fundamento no inciso II do art. 273 do CPC pressupõe a existência de defesa do réu, pois somente diante dela poderá o juiz se convencer de que se caracterizou “o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Deste modo, a execução ou a atuação prática da tutela antecipada dependerá do tipo de provimento postulado e concedido pelo juiz.

Em se tratando de provimento condenatório típico, deve ser adotado o processo de execução forçada provisória, aplicando-se para tanto o artigo 588, incisos II e III, do Código de Processo Civil. Nestes casos, se torna dispensável a caução, pois o § 3º do art. 273 expressamente excluiu o inciso I do art. 588. No entanto, isso não importa dizer que o autor, uma vez vencido ao final da ação, não deva responder pelos danos que venha causar com a

¹⁷⁹ José Olympio de Castro Filho, *apud* Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., nota 2, p. 166.

execução forçada da antecipação de tutela, pois o dever de indenizar é inerente do dever de se restabelecer o *status quo ante*.

Insta salientar que se o provimento antecipado for daqueles que não exigem a propositura de ação executória, tais como o executivo *lato sensu* ou o mandamental, e o adiantamento dos efeitos da tutela puder ser concedido por meio de provimentos dessa natureza, a execução deverá ser feita no próprio processo de conhecimento, através de mandados e outros meios executivos que sejam admissíveis no caso e efetivamente tutelem o direito pleiteado pela parte.

O § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, é claro no sentido de que “a antecipação de tutela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo”. Cumpre ressaltar, no entanto, que deverá ser feito sempre através de decisão fundamentada, podendo a modificação ser feita para mais ou para menos, ou ainda para uma outra situação, de acordo com o caso concreto.

Da decisão que concede ou denega a antecipação de tutela é cabível o recurso de agravo de instrumento, pois estamos em ambos os casos, diante de decisões interlocutórias.

Não se pode confundir o instituto da **antecipação de tutela** com o **juízo antecipado da lide**, pois trata-se de dois institutos, deveras, bem distintos. A antecipação de tutela, como já dissemos linhas atrás, baseia-se em cognição sumária e consiste em antecipar provisoriamente alguns ou todos os efeitos do provimento postulado pela parte. De sorte que, o juízo antecipado da lide é definitivo e deve embasar-se em cognição plena e exauriente, caso não seja outra o tipo de cognição reclamada pelo tipo de ação.

A té mesmo a antecipação de tutela fundamentada do inciso II do art. 273 do CPC, uma vez deferida, ao invés de juízo final, que no mais das vezes depende de atos probatórios ou outras providências, traz ao autor o benefício da execução imediata do provimento adiantado, o que, dependendo dos efeitos do recurso cabível contra a sentença final, não poderá ser alcançado pelo demandante.

O instituto da **antecipação de tutela** também não se confunde com a **tutela cautelar**. A antecipação de tutela é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação

de conhecimento, pois a satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado.

Na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar o sucesso do provimento da “ação principal”, ainda que de forma mediata. Não possui, portanto, caráter satisfativo.

Bem observou Zollinger a respeito do tema em questão:

“Antes de 1994, na ausência de um provimento de urgência genérico que tutelasse de forma eficaz as situações fáticas de perigo a qualquer direito, a medida cautelar era usada equivocadamente como meio de se obter provimento jurisdicional claramente satisfativo”.¹⁸⁰

E acrescenta a mesma autora:

“A tutela cautelar é eminentemente processual, porque o interesse tutelado não se atributivo de bens da vida. O objeto da sua tutela é a segurança de um outro processo, a tutela de segurança como um valor em si mesma. Daí se afigura a patente contradição da expressão cautelar satisfativa”.¹⁸¹

6.4.1 – A Antecipação de Tutela na Sentença

A questão da antecipação de tutela quando do proferimento da sentença, levantou algumas discussões na doutrina.

José Roberto dos Santos Bedaque admite a antecipação de tutela quando do sentenciamento do feito nos seguintes termos:

¹⁸⁰ Márcia Brandão Zollinger. “Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares: A importância da Distinção”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, 2.000. v. 18, p. 763.

¹⁸¹ Márcia Brandão Zollinger. ob. cit., p. 764.

“Também, nada impede, evidentemente, que tal ocorra na própria sentença, proferida quer em sede de julgamento antecipado, quer após audiência.

Neste caso, surge o problema do recurso de apelação, normalmente dotado de efeito suspensivo. Embora a situação não esteja prevista no art. 520 do CPC, evidentemente deve ser incluída entre aquelas em que inexistente esse efeito. Se assim não se entender restariam completamente frustrados os objetivos do novo instituto.

Aliás, a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação. No que se refere aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação”.¹⁸²

Preciosas foram as lições de Calmon de Passos, onde acentuou o autor, ao escrever sobre as recentes reformas do Código de Processo Civil, que a antecipação de tutela não poderia significar a simples viabilidade de concessão de liminares em todo e qualquer processo de conhecimento. Pelo contrário, em plena consonância com os rigorosos pressupostos exigidos no *caput* do art. 273, do CPC, que a antecipação somente poderia ser concedida para excluir o efeito suspensivo do recurso de apelação.

Asseverou ainda o mesmo autor, que somente quando do sentenciamento do feito é que o magistrado teria condições de detectar a “prova inequívoca” que pudesse convencer da “verossimilhança da alegação”, e não anteriormente, no momento da mera distribuição da ação e sem o estabelecimento do contraditório.¹⁸³

Com extrema precisão acentuou Nelson Nery Júnior:

“Pode ser, entretanto, que o autor tenha sentença a seu favor, mas haja necessidade de obter a execução dos efeitos da mesma sentença. Neste caso é possível requerer a antecipação de tutela, com força de verdadeira execução provisória (arts. 587 e 588 do CPC)”.¹⁸⁴

Assim, podemos dizer que a antecipação de tutela para viabilizar a execução provisória do julgado pode pautar-se tanto nas hipóteses do inciso I como do inciso II do art. 273 do

¹⁸² José Roberto dos Santos Bedaque. “Considerações Sobre Antecipação de Tutela Jurisdicional”, *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 234.

¹⁸³ José Joaquim Calmon e Passos. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III, p. 31-41.

¹⁸⁴ Nelson Nery Júnior. “Procedimentos e Tutela Antecipatória”, *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p.393.

Estatuto Processual Civil, ou seja, o magistrado tanto pode antecipar a tutela e possibilitar a execução provisória do julgado quando, existindo prova inequívoca e convencido da verossimilhança da alegação, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” como, também, quando, reconhecendo aqueles mesmos elementos de convencimento “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

O inciso I, do art. 273, do CPC, conforme estabelece a doutrina, guarda relação com os casos em que a demora no ciclo recursal poderá causar maiores danos àquele que se poderia beneficiar da decisão impugnada do que do pronto reconhecimento da efetividade desta. *Ipsa facto*, nos casos em que estiver presente o *periculum in mora* em benefício do apelado, será legítima a antecipação de tutela para viabilizar a execução provisória do julgado impugnado.

Já o inciso II do mesmo artigo, se refere às pesadas críticas feitas ao sistema processual brasileiro no que diz respeito ao excessivo número de recursos. Assim, tendo ciência o devedor de que eventual recurso de apelação que venha a interpor poderá obstar o início da eficácia da decisão, de acordo com a regra do efeito suspensivo do *caput* do art. 520, do CPC, acaba utilizando-se desse expediente, não porque acredite na efetiva reforma do julgado, mas, principalmente, porque a interposição do recurso de apelação é o suficiente para retardar em alguns anos, a execução do julgado. Nestes casos é que se diz que o recurso beneficia unicamente o réu, que no mais das vezes não possui razão.

Desta forma, o inciso II, do art. 273, do CPC, alarga o campo para a antecipação de tutela para fins de subtração do efeito suspensivo do recurso quando a interposição deste acabe por evidenciar o abuso do direito de defesa ou manifestações meramente protelatórias.

Evitamos assim com tal entendimento, uma das mais flagrantes incongruências do atual sistema processual brasileiro, que consiste, em linhas gerais, em reconhecer maior efetividade de uma decisão liminar (fundada em cognição sumária) do que a uma sentença (fundada em cognição exauriente), de modo que, pela simples interposição de recurso pelo devedor, o autor ficará impedido de ver seu direito, que foi reconhecido em sentença, ser efetivado, através da execução imediata do julgado, conforme já dissemos linhas atrás.

Bastante precisa é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque a respeito do tema em questão:

“Nessa medida, seria melhor que, além da antecipação dos efeitos da tutela, houvesse modificação nos efeitos do recurso de apelação, eliminando o efeito suspensivo, que seria concedido pelo juiz na forma do art. 558, parágrafo único, ou seja, apenas se verificando risco de lesão grave e de difícil reparação.

De qualquer modo, nada impede que seja essa conclusão extraída mediante interpretação sistemática dos dispositivos legais. Se a antecipação dos efeitos da tutela final, quando admissível, implica a possibilidade de a parte obter satisfação imediata, não se justifica que a apelação interposta contra sentença proferida ao final, favorável ao beneficiário da antecipação, tenha força suficiente para suspender a eficácia já produzida”.¹⁸⁵

José Wilson Ferreira Sobrinho defende a idéia de que, permitir a concessão da antecipação de tutela quando do sentenciamento do feito seria ofender o princípio do duplo grau de jurisdição.¹⁸⁶

No entanto, com isso não concordamos, pois no que se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição, devemos recordar que ele não pode ser tido como um dogma jurídico, como um valor absoluto dentro do ordenamento jurídico e, destarte, pretender prevalecer sobre outros princípios processuais, tais como, ao da **efetividade processual** e ao do **acesso à ordem jurídica justa**. Ora, se o juiz, sopesando os interesses e as circunstâncias do caso concreto, entender que deve prevalecer o valor da celeridade processual em detrimento da segurança jurídica, antecipa a tutela e viabiliza a execução provisória para atender aquele anseio.

O professor Cassio Scarpinella Bueno, admitindo a concessão da antecipação de tutela quando do sentenciamento do feito, assim asseverou:

“A nosso ver, o interesse jurídico na concessão da tutela quando do sentenciamento do feito reside no fato de que a antecipação é causa suficiente para autorizar o início da execução do julgado, independentemente do segmento recursal, precisamente porque retira o efeito suspensivo do apelo”.¹⁸⁷

¹⁸⁵ José Roberto dos Santos Bedaque. “Tutela cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 350.

¹⁸⁶ José Wilson Ferreira Sobrinho. ob. cit., p. 161.

¹⁸⁷ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p.310.

É sabido que a antecipação de tutela, nos termos do § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil, é executada com a observância, “no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”, e de outro lado, a “execução provisória dos incisos do art. 520”, conforme estatui a segunda parte do art. 587 do mesmo diploma legal, deverá seguir, ao menos no sistema estatuído, todo o art. 588.

Surge então intrigante questão que diz respeito a uma aparente contradição entre os regimes da execução provisória da decisão que antecipa a tutela para subtrair efeito suspensivo e da execução provisória propriamente dita (CPC, arts. 520 c/c 587, segunda parte).

Conforme já dissemos quando comentamos o art. 588, do Código de Processo Civil, inclusive tratando de sua interpretação jurisprudencial que nos revela que o inciso I do art. 588, não tem sido considerado obstáculo para a inauguração da execução provisória. Desta forma, a própria efetivação do direito do executado, ainda que provisoriamente, tem sido admitida nos casos que inexistem danos à parte contrária ou, ao menos, em que há possibilidade concreta de sua plena reparabilidade.

Da mesma forma entende o professor Cassio Scarpinella Bueno que assim esposou seu entendimento:

“Dessa forma, embora deva prevalecer, para os casos em que a antecipação de tutela é a responsável pela execução provisória da sentença – é a decisão que a antecipa que conduz o vencedor da ação à execução, tirando o efeito suspensivo do recurso, e não o recebimento do recurso que, *ex lege*, é munido dos efeitos devolutivo e suspensivo – e para fins técnicos, o regime do art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, o certo é que sua incidência acaba por coincidir com o previsto no art. 588 do mesmo Estatuto, reservando, assim, resultados muito similares (senão idênticos) para ambas as hipóteses”.¹⁸⁸

Portanto, ao nosso ver, essa é posição que deve prevalecer, sob pena de se ver frustrada a utilidade desse novo instituto.

¹⁸⁸ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 311.

6.5 – A Execução Provisória da Decisão que Concede a Antecipação de Tutela (Artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil)

Primeiramente é preciso asseverar que o regime a ser seguido pela “execução provisória” tem início por meio da subtração de efeito suspensivo atribuído *ex lege* através da antecipação de tutela da decisão recorrida.

Analisemos então o artigo 273 e seu parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil, que assim dispôs:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.”

Analisando-se friamente a letra do § 3º do art. 273 do CPC, exclui-se, de plano, ao menos em sua literalidade, o disposto no inciso I do art. 588 do mesmo *codex*, segundo qual a execução provisória “corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor”.

De outra parte, expressamente admite a incidência, “no que couber”, dos incisos II e III do mesmo art. 588, do CPC, segundo os quais, respectivamente, a execução provisória “não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite sem caução idônea, os danos causados ao devedor” e “fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior”.

De tal sorte que, a ausência de remissão ao inciso I do art. 588 importa na inexigibilidade da prestação de caução para que seja concedida a tutela antecipatória. Conforme escreve Dinamarco:

“De todo o disposto no § 3º resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução mas não chegará à expropriação de bens penhorados e, propiciando embora o levantamento do dinheiro, condiciona-o a caução”.¹⁸⁹

Outra questão de relevante importância a ser estudada sobre o § 3º do art. 273 do CPC, se refere à responsabilidade do autor que teve, em seu favor, antecipada a tutela jurisdicional.

Referido dispositivo, como pudemos observar, não faz qualquer remissão ao inciso I do art. 588 do CPC, segundo o qual, ao mesmo tempo em que se exige a caução para a execução provisória, assenta-se a responsabilidade do exequente pelos danos que vier a causar ao executado. Todavia, o inciso II do citado artigo estatui que, na hipótese de modificação do título, fica sem efeito a execução provisória que nele se baseou.

Certo é que, muito embora no § 3º do art. 273 do CPC o legislador tenha se valido da expressão “no que couber”, não pode haver dúvidas quanto à responsabilidade do beneficiário da antecipação de tutela pelos danos que sua empreitada vier a causar ao executado, que, embora referida no excluído inciso I do art. 588, constitui a própria *ratio* do inciso II do referido dispositivo.

Ante o exposto, nota-se que, de forma clara, a antecipação de tutela será efetivada de forma muito próxima à execução provisória, tanto que Calmon de Passos chega a afirmar expressamente, que esse instituto criado, entre nós, pelo legislador processual de 1994 nada mais é do que uma hipótese de execução provisória não prevista no art. 587 do Código de Processo Civil.¹⁹⁰

Assim, uma vez dispensada a caução para se dar início à sua efetivação, estão, *a priori*, vedados os atos que possam vir a ocasionar uma situação de irreversibilidade fática em detrimento do réu. Deste modo, só será autorizado o levantamento do depósito com prestação de caução, e a alienação de domínio não é possível.

¹⁸⁹ Cândido Rangel Dinamarco. “A Reforma do Código de Processo Civil”. cit., p. 149.

¹⁹⁰ Calmon de Passos. “Inovações no Código de Processo Civil”. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 32.

No entanto, uma dúvida persiste: como deve ser interpretada a expressão “no que couber” constante do § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil?

Esclarecedoras são as palavras do processualista Humberto Theodoro Júnior a respeito da interpretação do artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil:

“b) a lei não condicionou (a ‘execução’ da tutela antecipada) à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contracautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC, analogicamente aplicável à tutela antecipada”.¹⁹¹

Ao nosso ver, na esteira de nosso entendimento, bem arrazoou Sidnei Beneti, que:

“Essa locução ‘no que couber’ é a marca de solução de compromisso permanente com a simplificação e agilização. Nos casos em que a execução provisória, mormente no que diz respeito à execução por quantia certa, vier a significar risco de prejuízo de difícil e complicada reparação, caberá o rigor na exigência de caução (CPC, art. 273, II) em forma de fácil liberação, como a caução em dinheiro ou a bancária. Também nem sempre se perderão os efeitos da antecipação de tutela, no caso de superveniência de sentença ‘que modifique ou anule o que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior’(CPC, art. 588, III) e encontrando-se outra forma de recomposição, nos casos em que não couber”.¹⁹²

Assim é que se deve interpretar a norma em questão, pois, essa versatilidade que o juiz deve extrair de referido dispositivo legal, a cada caso concreto que se apresenta para julgamento da expressão “no que couber” é que garante a eficácia processual e a dinâmica da execução provisória que propugnamos no presente trabalho.

Isto porque, conforme brilhantemente dissertou o professor Cassio Sacarpinella Bueno:

“... a *ratio* da tutela antecipada é a de reservar ao seu beneficiário uma pronta realização do direito que lhe é reconhecido é que a execução provisória que com a

¹⁹¹ Humberto Theodoro Júnior. “Tutela Antecipada”. In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 198.

¹⁹² Sidnei Beneti. “A Reforma Processual Alemã de 1976 e a Interpretação da Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro”. In, Reforma de Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 881.

tutela antecipada tem início não está sujeita a ‘embargos’, sob pena de, mercê de sua interposição, a efetividade da medida ser suscetível de ser suspensa (CPC, art. 739, § 1º), tornando-se inócua sua própria finalidade”.¹⁹³

Assim, conforme disse Marinoni, as eventuais defesas que o executado pretender opor à efetivação da decisão antecipatória deverão ser formuladas nos mesmos autos em que se efetiva a antecipação de tutela, contrastando-se as respectivas decisões jurisdicionais por intermédio de recursos de agravo de instrumento. Portanto, esses recursos é que, consoante as características do caso concreto, darão ensejo à suspensão da eficácia da decisão antecipatória, nos precisos termos do artigo 558, *caput*, do Código de Processo Civil.¹⁹⁴

É exatamente neste ponto que reside a distinção entre o regime da “execução provisória” da sentença recorrida por recurso munido de efeito somente devolutivo por força de sua subtração pela tutela antecipatória, e pelas mesmas razões quando deriva essa execução do parágrafo único do art. 588 do CPC, e a execução provisória pautada na ausência de efeito suspensivo *ex lege*. Portanto, esta execução provisória permite a oposição de embargos à execução e aquelas, a *contrariu sensu*, não permitindo referida iniciativa do executado, facultando o controle dos limites da efetivação da tutela antecipada nos próprios autos da ação de conhecimento.

Defendendo a tese aqui por nós esposada, enfatizou o professor Cassio Scarpinella Bueno:

“Destarte, enquanto a execução provisória pautada nas hipóteses em que a própria lei excepciona a regra da atribuição do efeito suspensivo está sujeita à sua suspensão pela oposição dos embargos – porque consiste em antecipação dos próprios atos de execução –, a ‘execução provisória’, calcada no critério *ope iudicis* (isto é, pela antecipação de tutela quando do sentenciamento do feito ou pela sua subtração a partir da incidência do parágrafo único do art. 558 do CPC) não admite sua suspensividade pelo mero *fato objetivo* de defesa da parte contrária. Ao contrário – e em plena consonância com o critério *ope iudicis* que autorizou seu início –, essa ‘execução’ só será suspensa de plano se presentes os pressupostos do *caput* do art. 588 do Código de Processo Civil, verificáveis por intermédio de agravo de instrumento da decisão que

¹⁹³ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 350.

¹⁹⁴ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit., p. 167-169.

permite a execução.- e conclui – Pensamento diverso seria frustrar, por completo, a efetividade desse segmento ao longo do processamento dos recursos”.¹⁹⁵

E continua o mesmo autor:

“A diferença de tratamento entre as hipóteses, portanto, é justificada pela própria teologia dos institutos. A antecipação de tutela, mesmo que para fins de subtração do efeito suspensivo recursal, é concedida para a *concretização* do direito reconhecido, enquanto a execução provisória admitida pela lei é mera antecipação dos atos materiais da execução e não, *necessariamente*, da satisfação desse direito”.¹⁹⁶

Vale a pena trazer à colação, neste momento, as brilhantes considerações feitas pelo jovem processualista Luiz Guilherme Marinoni a respeito do tema em debate:

“Se a tutela antecipatória é requerida e negada, também cabe agravo de instrumento. Nesse caso, como é evidente, a parte prejudicada pode requerer ao relator a concessão da tutela antecipatória indeferida pelo juiz. O fato de o legislador ter dado ao relator apenas a possibilidade de conferir efeito suspensivo ao agravo não pode retirar do jurisdicionado o direito de exigir tempestivamente a tutela antecipatória indevidamente negada pelo juiz de primeiro grau de jurisdição. É bom lembrar o óbvio: o juiz pode causar dano não só quando concede a tutela, mas principalmente quando nega”.¹⁹⁷

Pois bem, se o autor tem direito à tutela antecipatória porque não pode esperar o tempo do processo, ele não pode suportar o tempo necessário ao processamento do agravo, pois, na esteira da visão instrumentalista do processo, onde se busca a efetividade e a tempestividade do provimento jurisdicional, sabe-se que a demora do processamento do agravo é completamente incompatível com a urgência que se supõe existente para legitimar o próprio pedido de tutela antecipatória.

Além do mais, o próprio princípio constitucional da efetividade, que é linha mestra da reforma, é garantia do direito à tempestividade da tutela antecipatória indevidamente negada pelo julgador de primeiro grau. A parte tem o direito de requerer a tutela antecipatória ao

¹⁹⁵ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 350/351.

¹⁹⁶ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 351.

¹⁹⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação da Tutela”. cit. p. 168.

relator porque tem direito à ela, e porque essa, como é salutar, somente é efetiva quando é tempestiva.

CAPÍTULO 7 – ASPECTOS POLÊMICOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA FACE AO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

7.1 – A Execução Provisória da Sentença e a Antecipação de Tutela – A Incoerência do Atual Código de Processo Civil e a Necessidade de Reforma

Conforme escrevemos linhas atrás, quando estudamos a execução provisória e seus aspectos (itens 8.3 e seguintes), tentamos demonstrar com o apoio da doutrina, que a atual disciplina da execução provisória precisa ser remodelada, principalmente depois da reforma processual de 1994, com o advento do instituto da antecipação de tutela. Ora, se o objeto da antecipação é a tutela, tratando-se de sentença condenatória, a antecipação não pode se restringir apenas aos atos de execução; é preciso antecipar o próprio resultado, porque ele é que propicia a tutela de forma efetiva.

Se a sentença do juiz de primeiro grau fosse dotada de executividade imediata, seria completamente desnecessária a tutela antecipatória final e, de certa forma, estaria praticamente eliminada a problemática do abuso do direito de recorrer.

Em verdade, um sistema que possibilita a antecipação dos efeitos da sentença de mérito e que não admite a “execução imediata” da sentença (execução provisória), pelo menos nos casos em que se admite a antecipação de tutela, é, no mínimo, contraditório.

Ora, se é possível antecipar os efeitos da sentença, mediante cognição sumária, não há razão para não se admitir a antecipação, através de “execução imediata” da sentença e de cognição exauriente, dos mesmos efeitos.

Quando ainda se debatia sobre o anteprojeto da antecipação de tutela, Luiz Guilherme Marinoni já alertava para a necessidade da instituição da execução provisória da sentença como regra (o que este autor denomina de “execução imediata” da sentença) proclamando o seguinte:

“Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou quando não houver a necessidade de produção de provas, o julgamento antecipado do mérito poderia encontrar efetividade se fosse viável a ‘execução provisória’ da sentença fora dos casos previstos no art. 520. *Ora, se é possível ‘execução provisória’ nas hipóteses dos incs. Do art. 273, com maior razão deveria ser possível a execução provisória da sentença fundada nos mesmos motivos expostos nos referidos incisos. Fica a sugestão*”.¹⁹⁸

Portanto, para esse jurista, nesta segunda etapa de reforma do Código de Processo Civil, deve ser instituída a execução provisória da sentença como regra, ou seja, que mesmo nos casos em que o atual Código dê efeito suspensivo ao recurso, seja permitida a execução provisória da sentença, e que, também, seja contornado o obstáculo constante no art. 588, inciso II, do mesmo diploma legal, ou seja, a proibição da alienação do domínio na pendência de recurso, sob pena de a introdução da execução imediata da sentença não surtir o efeito esperado, pois o processo continuaria a beneficiar o réu que não tem razão. Isso, – diz Marinoni – não se trata apenas de privilegiar o autor em detrimento do réu, mas de estabelecer regra que prestigiará a isonomia das partes no processo.¹⁹⁹

Para tanto, cremos que, a “execução imediata da sentença”, poderá ser suspensa a partir de requerimento, devidamente fundamentado, quando presentes relevantes motivos, não se excluindo também a possibilidade de ser exigida caução.

De que se trata os relevantes motivos que autorizariam o juiz “suspender” a execução provisória a partir de requerimento devidamente fundamentado da parte?

Primeiramente, cumpre-nos observar que, referida suspensão da execução provisória (ou execução imediata da sentença, como diz Marinoni) deve depender de requerimento devidamente fundamentado da parte e pode ser concedida tanto pelo juiz de primeiro grau como pelo Tribunal.

Para tanto, analisando o conflito existente entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional – *in casu*, direito à “execução imediata” da sentença – e o direito à cognição definitiva – direito à suspensão da “execução imediata” – mister se faz que sejam consideradas a probabilidade de êxito do recurso interposto e a relação entre o dano que pode ser interposto

¹⁹⁸ Luiz Guilherme Marinoni. “Novidades sobre a Tutela Antecipatória”, Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.69, p.69.

¹⁹⁹ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 196-197.

ao réu pela “execução imediata” e o dano que pode ser causado ao autor pela ausência desta execução.

Ora, impedir a “execução imediata” da sentença ao autor que já teve seu direito reconhecido por esta, tendo sido exauriente e plena a cognição, ao menos nos casos em que a antecipação de tutela é permitida, ou, nos casos em que seja possível a “subtração” do efeito suspensivo do recurso (efeito suspensivo “ativo”) pela aplicação do parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, seria um manifesto contra-senso e uma afronta às ideologias do moderno Processo Civil.

Ainda que a sentença não tenha transitado em julgado, deve ser considerada justa e legítima, sob pena de se desprestigiar o juiz de primeiro grau, de modo que sua execução não deveria ser obstada em razão de qualquer recurso ou de qualquer dano que possa ser provocado ao réu, pois o dano provocado pela excessiva demora do processo, como dito alhures, prejudica unicamente o autor.

Assim, para a “suspensão” da execução mister se faz que, conforme propõe Marinoni: a) haja um risco de dano não justificável em face do dano que pode ser imposto ao autor; b) que o recurso interposto pelo réu possa ter êxito.²⁰⁰

Esclarece o processualista paranaense:

“O dano pode ser classificado quanto à sua qualidade e quantidade. No que diz respeito à qualidade, entra em jogo o valor do bem jurídico tutelado e o valor do bem jurídico ameaçado pela ‘execução imediata’. A sentença pode, por exemplo, ter condenado o réu a pagar uma soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito.

Quanto à quantidade, é importante lembrar, por exemplo, o valor do dano econômico que pode ser gerado pela suspensão da execução imediata da sentença que, reconhecendo a concorrência desleal, ordena que o réu se abstenha de prosseguir exercendo uma determinada atividade, Na hipótese de desvio de clientela, quanto maior é a demora maior é a dificuldade de quantificação do dano e maior é o prejuízo, já que os clientes são desviados à medida em que o tempo passa.”²⁰¹

²⁰⁰ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 203.

²⁰¹ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 203.

Deste modo, não é porque o autor poderá obter, ao final do processo, o bem da vida que persegue, que será desnecessária a “execução imediata” da sentença, pois, analisando o dano que poderá vir a ser causado ao autor, não importa se é certo que ele poderá obter, futuramente, o que postula, uma vez que não se trata de tutela cautelar.

O que se precisa detidamente examinar é o dano que a própria falta de execução imediata pode vir a gerar. Ressalte-se que, v.g., a imobilização do patrimônio ou do capital, por mais um ou dois anos, até que se aguarde o processamento do recurso, sem sombra de dúvidas causará prejuízo ao autor que tem razão, notadamente ao autor pobre, que não pode, sem dano grave, esperar por uma justiça lenta.

Cumpre-nos agora analisar se o dano a ser imposto ao réu justifica a “suspensão da execução” em face do dano que pode vir a ser causado ao autor.

Não deve ser excluída a possibilidade de ser exigida a prestação de caução, se o dano que pode ser causado ao autor justifica o risco de uma “execução infundada”. No entanto, nestes casos, o autor menos favorecido não deve ser penalizado pelo simples fato de não ter condições econômicas para prestar a caução. Aliás, não se deve considerar que o “menos favorecido” só é aquele que necessita de assistência judiciária.

Definir “menos favorecido”, diante das várias situações concretas que podem ocorrer em juízo, é tarefa impossível. O tema da execução imediata, assim como o da tutela antecipatória, é impróprio às generalizações, tão caras à doutrina que costuma tratar do direito a partir da metodologia das ciências experimentais.²⁰²

Portanto, o dano que pode ser imposto pela ausência de execução imediata da sentença pode dispensar o autor que não possui condição econômica favorável para a prestação da caução. Lembre-se, por exemplo, do caso da execução imediata da sentença que condena ao pagamento de alimentos (CPC, art. 520, inciso II). A jurisprudência, nesta hipótese, dispensa o autor da prestação de caução, conforme se denota do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde foi Relator o Desembargador Yussef Said Cahali: “Caução – Execução

²⁰² A propósito, ver Olvídio Baptista da Silva. “Jurisdição e Execução”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 192 *et seq.*

provisória – Alimentos – Inexigibilidade – Instituto que por sua natureza é incompatível com a condição de quem necessita de alimentos – Recurso não provido”.²⁰³

Deve-se considerar também, no caso de sentença que condena o pagamento de soma em dinheiro, a natureza do crédito em disputa, conforme esclareceu Luiz Guilherme Marinoni:

“Nos casos de direito de crédito com função não patrimonial, isto é, nas hipóteses em que o direito de crédito é imprescindível à tutela de um direito fundamental – como por exemplo, o direito à saúde -, não há como se impor restrições à execução da sentença condenatória, vedando-se a expropriação do bem penhorado ou exigindo-se a caução para o levantamento do dinheiro”.²⁰⁴

E mais adiante o mesmo autor continua:

“Aliás, vale a pena indagar o que acontecerá se não for possível a alienação do bem penhorado em favor daquele que necessita da soma em dinheiro. A resposta é óbvia: as vítimas de atos ilícitos continuarão abrindo mão de parcela dos seus direitos, sem transações imorais, por não poderem suportar a lentidão do processo”.²⁰⁵

E em outra obra o mesmo jurista tece severas críticas ao atual sistema processual, enfatizando o seguinte:

“Parece que o processualista brasileiro ainda não enxergou que a demora não pode ser suportada pelos economicamente mais fracos ou por aqueles que se encontram em uma posição desfavorável, como é o caso da vítima de ato ilícito. A ideologia da ordinariedade, portanto, que ainda é a ideologia da busca da verdade, é de certa forma comprometida com os interesses daqueles que se valem da justiça civil para a obtenção de vantagens indevidas!”²⁰⁶

Ipsa facto, a execução da sentença que condena ao pagamento de um valor, que tem por fim tutelar um direito que é conexo ao direito de crédito, *v.g.*, direito à saúde, não pode ser

²⁰³ TJSP, 3ª Câmara Cível, AI 76.464-1, Rel. Des. Yussef Said Cahali, v. u., *In* RJTJSP, v. 107, p. 246/247.

²⁰⁴ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação de Tutela na Reforma do Código de Processo Civil”. cit. p. 94.

²⁰⁵ Luiz Guilherme Marinoni. “A Antecipação de Tutela na Reforma do Código de Processo Civil”. cit. p. 100.

²⁰⁶ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 205-206.

suspensa, pois não está em jogo, neste caso, a segurança do juízo ou a segurança do direito de crédito. A finalidade desta execução não é acautelar o direito de crédito, mas a de tutelar o direito que somente através da realização do direito de crédito pode ser adequadamente garantido. Assim, nestes casos, a simples penhora torna-se quase que inócua.

Por essa e outras razões, salta aos olhos a deficiência do atual sistema da execução provisória no atual Código de Processo Civil, não precisando ter sequer conhecimentos técnicos para se perceber que, conforme dizem os leigos, “o sujeito ganha mais não leva”, de forma que, de nada adianta possuir o autor uma sentença condenatória em mãos e não podê-la transformar em dinheiro para satisfazer sua pretensão, porque o simplesmente o réu interpôs recurso.

Daí, como é cediço no cotidiano, o sujeito que se torna devedor contumaz, dissipa seu patrimônio sabendo da morosidade da justiça, recorre da decisão que o condenou, de modo que o credor fica completamente desamparado. Estas e outras situações servem até de desestímulo para aqueles que possuem algum crédito a receber, a bater às portas do judiciário, principalmente se a pessoa é “desfavorecida” de recursos financeiros e este crédito deriva de um ato ilícito de devedor, por exemplo, um acidente de trânsito o qual este último tenha dado causa.

E é isso justamente o que se quer evitar: a excessiva proteção ao devedor que no mais das vezes não tem razão alguma, pelo contrário, conforme diz o adágio popular, “devo e não nego; pago quando puder e se quiser”. E isto, como se pode ver, constitui um imenso desprestígio da própria justiça, extravasando portanto o simples plano processual, que não oferece meios aptos a tutelar de forma efetiva e tempestiva o direito do jurisdicionado, que vê no Poder Judiciário, a última porta a bater para socorrer-lhe.

Portanto, voltamos a dizer, torna-se urgente a necessidade de reformulação do atual sistema da execução provisória prevista no Código de Processo Civil. Isto porque, se o autor já teve seu direito declarado, não pode ser prejudicado pelo tempo do recurso que serve unicamente ao réu, conforme lembra Luiz Guilherme Marinoni.²⁰⁷

²⁰⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 182 *et seq.*

Pois bem, se o juiz afirma que o direito existe, não se torna lógico obrigar o autor a suportar o ônus do tempo do processamento do recurso. O argumento que se utilizam alguns para se vedar a “execução imediata” da sentença é o de que o tribunal pode reformá-la. E argumenta Marinoni que, curiosamente ninguém se preocupa com o fato de que o tribunal também poder reformar a sentença que implicou na revogação da medida cautelar e que, “neste caso, o autor, ainda que com razão, pode ser prejudicado pelo processo”.²⁰⁸

Conforme já asseveramos no início do presente trabalho, que o processo, mesmo que atribua o bem da vida buscado pelo autor, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, na maioria das vezes, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar em posse do réu.

Assim afirmou Marinoni:

“O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente no seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isto que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão”.²⁰⁹

O autor que tem razão e necessita com certa urgência do bem da vida por ele perseguido já é prejudicado pelo tempo do processo no primeiro grau. Um sistema processual que não admite a execução da sentença na pendência de recurso causa dano ao autor em dobro, ao passo que o sistema que a permite pode causar prejuízo ao réu. Destarte, não possibilitar a execução imediata da sentença é o mesmo que dizer que o autor pode ser prejudicado e que o réu sequer pode ser exposto a riscos.

Em contraposição ao direito do autor à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva está o direito do réu à cognição definitiva, que deve ser solucionado, conforme já é na antecipação da tutela, pela evidência do direito do autor, de modo que se o juiz após a dilação probatória

²⁰⁸ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 183.

²⁰⁹ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 183.

normal (fase instrutória), se encontra em condições de proferir a sentença. uma vez declarada a existência do direito do autor, não há qualquer razão para o autor ser obrigado a suportar o tempo no processo, pois a sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo, e, para que o processo se torne efetivo e a função do magistrado de primeiro grau seja valorizada, deve possibilitar a concreta realização do direito das pessoas.

Além do mais, o recurso contra a decisão condenatória, serve unicamente para o réu demonstrar o equívoco da tarefa do juiz, de modo que, por razões óbvias, deve ser o próprio réu que não se conforma com tal decisão, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto.

Assim, concluímos com Luiz Guilherme Marinoni, que reportando-se ao autor italiano Carlo Furno, assim afirmou:

“Lembre-se, porém, que uma sistema que admite a execução imediata da sentença como regra deve abrir oportunidade para o juiz, ou mesmo tribunal, obstar ou suspender a execução imediata em vista de situações particulares e especiais. O sistema processual, assim, estará oferecendo – na terminologia de Carlo Furno – os ‘pesos e contrapesos’ necessários para que os diferentes casos concretos possam ser adequadamente tutelados”.²¹⁰

Acreditamos que, não se trata de retirar as garantias do réu à cognição definitiva e, portanto, ao duplo grau de jurisdição; mas ao possibilitar a execução imediata da sentença, o sistema nada mais estará fazendo do que possibilitando a antecipação dos efeitos da própria tutela pretendida pelo autor. E aí se tem o absurdo: se até mesmo com base em cognição sumária, vale dizer, antes mesmo de o juiz estar apto a proferir uma decisão definitiva – sentença de mérito – pode, uma vez presentes os pressupostos legais, se antecipar a tutela, por que razão não poderia fazê-lo em sede de processo de execução, somente porque o réu recorreu?

Abre-se, no atual sistema do Código de Processo Civil, oportunidade para que, na esteira do que já escrevemos quando tratamos da antecipação de tutela como meio de iniciar a execução provisória da sentença, oportunidade para que a tutela seja antecipada. Ou então,

conforme também já sustentamos ao comentar o art. 558, parágrafo único do Código de Processo Civil, surge a possibilidade de se “subtrair” o efeito suspensivo do recurso de apelação (o denominado “efeito suspensivo ativo”), dando ensejo a execução provisória da sentença.

O melhor não seria recorrer a estas soluções à míngua de disposição legal expressa a respeito. O ideal seria alterar a dinâmica da ausência do efeito suspensivo do recurso de apelação a fim de retirá-lo como sendo regra, colocando-o como exceção, sempre que o caso concreto recomendar, assim como é no agravo (CPC, art. 558, *caput*). Assim, se viabilizaria a execução imediata da sentença em um número muito maior de casos, tornando a tutela jurisdicional muito mais efetiva e tempestiva.

Luiz Guilherme Marinoni, apresenta ainda como justificativa de se tornar regra a execução imediata da sentença (execução provisória), a necessidade de se evitar o abuso do direito de recorrer, dizendo o seguinte:

“A execução imediata da sentença, de fato, é imprescindível para a realização do direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional. A regra da execução imediata da sentença, equilibrada pela possibilidade de suspensão da execução, encontra seu fundamento na necessidade de conciliar segurança, derivada do direito ao recurso, com a tempestividade da tutela jurisdicional, necessária para a realização concreta do direito de ação, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República”.²¹¹

Assim já era na Itália, antes da recente reforma do Código de Processo Civil, onde o art. 282 abria ampla margem para a “execução provisória da sentença”. Porém, com a reforma do Código italiano, a execução imediata da sentença passou a ser regra, lembra Marinoni que assim comentou referido dispositivo da legislação italiana:

“Esta norma do CPC italiano quer dizer que todas as sentenças do juiz de primeiro grau nasce, dotadas de executividade imediata. O legislador italiano também deu nova

²¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 184-185.

²¹¹ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 185.

redação ao art. 283, admitindo a suspensão – pelo tribunal e mediante requerimento da parte -, no caso de graves motivos, da eficácia executiva ou da execução da sentença, no todo ou em parte. (...) A inovação, de acordo com a intenção do legislador da reforma italiana, visa a restituir a importância do juiz de primeiro grau e desestimular os recursos meramente protelatórios”.²¹²

Verdade é que, se o bem pretendido pelo autor é conservado na esfera juríco-patrimonial do réu durante o curso do processo, quanto maior for a sua demora maior será o benefício do réu que não possui razão, de modo que se trona evidente que, ainda que sem razão, o réu será tentado a interpor recurso apenas para procrastinar o processo e aumentar-lhe o benefício. Eis o motivo pelo qual o legislador deve intervir para coibir o abuso do direito de recorrer.

A modificação na dinâmica recursal da apelação e a instituição da execução imediata da sentença como regra, se tornará muito mais efetiva do que a simples condenação por litigância de má-fé, ou mesmo que o indeferimento do próprio recurso (CPC, art. 557) ou que a antecipação de tutela fundada em recurso meramente protelatório (CPC, art. 273, inciso II).

Assim, a execução imediata da sentença, ao possibilitar a pronta realização do direito do autor, no dizer de Marinoni, “desestimula o recurso meramente protelatório, que não tem mais condições de manter o bem disputado no patrimônio do réu durante o tempo necessário para o seu processamento”.²¹³

Conforme demonstramos alhures, salta aos olhos a necessidade de reforma no atual sistema processual, tanto que a doutrina já tem apresentado propostas de alterações de alguns artigos do Código de Processo Civil.²¹⁴

Passaremos então à análise dessas propostas no item que segue.

²¹² Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 185-186.

²¹³ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 187.

²¹⁴ A propósito ver: Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 225 e segs. Também comentando as modificações propostas para os arts. 273, § 3º, 496, 520 e 588 do CPC, Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., p.375 e segs.

7.2 – A Reforma do Código de Processo Civil: As Modificações Propostas

7.2.1 – As Alterações Propostas para o Artigo 520 do Código de Processo Civil

Foi colocado em discussão pela Comissão responsável pelas mais recentes reformas e modificações do Código de Processo Civil perante a comunidade jurídica, novas propostas de alterações, consubstanciadas em soluções para as dúvidas que as leis de 1994 e 1995 têm originado em doutrina e jurisprudência, com a finalidade de se avançar um pouco mais na construção de um processo civil efetivo e tempestivo.^{215 216}

Dentre as propostas de modificações, encontra-se a do artigo 520 do Código de Processo Civil.

A nova redação que está sendo proposta para esse dispositivo é a seguinte:

“Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475)²¹⁷ .

²¹⁵ A premissa em que se fundamentam as novas propostas de reformas que vêm sendo divulgadas à comunidade jurídica nacional: “Convertidos em lei (10) dos anteprojetos elaborados, estando o 11º (‘uniformização de jurisprudência nas demandas múltiplas’- PL 3.804-A) sustado em sua tramitação em face da anunciada reforma constitucional, que poderá torná-lo prejudicado, entendemos chegado o momento, como previsto, de dar seqüência à reforma da legislação processual civil, em sua 2ª etapa, sem aqodamento e com ampla e democrática participação da comunidade jurídica. Neste sentido, como primeiro passo, preparamos o ‘esboço’ anexo, no qual são feitos alguns ajustes, que nos pareceram convenientes até mesmo sob o prisma interpretativo, e formulamos mais alguns avanços na mudança do nosso tão criticado sistema recursal”. Em artigo sobre o tema (“a Nova Etapa da Reforma Processual”, Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, nº 52, p.8, 1996, também publicado no v. 83 da Revista de Processo, p. 192, 2ª coluna), Sálvio de Figueiredo Teixeira escreve que as mudanças do sistema recursal são previstas “enquanto não ocorre a reforma constitucional”.

²¹⁶ O texto completo desse anteprojeto foi apresentado nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, evento realizado em Brasília, Distrito Federal, no mês de agosto de 1997. A propósito: ver “O 12º Anteprojeto”, de Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, Revista de Processo, 90/36-45.

²¹⁷ Esse dispositivo também teve proposta de alteração de sua atual redação, passando a ser a seguinte: “Art. 475. ... I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, as autarquias e as fundações de direito público; II – que julgar procedentes os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI),. § 1º [ao que tudo indica reproduz o atual parágrafo único]. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo às sentenças que imponham condenação em valor inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, ou de procedência dos embargos na execução da dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em súmula ou jurisprudência firme no tribunal de destino ou tribunal superior”. A

Parágrafo único. Havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação, poderá o juiz, a requerimento do apelante, atribuir à apelação, total ou parcialmente, também o efeito suspensivo [em decisão irrecurável]²¹⁸.

O que é proposto, portanto, é a extinção da regra prevista no atual Código de Processo Civil, de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, facultando, mesmo durante o desenvolvimento e processamento da via recursal, a execução provisória da sentença. Somente naqueles casos de ações sujeitas ao duplo grau de jurisdição e relativas ao estado e capacidade das pessoas (porque nestas a sentença somente pode produzir efeitos após o trânsito em julgado) é que prevalece a atual regra da atribuição do efeito suspensivo, desde que se entenda, evidentemente, que ao reexame necessário seja ínsita a concepção de efeito suspensivo.

Para os demais casos, somente será atribuído efeito suspensivo à apelação interposta, se demonstrado “perigo de lesão grave e de difícil reparação” e da relevância da fundamentação a ser apurada a pedido do apelante, pelo juiz.

A nova redação do dispositivo em questão retrata a incorporação, no direito positivo brasileiro, de uma inafastável tendência de efetividade do sistema jurisdicional de primeiro grau de jurisdição, no mesmo passo em que se supera a “incongruência” de ser atribuída maior eficácia a uma decisão interlocutória (decisão que concede a tutela antecipatória) do que de uma sentença proferida após amplo contraditório (de cognição exauriente, portanto).

Referida alteração veio atender uma necessidade que a muito tem sido reivindicada. O professor Cândido Rangel Dinamarco, em trabalho crítico sobre as propostas de alteração que o Anteprojeto de Alfredo Buzaid pretendia fazer ao Código de Processo Civil de 1939, propondo a seguinte redação para o parágrafo único do então artigo 569, que acabou sendo, no atual CPC, o art. 520:

“Parágrafo único. Fora dos casos previstos neste artigo, poderá ser excluído o efeito suspensivo da apelação se for provável que o retardo no cumprimento da sentença trará

propósito: ver “O 12º Anteprojeto”, de Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, Revista de Processo, 90/36-45.

²¹⁸ O trecho em colchetes aparece em algumas versões anteriores do anteprojeto, mas não na versão publicada na Revista de Processo, v. 90, apresentada nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil.

ao autor um prejuízo dificilmente reparável ou determinável; poderá também ser dado aquele efeito à apelação de sentença prevista no presente artigo, se o cumprimento desta puder causar dano irreparável ao réu e a espera não for excepcionalmente gravosa para o autor”.²¹⁹

Assim, somente após vinte e cinco anos de vigência do Código de Processo Civil e décadas de utilização do mandado de segurança contra ato judicial sendo a maior prova de que o sistema recursal brasileiro necessitava urgentemente de uma reformulação para atender aos anseios dos jurisdicionados, e, mesmo, somente depois da introdução da antecipação de tutela no sistema processual é que se vislumbra a possibilidade de ver estirpada a atual regra constante do *caput* do art. 520 do atual Estatuto Processual Civil e prestigiar, embora coercitivamente, as decisões de primeiro grau de jurisdição.

Conforme já expomos ao longo do presente trabalho, à partir de uma leitura sistemática que se faça do sistema processual reformado, concluí-se que é perfeitamente possível de ser concretizada a nova redação proposta ao art. 520 do Código de Processo Civil.

Adota-se assim, conforme já dissemos anteriormente, o que a doutrina italiana chama de critério *ope juducis* de atribuição de feito suspensivo ao recurso. O professor Cassio Scarpinella Bueno chama de “critério casuístico” de sua atribuição, vez que exige a análise concreta, pelo juiz, das circunstâncias e especificidades de cada caso concreto “para só conceder o efeito suspensivo negado *a priori* pela lei à manifestação recursal que lhe é apresentada”.²²⁰

Deste modo, assim como ocorreu na Itália, o que se propõe para o direito processual civil brasileiro é a extinção de recursos de apelação munidos de efeito suspensivo como regra, na busca de maior efetividade às decisões de primeiro grau.

Essa maior efetividade das decisões de primeiro grau é conseqüência da admissão genérica pelo ordenamento jurídico pátrio, do instituto da antecipação de tutela, tanto que a suspensão dessa eficácia só se dará naquelas hipóteses em que, relevante a fundamentação, de sua execução “possa resultar lesão grave ou de difícil reparação”, excetuadas apenas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas e àquelas sujeitas ao duplo grau de jurisdição.

²¹⁹ Cândido Rangel Dinamarco. “Execução Provisória”. *Justitia*. São Paulo: Serviço de Documentação do Ministério Público, 1970. 68/11-38

²²⁰ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 378.

Não resta mais dúvida, portanto, que a “regra” do duplo efeito da apelação no sistema processual brasileiro não vigera mais.

Como, a propósito, bem enfatiza o ilustre processualista Barbosa Moreira:

“Está em marcha, visivelmente, processo evolutivo, que talvez acabe por transformar a exceção em regra, e vice-versa: ou, em possível alternativa, deixe ao órgão judicial resolver sobre a suspensão ou não dos efeitos da sentença – sentido que aponta a nova redação dada ao art. 558, parágrafo único, pela Lei n. 9.139/95. Privar a apelação do efeito suspensivo, *sic et simpliciter*, teria para o vencedor em primeiro grau a óbvia vantagem de tornar mais pronta a satisfação; por outro lado, aumentaria o risco de causar ao vencido detrimento que se mostrará injusto, se depois se viera verificar o que o júzo *a quo* decidira mal”.²²¹

Ao comentar a proposta de alteração do artigo 520 do Código de Processo Civil, Cassio Scarpinella Bueno assim lançou seus ensinamentos:

“À luz do texto proposto para o parágrafo único do art. 520, em sendo demonstrado os pressupostos fáticos ensejadores da suspensão da executividade da decisão de primeiro grau de jurisdição, não há dúvidas de que, desde já, é o juiz monocrático o competente para atribuir efeito suspensivo à tramitação do recurso de apelação. Entendemos, todavia, que, os autos estejam no tribunal, pedido nesse sentido pode ser dirigido ao relator do feito, quando, então, a ‘execução provisória’ da sentença será sustada. Tal e qual, hoje, já identificamos no sistema processual modificado pela Lei n. 9.139/95, para o parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil”.²²²

Insta salientar ainda que, o efeito suspensivo ao recurso de apelação pode ser concedido parcialmente, de acordo com o que já acentuamos e com a nova redação proposta para o art. 520, da mesma maneira com o que ocorre com a antecipação de tutela (CPC, art. 273, *caput*).

Luiz Guilherme Marinoni, propõe a seguinte redação para o artigo 520 do Código de Processo Civil:

²²¹ José Carlos Barbosa Moreira. “Comentários ao Código de Processo Civil”. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 465.

²²² Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 382.

“Art. 520. Excetuadas as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo.

§ 1º Mediante requerimento da parte, e desde que presentes relevantes motivos, o recurso poderá ser recebido no efeito suspensivo para impedir a execução da sentença na sua totalidade ou em parte.

§ 2º Depois de recebido o recurso no efeito apenas devolutivo, e mediante os mesmos pressupostos do parágrafo anterior, poderá ser suspensa, total ou parcialmente, a eficácia da sentença ou a execução já iniciada”.²²³

Nota-se portanto, que a redação apresentada por esse autor ao *caput* do art. 520, é quase que idêntica a do anteprojeto supra mencionado. Possui no entanto significativa diferença: no anteprojeto, a norma faz referência às “causas sujeitas ao duplo grau de jurisdição”²²⁴, que também deverão ensejar o recebimento do recurso em ambos os efeitos. A razão para não deixar de fora estas causas deriva da própria lei (CPC, art. 475) ao duplo grau de jurisdição, e, por se tratar de matéria de ordem pública, quis o legislador cercar de maior cautela referidas hipóteses. No entanto, preferimos a proposta do nobre jurista precitado, de modo a excluir também nestas causas, o efeito suspensivo do recurso de apelação.

No mais, o autor paranaense traz os mesmos elementos que o anteprojeto, com a diferença de que divide suas idéias em dois parágrafos, enquanto o anteprojeto traz apenas um parágrafo único, e que, o autor faz referência apenas aos relevantes motivos, ao passo que a outra proposta exige, semelhante ao que se exige para a antecipação de tutela (art. 273 do CPC) e para a concessão de efeito suspensivo ao agravo (art. 558, do CPC), “perigo de lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação”, o que, *data venia*, nos parece ser mais intelegível e mais completo, além do fato de que a doutrina e a jurisprudência já estarem familiarizadas com referidas expressões, posto que, como já dito, já integram outros dispositivos de lei que estão em pleno vigor.

Defendendo ainda a mudança proposta pelo anteprojeto ora comentado, assim proclamou Cassio Scarpinella Bueno:

²²³ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 226.

²²⁴ A redação proposta por referido anteprojeto, conforma já citamos, ao artigo 520 do CPC é a seguinte: “Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475)”.

“Temos para nós que, à luz dos incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, não pode a legislação infraconstitucional negar àquele que se afirme lesionado ou ameaçado em seu direito a viabilidade de contraste judicial de sua pretensão. Cada caso concreto precisará ser examinado para que seja constatado se, efetivamente, estavam presentes, na espécie, aqueles elementos que legitimam (ou legitimaram) a concessão do efeito suspensivo ao recurso de apelação. Precisamente por não se tratar de hipótese de *discrecionabilidade* judicial – mas ato de *concretização* do direito à luz das características e especificidades de cada caso concreto -, correlata a noção e possibilidade de contraste (de recurso) do ato do juízo de interposição do recurso de apelação (atribuição de efeito suspensivo) pela superior instância, em tempo hábil para se evitar, eventualmente, dano maior do que aquele que se propõe o legislador mais recente a assumir expressamente.

Como já referimos anteriormente, esse reexame – que, frisamos, não pode ser afastado preempitoriamente no texto da lei – deve comportar reexame não só pelo próprio juiz por meio do parágrafo único do art. 518 do Código de Processo Civil, mas, também, pelo recurso de agravo de instrumento, em que se pese a literalidade do art. 523, § 4º, do mesmo Código (na redação dada pela Lei n. 9.139/95, mantida, *no particular*, no anteprojeto em exame ...).²²⁵

Portanto, diante do texto do anteprojeto apresentado nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, atribuído efeito suspensivo ao recurso de apelação, ao arrepio das circunstâncias fáticas correntes, o gravame experimentado pelo apelado (inibição do início da execução provisória da sentença) poderá ser contrastado, de plano, pelo tribunal competente, mercê da interposição de agravo de instrumento, que, uma vez presentes seus pressupostos específicos, poderá ser acompanhado do efeito suspensivo a que se refere o art. 558, *caput*, do Estatuto Processual Civil, aí, inserida.

Do mesmo modo, segundo nosso sentir, observe-se também a possibilidade de concessão do “efeito suspensivo ativo” (suspensão dos efeitos negativos do desprovimento) ou, por analogia, da antecipação de tutela recursal, é dizer, para a hipótese aqui tratada, a concessão, pelo relator do agravo (ou pelo juiz preparador, se for o caso), de provimento jurisdicional que possibilite o início imediato da execução da sentença de primeiro grau, que é o que se persegue com a impugnação recursal, o que pode fazer-se útil nas hipóteses de o juízo de recebimento do recurso, no exercício da retratação a que se refere o parágrafo único do art. 518 do Código de Processo Civil, não lhe conceder “somente” o efeito devolutivo.

Da mesma maneira, na hipótese dos autos do processo já terem sido remetidos ao Tribunal (desde que se admita que o “juiz” referido no parágrafo único do art. 520 do

anteprojeto possa ser, também, magistrado de tribunal), pode aí ser formulado, pelo apelante, desde que nesse instante surjam os elementos fáticos respectivos, o requerimento de suspensão da execução da sentença e, da mesma forma, o contraste da decisão jurisdicional que a autorizar.

Levando-se em conta essa necessidade de contraste da decisão de recebimento do recurso de apelação em um ou em ambos os efeitos, consoante as circunstâncias de cada caso concreto, a fim de permitir, como consequência, o início da execução provisória do julgado, a permanência do parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, no anteprojeto de reforma em sua redação final, acaba por assumir uma nova roupagem e importância dentro do sistema.

De fato, será esse dispositivo legal que expressará a necessidade de reexame da decisão pelo grau superior, seja por intermédio de agravo de instrumento ou seja mediante petição dirigida ao relator (ou preparador, antes da distribuição), quando os autos já estiverem no tribunal.²²⁶

7.2.2 – As Alterações Propostas para os Artigos 273, § 3º, 497 e 588, do Código de Processo Civil

Superada a questão acima debatida, passaremos a analisar outra proposta de mudança constante do mesmo anteprojeto: as alterações propostas para os artigos 497 e 588, ambos do Código de Processo Civil.

Referidos dispositivos, caso seja aprovado o anteprojeto, passarão a dispor o seguinte:

“Art. 497. Os recursos previstos no parágrafo anterior não impedem a execução da sentença (arts. 587 e 588), salvo expressa disposição em contrário”.

“Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

²²⁵ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 383.

²²⁶ A propósito, ver: José Roberto dos Santos Bedaque. “Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)”. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 350.

I – corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga a reparar os danos que o executado venha a sofrer;

II – não permite, sem prestação de caução, o levantamento de depósito em dinheiro ou prática de atos que importem a alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado;

III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que reforme, modifique ou anule a que foi objeto de execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV – eventuais danos excedentes ao valor da caução serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso II, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de tutela antecipada para atender a estado de necessidade causado por ato ilícito ou sempre que o juiz entenda plenamente justificável a dispensa”.

Por seu turno, o artigo 273 do Código de Processo Civil (mais especificamente seu § 3º, na parte que faz remissão ao artigo 588 do mesmo *codex*), também é objeto de alterações. A redação que o anteprojeto lhe propõe:

“Art. 273 (...)

§ 3º A efetivação do provimento antecipatório observará, no que couber, o disposto no art. 588”.

Levando-se em consideração que, como bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni, “...um sistema que trabalha com a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença de mérito e que não admite a execução imediata da sentença, ao menos nos casos em que a tutela antecipatória é admitida, é no mínimo contraditório”²²⁷, percebe-se que o sistema proposto para o Código de Processo Civil parece acolher bem as exigências de maior efetividade do processo.²²⁸

²²⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 179.

²²⁸ De fato, na exposição de motivos do anteprojeto de lei em comentário, essa pertinente observação do jurista paranaense é referida, nos seguintes termos: “Por força do instituto da ‘antecipação dos efeitos da tutela’ (art. 273, com a redação que dada pela Lei 8.952 de 13-12-94), o *juízo de verossimilhança*, sob cognição sumária, conduz à execução provisória do provimento antecipatório; no entanto, embora emitida com base em *juízo de certeza*, após cognição exauriente, a *sentença* de regra não conduz à execução provisória *ex vi* do efeito suspensivo de que a apelação normalmente se reveste. Cumpre, pois, adotar com urgência a medida legislativa

Com efeito, como já asseveramos no presente trabalho, é possível, face ao atual sistema adotado pelo Estatuto Processual Civil, que a execução provisória da sentença seja viabilizada a partir da antecipação de tutela da sentença recorrida, donde advém a necessidade de se estabelecer um paralelo entre as forma de execução calcadas nos incisos do art. 520 do Código de Processo Civil (na redação vigente) e aquelas provenientes da incidência do art. 273 quando do sentenciamento do feito, o que só ocorre na atualidade na visão dinâmica do direito do qual propugnamos no item 9.4.1.

Resta, portanto, inequívoco que o intuito de uniformização entre os referidos dispositivos de lei é alcançado com o anteprojeto de lei ora em análise, como ademais, é expressamente afirmado em sua exposição de motivos, segundo a qual a alteração do § 3º do art. 273 é sugerida a fim de que haja uma compatibilização entre a efetivação do provimento antecipado e as alterações sugeridas para o art. 588, concernente à execução provisória da sentença.

Temos para nós que seja de salutar importância na análise e interpretação do texto proposto para o art. 588 do Código de Processo Civil é o rompimento definitivo com a extrema rigidez e falta de flexibilidade do dispositivo ainda vigente. Mesmo porque, conforme já observamos ao comentar o art. 588 ainda em vigor, referida “rigidez” e referida “falta de flexibilidade” não obstaram a formação de quase que uníssona jurisprudência, no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se dispensar a caução em determinados casos concretos, de acordo com a casuística apresentada ao julgador. Esta orientação foi acolhida e generalizada pelo § 2º do art. 588 proposto no anteprojeto de lei.

O *caput* e o inciso I do art. 588 proposto, mantém a obrigatoriedade da responsabilidade do exequente pelos danos que, eventualmente vier causar ao executado, não sendo novidade em relação ao sistema vigente, de modo que, conforme afirmamos quando analisamos o dispositivo vigente, essa responsabilidade é objetiva e não aquiliana, independendo pois, de culpa do exequente. E se aprovado o anteprojeto, continuará sendo assim.

que possa corrigir tão grave incoerência no sistema” (v. “O 12º Anteprojeto”, Revista de Processo, cit., 90/41, 1ª coluna). De fato, é tão evidente a veracidade dessa observação quanto à necessidade de efetividade do sistema que, na versão mais recente do anteprojeto, acrescentou-se à redação sugerida ao § 3º do art. 273, constante do texto, remissão expressa aos §§ 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil (“A execução do provimento antecipatório observará, no que couber, as normas previstas nos arts. 588 e 461, §§ 4º e 5º”).

Outro aspecto a se observar é que, tanto para a “concessão” do efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 520, parágrafo único) quanto para dispensa de caução (redação proposta para o art. 588, § 2º), o critério empregado pela lei proposta deve voltar-se às peculiaridades de cada hipótese, com o intuito de harmonizar, concretamente, os valores antagônicos representados no processo.²²⁹

Essa harmonização entre os dispositivos supra citados, sem sombra de dúvidas, foi contemplada pela nova redação que se pretende dar ao art. 588. Para ratificar o que já foi dito, vale a pena trazer à colação a exposição de motivos da alteração proposta:

“Ainda em consequência da nova sistemática concernente aos efeitos dos recursos, à execução provisória será atribuída maior abrangência e eficácia, de modo a permitir que o exequente possa, normalmente sob caução, receber o bem da vida que o julgamento lhe reconheceu ou atribuiu, sabido que o atual sistema brasileiro de execução provisória se revela totalmente superado, porque despido de eficácia prática.

Também aqui a proposta apresentada ao exame do Egrégio Poder Legislativo adota parâmetros já consagrados: na Alemanha, a alienação de bens na execução provisória, é possível após prestação de caução (ZPO, § 720). O mesmo se dá no direito português, que prevê a caução para o pagamento do exequente enquanto a sentença estiver pendente de recurso (art. 47.3). No direito italiano, a execução provisória atua *ope legis* (art. 282), podendo levar à expropriação independentemente de caução.

Tendo em vista acautela os direitos dos credores menos abonados, o anteprojeto ressalva a possibilidade de execução provisória, independentemente de caução, quando for mister ‘superar estado de necessidade causado por ato ilícito’, e também em casos outros em que ao juiz pareça justificável a dispensa”.²³⁰

A própria jurisprudência tem trilhado este caminho. De fato, como já dissemos anteriormente quando tratamos especificamente dos aspectos da caução ao analisarmos o art. 588 do Código de Processo Civil com a redação atual (item 8.3.1), que existe, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, torrencial jurisprudência no sentido de se dispensar a prestação de caução, nos casos em que, longe de cumprir sua função teleológica de assegurar o

²²⁹ A propósito, ver Luiz Guilherme Marinoni, “Tutela Antecipatória, julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. cit., p. 202-207.

²³⁰ Athos de Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira. “O 12º Anteprojeto”, Revista de Processo, cit., 90/43, 1º coluna.

executado de eventuais danos que possa vir a sofrer com a execução provisória, torna-se verdadeiro obstáculo à efetivação do direito já reconhecido em favor do exequente.²³¹

Em relação a se permitir a alienação de domínio quando prestada a caução, bem observou Cassio Scarpinella Bueno:

“... o inciso II desse art. 588, ao contrário do atual, inova ao permitir a alienação de domínio *quando prestada a caução*, o que, hoje, não é admitido (ao menos do ponto de vista *estático*). Ao contrário do que se lê no vigente inciso II do art. 588, as duas situações – alienação de domínio e levantamento do dinheiro – passam a ser reguladas *indistintamente*, admitindo-se, para uma ou para outra, sua concretização (efetivação) desde que prestada a caução. Caução esta que poderá ser dispensada na forma do § 2º proposto para o dispositivo, pelo magistrado, à luz do caso concreto”.²³²

Ao nosso ver, esta modificação pretendida, ao se permitir a alienação de domínio quando prestada a caução, regulando-a sob a mesma disciplina do levantamento de soma em dinheiro, se for aprovado o anteprojeto, constituir-se-á um dos maiores avanços da pretensa reforma, solucionando o ponto mais polêmico deste instituto, conforme já asseveramos no item 8.3.2. Com efeito, pois, no superado sistema da execução provisória então vigente, que interrompe o procedimento executório após a efetivação da penhora, impedindo a prática de atos que importem em alienação de domínio, obrigando o exequente a suportar o ônus do tempo recursal, e permitindo-se, de outro lado, que o bem da vida perseguido por aquele, permaneça por mais tempo na esfera jurídica do réu.

A redação proposta para o inciso II do art. 588, evidencia a preocupação com a busca da efetividade processual.

Já o inciso III proposto, possui alguma diferença de redação com o hoje vigente, mas que não altera sua substância e finalidade. Origina-se da responsabilidade do exequente,

²³¹ A propósito: Recurso Especial n. 13.438-0/SP, 1ª Turma, rel. Min. César Rocha, *In* RSTJ 52/106, j. um. 7-6-93; Recurso Especial n. 13.438-0/SP, 1ª Turma, rel. Min. César Rocha, *In* RSTJ 52/109, j. um. 7-6-93; Recurso Especial n. 63.097/SP, Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Demócrito Reinaldo, *In* RSTJ 89/81, j. un. 3-6-96. Também no Repertório IOB de Jurisprudência, v. 15, 1996, n. 3/12276, p. 268; Recurso Especial n. 37.008-6/SP, 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. min. Pedro Aciole, *In* RSTJ 62/335, j. um. 21-9-93. No mesmo sentido quanto à inexigibilidade de caução, v. Recurso Especial n. 29.716-7/SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. um. 30-8-93, Repertório IOB de Jurisprudência, v. 21, 1993, n. 3/8963, p. 404.

fincada no inciso I do mesmo dispositivo, em sobrevindo “reforma”, “modificação” ou “anulação” da decisão executada provisoriamente, o exequente deverá ressarcir os danos causados ao executado da forma mais completa possível, ou nos próprios termos do dispositivo em análise, “restituindo-se as partes ao estado anterior”.

Refere-se o inciso III do citado dispositivo, ao mencionar essas hipóteses de alteração do título executivo judicial, em “sentença” que a “reformar”, “modifique” ou a “anule”, incidindo, pois, no mesmo erro constante da redação atual do dispositivo. Como é cediço, se houve recurso, é o tribunal que deve examinar a matéria impugnada (trata-se de consequência do efeito devolutivo inerente a qualquer dos recursos), e, a decisão proferida pelo tribunal denomina-se “acórdão” e não sentença.

Também digna de elogios é o inciso IV que se propõe ao art. 588, complementando lacuna existente no atual Código de Processo Civil, inserindo dispositivo que autoriza a liquidação de danos que excederem o valor da caução no mesmo processo, afinando-se com o princípio da economia dos atos processuais

O § 1º proposto nada mais é do que a renumeração do atual parágrafo único do art. 588, do Código de Processo Civil.

A redação que se propõe para o § 2º do art. 588 no sentido de dispensar a caução não somente nos “casos de tutela antecipada para atender a estado de necessidade causado por ato ilícito, mas também, “sempre que o juiz entenda plenamente justificável a dispensa” está em consonância com a tendência jurisprudencial existente, conforme já expusemos quando tratamos dos aspectos da caução (item 8.3.1), aproximando o magistrado da realidade processual, possibilitando a perfeita harmonização dos valores e dos interesses antagônicos que se lhe apresentam.

O processualista Cândido Rangel Dinamarco, grande nome da fase instrumentalista do processo, a muito já propunha essa “flexibilidade”, acrescentando um § 1º ao art. 634 do anteprojeto de Alfredo Buzaid (atual art. 588 do CPC), através do qual:

²³² Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 389.

“Nos casos previstos no artigo 569, parágrafo único, 1ª parte, o juiz poderá dispensar o exequente da prestação de caução; poderá também, subsistindo aqueles requisitos, autorizar os atos de alienação de domínio de bens do executado, com ou sem prestação de caução”.²³³

Portanto, para nós, a forma ora proposta no sentido de afastar a rigidez, que, v.g., encontra-se no inciso II do art. 588 do Código de Processo Civil, que veda, pura e terminantemente, a alienação de domínio na execução provisória, vinculando, de outra parte, e do mesmo ponto de vista, o levantamento de dinheiro à prestação de caução, quando esta não é exigida como condição de mero início da execução provisória, está no todo afinada com os princípios instrumentalistas do processo civil moderno, nos termos em que nos propusemos a enfatizar ao longo desse trabalho.

7.2.3 – Últimas Considerações sobre o Anteprojeto

No entanto, muito embora esse novo anteprojeto esteja sendo acompanhado de rico debate na comunidade jurídica, não podemos nos furtar as profundas considerações lançadas pelo ilustre professor Barbosa Moreira:

“Torna-se então necessário apurar como estão funcionando, *in concreto*, os mecanismos reformados, a fim de julgar se vale a pena preservar o rumo adotado, se convém retificá-lo em menor ou maior medida, ou se, afinal de contas, o melhor é dar marcha-à-ré. Em não poucos casos, importa mesmo, antes de mais nada, averiguar se a nova regra está recebendo aplicação uniforme, ou se, ao contrário, vem sendo objeto de interpretações díspares por parte dos inúmeros órgãos incumbidos de aplicá-las. Pode muito bem acontecer que, para assegurar bom êxito de uma reforma, basta homogeneizar, tanto quanto possível, o tratamento que lhe dão os juizes, fixando, dentre os entendimentos concebíveis, o mais adequado”.²³⁴

Diante das sábias palavras do precitado autor, e, considerando que, já que se trata de reconhecer a eficácia plena às decisões de primeiro grau, independentemente do desfecho da

²³³ Candido Rangel Dinamarco. “Execução Provisória”, *Justitia*, cit., 68/38.

²³⁴ José Carlos Barbosa Moreira. “As Reformas do Código de Processo Civil: Condições de uma Avaliação Objetiva”. *In* RF, 335/98, 1ª coluna.

ação em grau recursal, não seria despropositado, ainda que a título prévio para a definitiva adoção de tal sistemática em nosso ordenamento jurídico, que se realizasse levantamento estatístico sobre a percentagem de reformas/cassações, pelo segundo grau de jurisdição, de decisões proferidas pela instância monocrática. Fica aqui a sugestão.²³⁵

Contudo, na esteira de todo que dissemos no decorrer do presente trabalho, aplaudimos a nova redação proposta ao art. 520 do Código de Processo Civil, pois tem como grande mérito o de compatibilizar a possibilidade de efetividade da sentença inclusive *initio litis*, face a antecipação de tutela prevista no art. 273 do mesmo *codex*, e uma mesma eficácia também ao longo do segmento recursal.

O professor Cassio Scarpinella Bueno entende que, deve-se confiar na atuação decisiva dos magistrados no exame das circunstâncias que definem e caracterizam cada caso como único, sugerindo que, do texto do anteprojeto, fossem retiradas as exceções expressas à subtração do efeito suspensivo que se pretende estabelecer, quais sejam, as ações que versem sobre o estado e a capacidade das pessoas e as sujeitas ao “duplo grau de jurisdição”.²³⁶

Essa é a solução defendida por Marinoni, ou seja, instituir a execução provisória da sentença como regra – ou como o autor denomina, “execução imediata” –, onde o efeito suspensivo da apelação se torna exceção.²³⁷

No entanto, contra estas propostas milita um argumento de peso, proveniente da ala mais conservadora da doutrina, que instituir a execução provisória como regra geral, seria atribuir poderes em demasia ao magistrado de primeira instância, e, face à grande extensão territorial do nosso país, onde está presente uma grande misssigenação de etnias e culturas, o que poderia conduzir à numerosas decisões nos mais variados sentidos.

Para justificar a retirada do efeito suspensivo também nos casos que versem sobre o estado e à capacidade das pessoas, Cassio Scarpinella Bueno assim asseverou:

²³⁵ Referida observação também é feita por Moniz de Aragão, “Novas Tendências da Execução Provisória”. *In* Revista de Processo, 90/66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²³⁶ Cassio Scarpinella Bueno. *ob. cit.*, p. 395.

²³⁷ Luiz Guilherme Marinoni. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”. *cit.*, p. 179 *et seq* e 226 *et seq*.

“A uma por conduzir à interpretação, a nosso modo de ver equivocada, de que não haveria outros mecanismos aptos a dar eficácia às sentenças proferidas naquelas hipóteses. A duas porque essas situações, em si mesmas consideradas, já encarecem a sensibilidade do magistrado oficiante para os fins do parágrafo único proposto ao novo art. 520, mas que, nem sempre, poderão justificar a regra apriorística da suspensividade, em detrimento da pronta fruição do direito reconhecido judicialmente ao outro litigante”.²³⁸

No tocante ao mesmo problema, mas em relação ao reexame necessário, o mesmo autor esclarece que:

“Em específico quanto à remissão proposta ao reexame necessário, cumpre-nos lembrar, ainda esta vez, o exemplo das defesas e dos recursos meramente procrastinatórios, no mais das vezes, do Poder Público, que bem ilustram, a nosso ver, a necessidade propugnada no parágrafo anterior, no sentido de também ser excluída a suspensividade dos recursos de apelação nesses casos”.²³⁹

Tanto que, de tão sensível, essa realidade não passou despercebida à Comissão, como se verifica do texto, embora tímido, proposto para o § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil.²⁴⁰

Ora, ao nosso ver, esta deve ser a solução, pois, como é cediço, no reexame necessário, na maioria dos casos, o direito do autor é incontestado e a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau encontra-se em mais perfeita consonância com a lei e com a jurisprudência, de modo que, não seria casos nem de se recorrer dessa, mas por imposição legal (compulsoriamente), os autos devem ser remetidos ao grau superior. Para nós, referida sistemática consiste em desprestigiar demais o trabalho do magistrado de primeiro grau.

Ademais, a exclusão do atual inciso I do art. 475 do Código pelo anteprojeto em análise é significativa, também, de que, ao menos as sentenças de anulação de casamento não

²³⁸ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 395.

²³⁹ Cassio Scarpinella Bueno. ob. cit., p. 395.

²⁴⁰ Na última versão do anteprojeto, o § 4º do art. 475 é inequívoco quanto à admissão do “... cumprimento provisório da sentença, salvo quando possa causar dano grave e de difícil reparação, caso em que, a requerimento da entidade de direito público, o juiz ou relator atribuirá ao reexame também o efeito suspensivo”. Esse dispositivo, ademais, deve ser lido de acordo com a última versão do art. 520, que só se refere ao efeito suspensivo nas causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas. Sobre a última versão do anteprojeto: Sálvio de Figueiredo Teixeira, ‘As novas e Boas Propostas da Reforma’- inédito, *apud* Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., p. 396.

estão sujeitas compulsoriamente ao reexame necessário para que possam surtir seus efeitos jurídicos.

Por fim, nota-se da leitura dos textos legais cuja alteração de redação é proposta no anteprojeto de lei que analisamos, (principalmente do parágrafo único do art. 520 e do art. 588, inciso II e § 2º - viabilidade de atribuição de efeitos suspensivo à apelação e exigência ou dispensa de caução), verifica-se o emprego de conceitos vagos e indeterminados, como por exemplo “lesão grave e de difícil reparação” ou “grave dano”, a “estado de necessidade causado por ato ilícito” ou, ainda, “plenamente justificável a dispensa”.

Assim, não pode se furta o magistrado de interpretar tais conceitos em cada caso, guarnecido pelos elementos que lhe são apresentados pelas partes em contraditório.

Isto consiste, na verdade, em uma forma de viabilizar a efetividade da norma jurídica, a eficácia tão almejada para o processo e que se confunde com sua própria finalidade, no sentido de aproximar o conteúdo da lei da realidade fática. É incumbir o magistrado da árdua tarefa de identificar, nos conflitos que lhe são apresentados, os indicativos dos valores constantes da norma jurídica e realizá-los em benefício da pacificação social.

E diga-se mais: acaba por conduzir o operador do direito ao cuidadoso exame da “casuística”, possibilitando um maior equilíbrio, passando, por conseguinte a se exigir, cada vez mais do magistrado uma atuação mais preocupada, preparada e voltada ao sopesamento cuidadoso dos valores antagônicos que lhe são apresentados.

José Roberto dos Santos Bedaque, ao se referir ao papel do juiz na visão instrumentalista do processo, enfatiza que, “a necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde a tendência unânime da moderna ciência processual”.²⁴¹

Conclui-se portanto, que a nova realidade social exige cada vez mais de todos os operadores do direito, maior preparo e dedicação para que se concretizem os valores que se inserem no acesso à justiça de forma efetiva, de modo que, provocar e participar de incessantes debates e estudos sobre a sistemática vigente, constitui missão contínua de todo estudioso do direito.

CONCLUSÕES

Não se constitui nossa preocupação nesse momento, expor uma a uma as conclusões a que chegamos ao longo do trabalho. O que se pretende aqui é expor as linhas gerais, as linhas mestras que fundamentaram nosso estudo e pesquisa, cuja demonstração e fundamentação nos ocupamos nos capítulos precedentes. Por essa razão, preferimos o emprego da forma discursiva em vez da enumeração das idéias nucleares.

A visão central de nosso pensamento baseia-se na distinção do que se denomina **dinâmica** e **estática** do pensamento jurídico. A estática, mera reprodução ou intelecção dos textos legislativos escritos, não é instrumento hábil para qualquer sistematização do ordenamento ou verificação de sua efetiva aplicação pelos tribunais. Já a dinâmica, direciona-se à riqueza da aplicação e concretização do direito no cotidiano em busca de sua finalidade básica: a pacificação social. E é nesse sentido que o direito recriado pela interpretação voltada às necessidades do exercício da jurisdição em cada caso concreto, acaba por coincidir com a posição **instrumentalista** do processualista, de plena **efetividade** do processo, portanto.

É esse o contexto no qual apresentamos o presente trabalho, analisando a sistematização e inter-relação entre a ausência do efeito suspensivo e a execução provisória da decisão de primeiro grau de jurisdição tendentes a uma maior efetividade do processo.

Em primeiro lugar, insta salientar que o princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser visto como um dogma jurídico, assumindo feição de absoluto, ponto de afastar a necessidade de redimensionamento do juiz de primeiro grau e de maior eficácia às suas sentenças.

Esse redimensionamento do juiz de primeiro grau faz-se imperioso, tendo em vista que, após a introdução do instituto da antecipação de tutela em nosso ordenamento jurídico (Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 do CPC), acaba-se por dar maior eficácia a decisões meramente interlocutórias em detrimento da sentença, que somente nos poucos casos

²⁴¹ José Roberto dos Santos Bedaque. “Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo”. São Paulo: Malheiros Ed., 1995, p. 45.

elencados nos seis incisos do art. 520 do Código de Processo Civil e em outros poucos casos da legislação extravagante admitem essa eficácia imediata.

É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, uma vez que o processo, no seu escopo básico de tutela dos direitos, será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais rapidamente tutelar o direito discutido.

Assim, o dano imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente em seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. O processo, na maioria das vezes, prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem.

Portanto, como os princípios constitucionais do processo incidem sobre a estrutura técnica do processo, cabe ao processualista não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também extrair do sistema processual as tutelas adequadas à realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional.

Para demonstrarmos os caminhos que estão sendo seguidos para a “reestruturação” do direito processual civil pátrio não nos pudemos furtar ao exame doutrinário e jurisprudencial dos artigos 520 e 588 do Código de Processo Civil, que são as hipóteses codificadas que admitem a execução provisória da sentença e seu respectivo regime jurídico.

Quando tratamos do artigo 520 do Código de Processo Civil procuramos identificar os pontos que têm sido abordados pela doutrina e pela jurisprudência, observando que a reunião de causas que reclamem diferentes efeitos recursais às apelações nelas interpostas não pode ser fator de inibição de apelação interposta de causas que, face a um dos incisos do art. 520, exija recurso despido de efeito suspensivo.

Como exemplo podemos mencionar o que, equivocadamente ocorre em ações cautelares quando sentenciadas conjuntamente com as ações cujo resultado útil se visa acautelar. Em decorrência do inciso IV do art. 520 do Código de Processo Civil, a apelação dirigida à sentença que julga o processo cautelar não tem efeito suspensivo, o que possibilita sua plena eficácia ao longo do segmento recursal.

Também analisamos o artigo 588 do Código de Processo Civil à luz da doutrina e da jurisprudência, chegando à conclusão de que, malgrado o texto da lei (art. 588, inciso I, do CPC), a teleologia desse dispositivo legal, filtrada pela jurisprudência de nossos tribunais, revela a admissão da execução provisória independentemente de caução, desde que a situação concreta não revele qualquer prejuízo aos interesses do executado, que sofre a execução.

Assim, a execução da medida que antecipa a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, quando, em seu § 3º, faz menção à utilização do art. 588 do mesmo *codex*, impondo ao juiz e exame minucioso das circunstâncias do caso para que realize, *in concreto*, os interesses antagônicos espelhados no processo.

A abordagem em torno da caução e da execução provisória, desse modo, ocupou-nos enquanto instituto voltado à proteção dos interesses conflitantes concretos que existem no processo. Não ocorrendo o “risco”, viável a efetivação da medida, tanto o levantamento de dinheiro, quanto a alienação de bens, mesmo sem prestar caução.

Na mesma linha, o estudo da responsabilidade do exequente provisório na hipótese de o título que a fundamenta vir a ser modificado em grau recursal. Deve, a responsabilização deste, ser objetiva, ou seja, deve ser ampla e cabal, não podendo estar limitada ao valor da caução eventualmente prestada.

Acentuamos a possibilidade de a rigidez da regra do art. 520 do Código de Processo Civil ser quebrada, através da leitura sistemática do Código à luz das mais recentes reformas processuais, principalmente em relação à Lei nº 8.952/94 (e a introdução do instituto da antecipação de tutela) e à Lei nº 9.139/95 (e a introdução do sistema do novo art. 588, *caput* e parágrafo único, de concessão de efeito suspensivo a recurso para evitar “lesão grave e de difícil reparação”).

Portanto, concluímos que, após as alterações legislativas trazidas pelas citadas leis, convivem dois sistemas da execução provisória: um denominado de *ope legis* e o outro que pode ser chamado de *ope judicis*, a exemplo do que, durante a vigência do *Codice di Procedura Civile* italiano de 1942, era identificado pela doutrina daquele país.

No ordenamento processual civil brasileiro, o sistema *ope legis* corresponde aos incisos do art. 520, que estão previstos casos que, excepcionando a regra do *caput* daquele artigo, estabelecem o recebimento do recurso de apelação sem o efeito suspensivo, o que dá ensejo à

execução provisória, nos termos da 2ª parte do art. 587 do Código de Processo Civil. Nestes casos (do art. 520), a execução provisória é regida pelas regras do art. 588, do mesmo Código.

O que pode ser identificado como execução provisória *ope judicis* se relaciona com a possibilidade de subtração do efeito suspensivo da apelação, por força da incidência do art. 273 ou, ainda, por meio da incidência do parágrafo único do art. 588 do Código de Processo Civil, lido enquanto forma de concessão do que a doutrina e a jurisprudência têm denominado “efeito suspensivo ativo” ou “efeito suspensivo do efeito negativo do ato”.

Em razão de coerência metodológica, o regime da execução provisória nesses casos é o do art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, que se refere parcialmente e “no que couber” ao regime do art. 588. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm dado sentido de aplicação ao precitado art. 588 de forma a excluir seu inciso I (não mencionado pelo § 3º do art. 273) e, até mesmo, autorizando a satisfação do direito perseguido com a execução provisória, de acordo com as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso concreto.

Observamos que a antecipação de tutela abre a oportunidade para a distribuição do tempo no processo na medida em que o réu pode abusar do seu direito de defesa, apresentando uma exceção indireta infundada apenas para protelar o momento da realização do direito do credor.

Se o réu tende a abusar do seu direito de defesa, tem interesse também em abusar do direito de recorrer, seja para conservar o bem pleiteado pelo autor no seu patrimônio, seja ainda para tentar tirar do autor alguma vantagem econômica em troca do longo tempo necessário ao processamento e ao julgamento do recurso.

Por essa razão o abuso do direito de recorrer deve ser inibido, seja através da condenação por litigância de má-fé, seja mediante o indeferimento do recurso pelo relator (CPC, art. 557), ou ainda através da antecipação de tutela.

Assim, em um sistema como o nosso, que dá grande amplitude à tutela antecipação de tutela, a executividade imediata da sentença deveria ser regra.

A execução imediata da sentença, ao possibilitar a pronta realização do direito do autor, desestimula o recurso meramente protelatório, que não tem mais condições de manter o bem disputado no patrimônio do réu durante o tempo necessário para o seu processamento.

Além do mais, considerando-se que grande parte das demandas endereçadas ao Poder Judiciário exigem do réu pagamento de soma em dinheiro, não é razoável a disposição do art. 588, inciso II, do Código de Processo Civil, no sentido de que a execução provisória não abrange os atos que importem em alienação de domínio. Se a execução provisória fica limitada à penhora, ela é de certa forma, completamente inócua.

Por estas e outras razões é que concluímos pela urgente necessidade de reforma do Código de Processo Civil, principalmente no que se refere aos arts. 520, 588, 273, § 3º e 497. E é o que, como esperamos, está em vias de acontecer.

Por essa razão, finalizamos o presente trabalho através de uma análise crítica ao anteprojeto de lei que dispõe sobre as novas reformas do Código de Processo Civil, acentuando seus pontos positivos e alguns aspectos que, ao nosso ver, poderiam ser mais bem enfocados pelos seus elaboradores, com o objetivo de um processo mais efetivo.

Com a aprovação daquele anteprojeto, de acordo com nosso sentir, aquilo que hoje já decorre do sistema processual codificado quanto a uma verdadeira dinâmica do efeito suspensivo será explícita e expressamente assumida pelo legislador pátrio, confirmando ser essa a tendência irrefutável não só do direito processual civil brasileiro, como também, mundial.

Pela da nova redação proposta para o art. 520 do Código de Processo Civil se institui a execução provisória da sentença como regra, franqueando-a *ex lege* (“execução imediata”), através da eliminação do efeito suspensivo como regra, de modo que, somente em casos excepcionais, é que poderá ser atribuído aquele efeito, mantendo ineficaz a sentença de primeiro grau até julgamento do recurso pelo tribunal.

Outro fato de extrema importância que deve ser mencionado é que, pela nova redação proposta para o art. 588 do Código de Processo Civil, os atos que importem em alienação do domínio podem ocorrer desde que prestada caução, da mesma forma com o que já ocorria no caso de levantamento de dinheiro. E mais, a caução poderá ser dispensada nos casos de tutela antecipada para atender a estado de necessidade causado por ato ilícito ou sempre que o juiz entender ser plenamente justificável a dispensa.

Com efeito, referidas alterações propostas para o Código de Processo Civil, devem ser tratadas como verdadeira consolidação da tendência processual e, conseqüentemente, da

postura do próprio processualista, na esteira do preconizamos neste trabalho. Ademais, referida reforma supera grave incoerência do sistema processual, ao possibilitar a execução provisória da sentença *ex lege*, ressalvadas aquelas hipóteses em que essa efetividade processual puder ser responsável, ao menos apriorística e abstratamente, por danos maiores do que a espera pelo julgamento do recurso pelo tribunal.

Deste modo, o exame profundo das circunstâncias e das peculiaridades da casuística faz-se, assim, imprescindível, enobrecendo-se, por esta razão, a função social de todos os operadores do direito.

Insta salientar que, o objetivo deste trabalho não foi o de apresentar qualquer projeto de alteração do Código de Processo Civil, mas apenas de destacar a atual incongruência da sistemática da execução provisória face ao instituto da antecipação de tutela e frente aos novos valores da fase instrumentalista do processo e evidenciar a importância do tema proposto, com a finalidade precípua de incentivar e contribuir para o debate em torno da questão, frente à toda comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Novas tendências da execução provisória**. Revista de Processo, 90/57-67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. **Considerações sobre a antecipação de tutela jurisdicional**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BENETI, Sidnei. **A reforma processual alemã de 1976 e a interpretação da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro**. In: Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Execução Provisória e antecipação de tutela - dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARNEIRO, Athos de Gusmão e TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O 12º anteprojeto**. Revista de Processo, 90/36-45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I.

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

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. **Execução Civil**. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. **Execução provisória e mandado de segurança**. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Execução Provisória**. *Justitia*, 68/11-38. São Paulo: Serviço de Documentação do Ministério Público, 1970.

_____. **Momento e eficácia da sentença constitutiva**. Revista de Processo, 63/7-17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. II.

LACERDA, Galeno de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. VIII, t. I.

LIEBMAN, Henrico Tullio. **Processo de Execução**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. VI.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

_____. **A tutela antecipatória na reforma do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela inibitória: a tutela da prevenção do ilícito**. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, 1996. v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. I.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. II.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. III.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. IV.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva**. *RF*, 335/97-104, 1996.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V.

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. In: Temas de direito processual, Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Procedimentos e tutela antecipatória**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V.

_____. **Inovações no Código de Processo Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. II.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. III.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

SILVA, Olvídio Araújo Baptista da. **A antecipação de tutela na recente reforma processual**. In: A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança**. In: O processo civil contemporâneo. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **Jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1987. v. I.

_____. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1990. v. II.

_____. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993. v. III.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998.

_____. **Notas sobre a liquidação da sentença**. Revista de Processo, 64/56-69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 15. ed. São Paulo: Leud, 1991.

_____. **Tutela antecipada**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de Processo Civil Avançado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. II.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

YARSHEL, Flávio Luiz. **Antecipação de tutela específica nas obrigações de prestar declaração de vontade, no sistema do CPC**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Provimentos antecipatórios, cautelares e liminares: a importância da distinção**. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, 2000. v. 18.

