

BENEDITO PEREIRA FILHO

**PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A EFETIVIDADE MATERIAL DA
TUTELA EXECUTIVA**

CURITIBA

1999

BENEDITO PEREIRA FILHO

**PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A EFETIVIDADE MATERIAL DA
TUTELA EXECUTIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Co-orientador: Prof. Dr. Olavo de Oliveira
Neto

CURITIBA

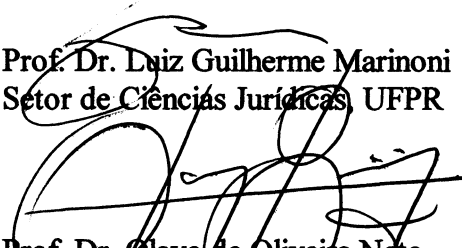
1999

BENEDITO PEREIRA FILHO

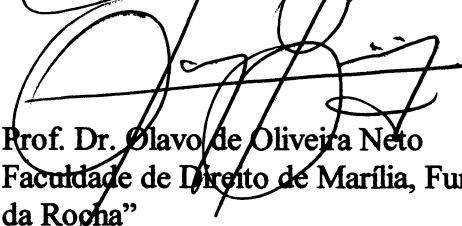
**PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A EFETIVIDADE MATERIAL DA
TUTELA EXECUTIVA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Co-orientador:


Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto
Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”


Prof. Mestre Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.ª Dra. Mariulza Franco
Departamento de Direito Público, UEL

Curitiba, 27 de setembro de 1.999

Todo proceso que dure más de seis meses es anormal e reprobable.
(Todo processo que dura mais de seis meses é anormal e reprovável)
Hernando Devis Eschandia. **Estudios de derecho procesal.**

Na sociedade de massas, com efeito, interessa sobretudo a efetividade dos direitos, atingida pela sua satisfação específica, e importa menos a sua **simple e solene declaração** [sem grifo no original], ainda que objeto de procedimento em juízo, exceto se ela própria acarreta tal satisfação.

Araken de Assis. **Execução civil nos juizados especiais.** p. 19.

Dedico este trabalho a meus pais, Benedito Pereira Primo (em memória) e Manoela Rosa Pereira (em memória) que me ensinaram a virtude da dignidade e da busca incessante do trabalho e a Etelvino José Pereira (em memória), meu irmão, responsável por ensinar-me que a verdadeira liberdade se alcança com o conhecimento, mediante contínuo estudo.

À família. Agradeço, verdadeiramente, pela paciência e compreensão, minha esposa Rosani, Manoela e Isabela, minhas filhas belas.

Agradeço, imensamente, a todos os amigos pelas inúmeras e gratas contribuições, especialmente a meu grande amigo Alexandre de Castro, sempre disposto a ouvir minhas inquietações.

Agradeço, também, de forma muito especial, a Daniela Marques de Moraes, pela compreensão e auxílio nas tomadas de posições.

À Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, meus sinceros agradecimentos, em especial ao Doutor Luiz Carlos de Macedo Soares, sem o qual nada disso seria possível.

Aos membros da banca examinadora agradeço carinhosamente, entre outras, pelo grande auxílio na aprendizagem.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	- Associação Brasileira de Normas Técnicas
a.C.	- antes de Cristo
AI – 5	- Ato Institucional nº 5
Art.	- Artigo
CF	- Constituição Federal
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Penal
LICC	- Lei de Introdução do Código Civil
Rel.	- Relator
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJMT	- Tribunal de Justiça do Mato Grosso
UEL	- Universidade Estadual de Londrina
UFPR	- Universidade Federal do Paraná
§	- parágrafo

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	vi
I – INTRODUÇÃO	01
II – TEMPO E PROCESSO	
1. Direito como instrumento de pacificação social	07
2. Fato social	15
3. Direito e Processo	18
3.1. Atuação do Estado	28
4. Breve relato histórico da tutela executiva no direito processual civil brasileiro	39
5. Estrutura do Código de Processo Civil	55
III – A TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA PERSPECTIVA DE UMA NOVA JUSTIÇA	
1. A busca da efetividade do processo: um direito de cidadania!.....	69
1.1. A efetividade como visão social do processo	71
2. Acesso à justiça	80
3. Técnica da antecipação da tutela como busca da efetividade	87
3.1. A efetividade da tutela de urgência: cautelar e antecipatória	95
3.2. Executoriedade do artigo 273	105
3.3. Executoriedade do artigo 461	110

3.4. Procedimento Monitório e sua executoriedade.....	119
---	-----

IV – O PROCESSO DE EXECUÇÃO: efetividade formal e material

1. Função do processo de execução	134
2. Visão exógena e endógena	135
3. A inefetividade do processo de execução	140
4. Fatores que comprometem a efetividade do processo de execução	143
4.1. Desigualdade na atuação processual das partes	148
5. Execução forçada.....	160
5.1. A simplicidade do processo como fator de efetividade do Direito	162
5. 2. A necessidade de revisitar alguns princípios da execução	164

V – PROPOSTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

1. Alterações para agilizar o sistema	172
---	-----

VI – CONCLUSÕES

177

ANEXO	184
--------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	190
---------------------------	------------

I - INTRODUÇÃO

O verdadeiro sentido da Ciência está na busca incessante por melhores conceitos, melhor adequação, sempre visando ao homem como o consumidor final, merecedor de tudo. Portanto, o Direito, caracterizado como ciência social hermenêutica,¹ deve estar sempre sendo repensado e, o mais importante, aplicado conforme a exigência de posição que este exercício de atualidade apontar, evitando, assim, discrepância entre o que deve ser e o que verdadeiramente é.

A intenção, ao desenvolver este trabalho, é procurar, através de um criticismo panorâmico, a efetividade do processo como corolário da efetividade dos direitos do homem. Em verdade, a efetividade que se busca é a do Direito, porém, sendo o processo instrumento que o realiza, por via oblíqua, deve-se alcançar, inicialmente, a efetividade deste.

Ao contrário do que se possa pensar, esta efetividade não será alcançada se pensada somente em razão única e diretamente com o processo civil, entendido como o conjunto de normas e princípios hábil a satisfazer o direito do cidadão. Este desiderato deve ser vislumbrado a partir de uma soma de fatores positivos, capaz de fomentar o instrumento (processo), aparelhando-o suficientemente para o escopo que dele se espera.

Convencido disto, é que se procurou, por todo o trabalho, tecer comentários críticos acerca do mundo jurídico como um todo, da formação acadêmica à

¹ “Num quadro analítico mais amplo, a ciência do direito tem sido corretamente classificada como efetiva ciência social hermenêutica, considerando, especialmente, não só possuir foco de observação em fenômenos sociais, mas, sobretudo, por desenvolver um sistema peculiar de interpretação de fatos sociais que não se limita, de nenhuma maneira, a simples valoração intrínseca dos mesmos, concebendo norma (fase legislativa), mas, ao contrário, permite ultrapassar a concepção fundamental interpretativa, reprocessando a conclusão (ou, em outras palavras, a própria norma) e concebendo, desta feita, uma segunda norma (de aplicação) no contexto de um senérgico processo hermenêutico (fase judicial).” FRIEDE, Roy Reis. O direito como ciência. JUSTITIA - Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo, n. 176, 1996. p. 95.

aplicação do Direito. Isto porque, como já exposto, não se efetiva o Direito apenas com uma visão dogmática e processual.

A opção pela tutela executiva tem sua razão de ser pelo entendimento, segundo o qual, a efetividade do processo está diretamente relacionada com a capacidade de executoriedade das medidas proferidas pelo Poder Judiciário. O aumento de efetividade da medida executiva, para a realização do que dela se almeja, é diretamente proporcional ao aumento de efetividade do processo, culminando na mesma proporção, com a confiabilidade que se espera da Justiça, fim supremo do Homem.

Por tudo isso optou-se, ainda que sacrificando inicialmente o tema proposto, por retratar o papel do Direito, sua importância na sociedade, bem como a atuação dos responsáveis pela sua aplicação, principalmente o juiz que, indubitavelmente, possui o poder final de decisão.

Buscou-se, também, por esse viés, declinar a legitimidade do uso do Poder e até que ponto este exercício é utilizado em favor do seu titular com equanimidade, sem privilegiar uma classe em detrimento de outra. Mas, frise-se que essa, assim considerada “parte introdutória”, está estreitamente relacionada com a efetividade do processo, com a tutela executiva.

Vencida esta questão, adentrou-se na análise da executoriedade das medidas jurisdicionais, demonstrando a dificuldade da parte que necessita da prestação jurisdicional de cunho condenatório, de realizar seu direito além do plano jurídico, no mundo dos fatos, o que, aliás, realmente lhe interessa.

A tutela executiva foi analisada a partir daquelas medidas que são e das que devem ser executadas independentemente do processo de execução, bem como, da

problemática envolvendo o processo de execução em si. Por todo o trabalho procurou-se evidenciar a irracionalidade de se manter dois processos distintos (de conhecimento e de execução) como necessários para materializar o direito da parte.

Transitar por esta realidade jurídica é, antes de tudo, exercitar com esmero e paciência, toda uma mudança de mentalidade (na doutrina e no judiciário) que vem desde Montesquieu. Nada melhor do que as palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni para confirmar esta posição retrógrada e inefetiva que engessa a atuação jurisdicional e protege em demasia o devedor e sua propriedade ao só permitir execução após cognição plena e exauriente, impedindo qualquer participação subjetiva do magistrado.

Como é sabido, na linha do pensamento iluminista, aventou-se, no início do século XIX, nos países onde o pensamento de Montesquieu era mais vivo, proibir ao juiz a interpretação da lei. O procedimento ordinário é comprometido com a idéia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei. O mito que dá suporte à figura do juiz como “*bouche de la loi*”, sem qualquer poder criativo ou de “*imperium*”, é o da neutralidade, supondo, de um lado, ser possível um juiz despido de vontade inconsciente e, de outro, ser a lei – como pretendeu Montesquieu – uma relação necessária fundada na natureza das coisas. O procedimento ordinário, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de “neutralidade” que era esperada do magistrado como, também, faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. O julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgador que se esperava “neutro”, o que evidencia uma nítida relação entre “busca da verdade” e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao “subjetivismo” do julgador.²

Porém, ao externar essa realidade, não se pretende, em absoluto, apontar o Judiciário como único responsável pela falta de efetividade processual. Esse estado provém

² MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo, 1995. p. 49.

de inúmeros fatores que, agregados, levam à crise jurídica. Do cientista ao leigo, convencionou-se acusar o juiz (judiciário) como responsável pelas mazelas do processo e, conseqüentemente, do Direito.

Para ficar num só exemplo de que a responsabilidade é de todos, basta a leitura do texto inserido na obra *Temas de Direito Processual* do Professor José Carlos Barbosa Moreira, intitulado *A Justiça e Nós*.³ Apesar da concisão, peculiar de um trabalho apresentado numa conferência, o autor, com brilhantismo conteúdo verídico, demonstra que o próprio jurisdicionado, responsável pela incessante busca da efetividade processual, por mais paradoxo que possa transparecer, é, também, responsável pela sua inefetividade.

Cita várias situações nas quais o cidadão falta com o seu dever de auxílio à justiça, como: esquivando-se de atuar como testemunha, procurando embaraçar a convocação para auxiliar a justiça eleitoral ou procurando “escapar” da lista que compõe o corpo de jurados etc.⁴

Porquanto, todo comentário acerca da atuação do órgão jurisdicional foi realizado com total consciência de que este é mais uma peça, dentre várias, que merece atenção quando se pensa em aperfeiçoar a justiça nacional.

As críticas assacadas contra o Judiciário têm pertinência por ser este poder, indiscutivelmente, a esperança do jurisdicionado, principalmente daqueles que, por

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo, 1997. pp. 1-16.

⁴ Após apontar várias situações com as quais o cidadão acaba contribuindo para a morosidade jurisdicional, Barbosa Moreira conclui: “[...] de um lado, a de que é preciso que possamos contar com a Justiça; de outro, a de que não é menos preciso que a Justiça possa contar conosco [sem grifo no original].” *Idem*, *ibidem*. p. 7.

ausência de previsão legal ou por ser ela em muitos casos desigual, fica vulnerável ao sistema que é obrigado a se submeter.

Mas, jamais se esquecendo de que o juiz, além de exercer uma função relevantíssima, digna, e de ser também vítima do sistema, vê-se obrigado a decidir o conflito que lhe é apresentado, independentemente de ter ou não, em todos os sentidos, campo propício para tal.

Na realização do presente trabalho, foi utilizada metodologia de caráter teórico, limitada à pesquisa de leis, doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira. Com leituras em obras específicas e, também, de cunho crítico, voltada para o social, foram fichados e sistematizados os tópicos erigidos como mais importantes.

Foram, dentro do possível, evitadas expressões alienígenas e, quando usadas, ainda que usuais na prática forense, converteu-se para o vernáculo, procurando aparelhar o conhecimento jurídico com o cidadão de um modo geral, mesmo porque o próprio Código de Processo Civil exige nos atos e termos do processo, o uso da língua nacional,⁵ corroborado pela Constituição Federal.⁶

Na medida do possível, priorizou-se o uso do termo “parte” quando poderia ser utilizado “Autor”, na tentativa de evitar interpretações que levem à falsa idéia de que não se preocupou com o “Réu”.

⁵ “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.” Art. 156 do Código de Processo Civil.

⁶ “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.” Art. 13 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988.

No seu desenvolvimento, levou-se em consideração os pertinentes apontamentos realizados pelo orientador e pelos co-orientadores, bem como as experiências do convívio com especialistas, discentes e até mesmo com pessoas leigas que, apesar de não afetas ao mundo jurídico, expressam com autenticidade o que esperam da Justiça, apontando suas insatisfações com a inefetividade do direito.

A necessária submissão às normas técnicas foi obedecida, levando-se em consideração as Normas para Apresentação de Trabalhos da Biblioteca Central da UFPR, constituída de 08 volumes, observando-se o surgimento de novas técnicas para a área de documentação aprovadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Assim, foi concluída a pesquisa, objetivando ser contributo, pelo menos, de uma reflexão voltada para a real aplicação do Direito nos seus variados enfoques, principalmente, no que tange a concretização das normas postas e das ordens emanadas pelo Poder Judiciário, mediante efetiva realização e não somente declaração.

II – TEMPO E PROCESSO

1. Direito como instrumento de pacificação social

Assim como, de todos os modos possíveis de abreviar o caminho entre dois pontos dados, a linha reta é o melhor; assim como, de todos os modos imagináveis de um corpo girar em torno de outro corpo, o círculo é o mais regular; assim também, de todos os modos possíveis de coexistência humana, o direito é o melhor modo.⁷

A necessidade do agrupamento humano para sobrevivência e do Direito como instrumento de regramento desta forma de vida é tão difundida e aceita que os doutrinadores guardam sempre um capítulo inicial em suas obras para discorrer sobre a existência da sociedade e do Direito, demonstrando a interdependência de um e outro.

Todos nós, de uma maneira ou de outra, verificamos em nossas vidas que tendemos a procurar outras pessoas. Reunimo-nos em família, em turmas no colégio, em clubes, em reuniões sociais, em associações profissionais, em partidos políticos, enfim, sob variadas formas nos unimos a outras pessoas e sentimos necessidade disto.⁸

A preocupação em demonstrar a organização social como o melhor meio de opção do homem e, também, o Direito como mecanismo de integração e suporte desta convivência é latente entre os diversos autores.

Deus destinou as criaturas à coexistência. Em cardumes nadam os peixes. Voam em bandos as aves. Flores florescem juntas. Próximos uns dos outros crescem os frutos. Num sítio, a terra esconde minerais de igual espécie. Até os mesmos ventos sopram, tórridos, temperados, ou gélidos,

⁷ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Salvador, 1951. p. 107.

⁸ RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia social*. Petrópolis, 1996. p. 299.

numa certa região. O homem vive na sociedade (palavra derivada do latim *socius*, o que acompanha) porque sua índole, gerada por sua necessidade, é associar-se. Ele, então, se agrupa: a tribo, o clã, a horda, os povoadamentos, das minúsculas aldeias às frementes metrópoles, revelam a irreprimível tendência humana à agregação.⁹

Outras tantas citações podem ser enumeradas que, em forma de primeiro capítulo, prefácio ou até mesmo em apresentação, os doutrinadores, ainda que perfunctoriamente, sempre tocam na questão da sociedade e no Direito como remédio, ingrediente, para sua subsistência. Os livros de teoria geral do processo e de introdução ao processo, principalmente, não deixam de fomentar alguma coisa sobre este ponto de fundamental importância.

Sendo assim, por estar se tratando da efetividade do direito, focalizando um tema processual, entende-se ser propício discorrer, mesmo que sucintamente, sobre tal assunto. Daí que, seguindo os conselhos de Maquiavel: “Os homens trilham quase sempre estradas já percorridas. Um homem prudente deve assim escolher os caminhos já percorridos pelos grandes homens e imitá-los; assim, mesmo que não seja possível seguir fielmente esse caminho, nem pela imitação alcançar totalmente as virtudes dos grandes, sempre se aproveita muita coisa.”¹⁰ e o de George Orwell para quem “[...] os melhores livros são os que dizem o que já se sabe”,¹¹ foi eleito, também, para este trabalho um tópico acerca do Direito e seu importante papel na sociedade humana.

⁹ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro, 1996. p. 1.

¹⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo, 1979. p. 23.

¹¹ ORWELL, George. **1984**. São Paulo, 1975. p. 187.

Sempre que se discuti algum assunto que esteja sobre o manto da administração pública, como é o caso do Direito, visto que o Estado, detentor do monopólio da justiça,¹² é responsável pela sua administração, é necessário reportar-se à opção do homem pela vida em sociedade, visando relacionar a existência dos órgãos componentes da administração como consequência desta decisão humana.

Não cabe aqui tecer comentários a respeito das várias teorias que tentam explicar o surgimento do homem. Prefere-se partir da realidade da sua existência. Também é fato incontroverso que o homem buscou esta espécie de convivência justamente porque viu nela vantagens inquestionáveis, o que não aconteceria se cada um defendesse isoladamente sua própria existência.

Porém, ao optar por viver em sociedade, o homem inexoravelmente teve que restringir muitas das suas liberdades individuais em prol da comunidade, sendo necessário elaborar normas capazes de reger conjunta e reciprocamente os direitos e os deveres de todos os envolvidos naquela organização.¹³

Para isso, foi necessária a criação de um ente capaz de reger, absoluta e soberanamente, os anseios daqueles que buscavam na sociedade união, esforços comunitários para vencer as várias dificuldades da vida. Aparece, então, a figura do Estado que, após várias

¹² Hodiernamente, o Estado já não detém a exclusividade na produção e distribuição da Justiça. Pagando pela sua própria incompetência na função de distribuir justiça, está sendo obrigado a conviver com a chamada “justiça alternativa”, como as praticadas nos morros cariocas. Nestes lugares, a omissão do Estado é tamanha que os moradores se submetem a um tribunal criado na própria comunidade, destinado a resolver conflitos entre vizinhos, de terras e outros, tudo à margem da verdadeira justiça preconizada pelo denominado Estado de Direito.

¹³ É certo que alguns se rebelaram contra esta opção de vida humana por não aceitarem as limitações impostas como, por exemplo, os anarquistas, mas são casos isolados.

transformações, apresenta-se como detentor do poder, subdividido em Executivo, Legislativo e Judiciário.

Neste momento, em que a teoria e a linguagem permitem determinar, mas que na prática é muito mais complexo, surge a justiça pública, tendo o Direito como instrumento pacificador e mantenedor da ordem estabelecida e aceita por todos.¹⁴ Assim, ainda que resumidamente, pode-se compreender que o papel do Direito é justamente ser instrumento hábil a manter a estrutura social, a organização grupal escolhida pelo homem. Para tanto, é dotado de coercibilidade, tendo no Estado o espede necessário para se fazer valer.

Por isso, é plenamente justificável concordar com o filósofo, ilustre pensador brasileiro, Tobias Barreto quando afirma ser o Direito o melhor modo para a coexistência humana. No sentido de normas, regras de condutas, realmente esta ciência se afigura como o meio mais coerente e lógico de se acomodar as aspirações de um povo, que há muito optou por uma convivência mútua.

Por esta sorte de razão, toda evolução no modo de pensar, sentir e agir por que passa a humanidade reflete no campo do Direito, uma vez que este, necessariamente, tem de acompanhar essas evoluções, sob pena de falhar na sua missão, tornando-se ineficaz.

Porém, o homem ao criar, desenvolver este mecanismo – sociedade/direito – com escopo de organizar harmoniosamente a vida humana, não consegue fazê-lo de forma estanque. Quer-se dizer que não é possível, num determinado momento, chegar a uma fórmula pronta e acabada para toda a existência humana. Este caminho

¹⁴ “[...] o direito nada mais é do que a expressão semiótica da ordem social, sendo o Estado a organização social incumbida de manter a ordem por meio do direito [...]” COELHO, Luiz Fernando. *Uma teoria crítica do direito*. Curitiba, 1993. p. 31.

encontrado pelo homem mostrou-se e ainda se mostra ser o melhor, mas urge sempre adaptações, atualizações, de acordo com o expandir humano.

O homem, no que pese toda a sua inteligência, não consegue regradar exaustivamente os comportamentos dos membros da sociedade, uma vez que não lhe é possível vislumbrar todas as situações passíveis de insatisfação e conflitos. E mesmo quando o faz, torna-se necessária sempre uma análise do contexto em que foi elaborada tal norma, para não incidir em desconsonância do passado com o atual.¹⁵

Num mundo globalizado, extremamente informatizado, com diminuição das mais variadas distâncias em tempo real, não se pode conceber a aplicação pura e simples de normas elaboradas ao tempo da caneta de pena. Hodiernamente, outros são os anseios e, a seguir nesta velocidade, amanhã haverá novos, requerendo o acompanhamento da ciência do direito.

Dessarte, a problemática não é tão simples como parece. O papel do Direito delimitado objetiva e primitivamente, é ideal. Porém, a somatória de fatores componentes dessa ideologia que se tornou realidade exige um pensar constante, pois constantes são as mudanças no meio social. Pois bem, aqui já reside um problema, qual seja: o Direito acompanhou, acompanha e com que intensidade, as várias mutações sociais ocorridas no transcorrer dos tempos? Tem ele conseguido desenvolver satisfatoriamente a sua função?

¹⁵ No Direito nem sempre é possível aplicar as normas abstratas ao caso concreto como uma luva que se encaixa nos dedos. Até mesmo no direito penal, por tratar dos bens mais importantes da vida, requer maior atenção, não se pode esquecer que, às vezes, o que se aplicava no passado não serve mais para o presente e futuro. Não foi com outra razão que o Supremo Tribunal Federal absolveu acusado de estupro presumido, contrariando norma elaborada nos anos 40. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma. Habeas Corpus nº 736629-MG. Marcio Luiz de Carvalho e Paulo Ademar P. Xavier e Outro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 21 maio 1996.

As respostas a estas questões são importantíssimas porque o Direito, sendo um fenômeno social, ao falhar, estará comprometendo a estrutura, a organização, colocando em risco aqueles objetivos perseguidos pelo homem quando optou pela vida em sociedade.

Para isto, não basta modernizar o que existe, é preciso, acima de tudo, construir um campo consciencioso, dentro do qual deverá o Direito desenvolver seu papel. Porquanto, o seu uso como instrumento de pacificação social merece uma melhor compreensão, contornos mais igualitários, buscas incessantes do verdadeiro bem comum. Mas bem comum de todos e não apenas dos responsáveis diretos pela elaboração desse meio.¹⁶

Assim, como um ídolo que deve sempre estar buscando a vitória, auto-afirmação, o mesmo se passa com o Direito. Para manter os objetivos almejados pelo homem quando procurou se unir, ele jamais deve ser visto como um instrumento perfeito, satisfeito, completo, vencedor, mas sim como algo em constante conquista, evolução. Portanto, ele jamais se encerra nas letras frias dos códigos.¹⁷ Deve, sim, buscar atender às demandas sociais no exato momento em que elas surgem, evitando frustrações.

O uso deste instrumento social é outro fator de extrema preocupação, pois o remédio que serve para curar também serve para matar, tanto que é denominado de droga. O limite será determinado pelo correto uso.

¹⁶ “Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam [...]” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, 1988. p. 7.

¹⁷ “Os códigos principiam a envelhecer no prelo, quando estão sendo impressos, tamanha a evolução social.” CARNELUTTI, Francesco apud COSTA JÚNIOR, Paulo J. da. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, maio/92, cad. 2.

O mesmo pode se dizer com relação ao Direito. Dependendo de como o homem o utilizar, ele desempenhará seu papel com êxito, porém, não se pode olvidar que, em alguns casos, ele constitui um instrumento capaz de atender a uma minoria detentora do poder econômico, em detrimento da maioria.¹⁸ Desta feita, de remédio passa a veneno, contrariando os princípios sobre os quais repousam toda a teoria da opção social. Por isso, tal uso deve ser devidamente combatido.

No dia em que o homem seguir fiel e naturalmente os princípios do jurisconsulto de Roma, Ulpiano, vivendo honestamente, não prejudicando o outro e dando a cada um o que é seu, o Direito alcançará seu primordial objetivo, que é o de ser respeitado e não, desrespeitado. Mas, como a falibilidade e o egoísmo são inerentes ao ser humano, precisar-se-á sempre de um Direito atual, justo, munido de coercibilidade suficiente para manter a credibilidade e, por conseguinte, a paz social.

Porém, no que pese toda a esperança e a busca, ainda que utópicas para o homem ser capaz de elaborar normas tão justas que seriam seguidas satisfatoriamente por todos, reconhece-se, para não incorrer em ato sandeu, que o que mudou do homem das cavernas ao de hoje, foram as armas, pois a sede por poder e o individualismo ainda são os mesmos, se não piores, contrariando a frase de Mendes Pimentel: “o homem ascendeu do

¹⁸ “Se é certo que se acorda em que o direito reflecte as condições prevaletentes e ao mesmo tempo actua conformadoramente sobre elas, o debate polariza-se entre os que concebem o direito como indicador privilegiado dos padrões de solidariedade social, garante da decomposição harmoniosa dos conflitos por via da qual se maximiza a integração social e realiza o bem comum, e os que concebem o direito como expressão última de interesses de classe, um instrumento de dominação econômica e política que por via da sua forma enunciativa (geral e abstracta) opera a transformação ideológica dos interesses particularísticos da classe dominante em interesse colectivo universal [sem grifo no original], um debate que se pode simbolizar nos nomes de Durkheim e de Marx.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, 1996. p. 162.

bárbaro das cavernas a São Francisco de Assis”,¹⁹ bem como a ilação do eminente processualista Sergio Bermudes, segundo a qual o Direito, seguindo esta linha evolutiva do homem, será “como as velas, que produzem luz enquanto se consomem”,²⁰ querendo dizer que chegará a um ponto tal que serão desnecessárias as regras jurídicas, pois reinará a paz absoluta.

O pensamento do penalista Roberto Lyra ao prelecionar que “o homem de hoje deixara de ser o lobo do homem, para converter-se na raposa do homem”,²¹ corrobora o que se externou acima, pois, lobo ou raposa, o resultado é o mesmo. Dessarte, é motivo de felicidade caso se consiga um direito capaz de reger a vida social da forma mais igualitária possível, desprendido de preconceitos e privilégios, o que só será possível com um constante pensar e, principalmente, com a efetiva atuação prática das pesquisas e conquistas teóricas.

Reconhecido no Direito o papel de manter a paz social, viabilizando a felicidade entre os homens,²² é certo dizer que qualquer demanda que descontente o ser humano deverá ser solucionada satisfatoriamente. Com mais razão ainda, se esta demanda atingir a coletividade.

¹⁹ PIMENTEL, Mendes apud BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro, 1996. p. 13.

²⁰ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro, 1996. p. 13.

²¹ LYRA, Roberto apud BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro, 1996. p. 15.

²² “É pacífico e incontestável o entendimento de que a paz social é proporcionada pela presença do direito no seio da sociedade.” SILVA, José Milton da. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro, 1997. p. 3.

O juiz não pode se escusar de dizer o Direito e este não pode furtar dos membros da sociedade a tranqüilidade, a felicidade, prometidas quando se uniram. Nesta linha de pensamento, extraída do contexto apresentado, peca o Direito hodierno ao não saber lidar com a demanda dos sem-terra, dos anseios dos homossexuais etc., pois estes fatos nada mais são do que insatisfação, infelicidade, descontentamento social.

2. Fato social

O conceito de fato social é mutante de acordo com a visão dos variados autores. No que pesem os grandiosos estudos, principalmente dos sociólogos, no momento, interessa saber o que é fato social para o Direito, pois este, apesar de divergências, vive em função do social. Para o Direito, fato social é todo acontecimento na sociedade que requer a sua presença para disciplinar com equidade as conseqüências advindas dele.

Tobias Barreto se irresignou por demais com os sociólogos que buscavam erigir a sociologia no nível de uma verdadeira ciência e, em vários trechos de sua obra, fica claro o seu inconformismo.

Eu não creio na existência de uma ciência social. A despeito de todas as frases retóricas e protestos em contrário, insisto na minha velha tese: a sociologia é apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável [...]. Os sociólogos têm um certo número de teses favoritas. Não é meu intuito referi-las todas aqui e batê-las uma por uma, até porque já me vai parecendo uma inútil perda de tempo, semelhante a que se dá com a refutação de qualquer tema teológico, refutar a sociologia. Em geral os sociólogos pertencem à ordem dos crentes, e crenças não se refutam.²³

²³ BARRETO, Tobias. *op. cit.* pp. 3, 6.

A despeito das ponderações do filósofo pernambucano, se ciência ou não, não há como negar a vastíssima influência da sociologia na vida do Direito. Mesmo vivendo num regime de plena liberdade, é incontestável que o indivíduo sofre restrições impostas pela sociedade em que vive. Em outras palavras, a sociedade amolda as pessoas de acordo com os seus anseios, limitando-as pelo seu modo de ser, sendo que, para tal, é composta, basicamente, de dois grandes sistemas: o moral e o jurídico.

Estes sistemas são criados pelo homem, justamente, para gerir seu comportamento. O primeiro aproxima-se do estritamente natural, à medida que é segmento do modo de pensar, sentir e agir de uma determinada sociedade, delineada pelos hábitos de seus membros. O segundo, por sua vez, também expressa estes anseios, só que criados, realizados, dogmatizados por um grupo determinado, escolhido ou não, dentre seus pares. Os dois emergem do seio da sociedade, porém um possui característica de ser elaborado por um grupo restrito, ou até mesmo por uma só pessoa, dependendo do regime político adotado, já o outro, o moral, é construído com e pela vivência de toda a comunidade.

As pessoas estão submetidas à observância dos dois sistemas, sendo que o desrespeito dá ensejo a uma sanção. Tem-se, então, a sanção moral e a jurídica. A primeira, a moral, é sentida pelo infrator em virtude da rejeição social que lhe é imposta por todos. Será marginalizado pela sociedade, por exemplo, aquele que se trajar inconvenientemente, que agredir, pelos seus atos, aquilo que a sociedade determinou como sendo regra geral.

Já a sanção jurídica é dotada de coercibilidade, significando dizer que a pessoa estará obrigada a seguir as regras estabelecidas, independentemente de estar ou não sofrendo, também, uma sanção moral. Esta é mais austera, não permitindo escolha ao infrator. Aquele que sofre uma sanção moral pode suportá-la sem ter que se submeter à vontade dos

demais, já o mesmo não ocorre com a sanção jurídica. Esta terá que ser obedecida, sob pena de se negar à própria autoridade, soberania estatal.

Com estas ponderações, busca-se demarcar o papel do Direito na preservação daqueles anseios almejados pelos membros da sociedade quando optaram pela vida em comunidade. Ele, que tem o privilégio da coercibilidade na sanção que impõe, deve ser usado, justamente, para coadjuvar a sociedade na busca do bem comum, da felicidade, objetivos desejados, como já tantas vezes aludido.

Importa, ainda, ressaltar que os dois sistemas regulam fatos sociais, sendo o jurídico guardado àqueles de maiores relevâncias, imprescindíveis, daí porque sua sanção ser dotada de coercibilidade.

Conclui-se, então, que o Direito é fato social. É um instrumento mediador da sociedade, com a nobre incumbência de proporcionar justiça,²⁴ única virtude capaz de trazer ao homem a tão sonhada felicidade.²⁵

Na aplicação do Direito é necessário distinguir dois momentos, ambos de fundamental importância: o momento da elaboração e o da concretização. O momento da elaboração é justamente aquele em que a ordem jurídica, a estrutura normativa recepciona uma determinada demanda social, um fato social, convertendo-o em jurídico. Uma vez

²⁴ O termo justiça, por mais ambíguo que possa parecer, deve ser tomado por um sentido que fique o mais próximo possível dos anseios da sociedade. Neste sentido, o direito deve estar a serviço dela e jamais obstruí-la, pois é em sua razão que existe o direito.

²⁵ “A justiça, afinal, é o ponto fundamental; todo o resto, embora eventualmente importante, visa apenas à oportunidade.” IHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Salvador, 1956. pp. 265-266.

normatizado, o momento da concretização surge com a efetiva aplicação do Direito pelo órgão competente, tornando o abstrato em real.

Estes momentos devem sempre visar ao equilíbrio da sociedade, tendo como fim o bem comum da coletividade. O Direito, reconhecidamente, é, senão o ideal, o melhor meio existente para disciplinar a vida social e será mais ou menos efetivo, de acordo com sua capacidade de elaboração e de concretização.

Uma sociedade estará devidamente protegida se os órgãos competentes pela elaboração e concretização do Direito forem capazes de atender com plena satisfação aos verdadeiros anseios da população, naquele determinado momento, sem sofrer influências de grupos individuais em detrimento da maioria, geralmente desprotegida, por inúmeros fatores (cultural, econômico, geográfico etc.), de forças políticas.

Sociedade justa, com respeito aos supremos princípios da igualdade e da liberdade jurídica, depende muito destes dois momentos culminantes do Direito e, logicamente, da coerência e capacidade dos órgãos diretamente responsáveis por eles.

3. Direito e Processo

É cediço que, abolida a justiça privada, o Estado chamou para si toda a responsabilidade na elaboração e aplicação do Direito. Porquanto, no mundo jurídico, tudo, até raríssimos resquícios daquela antiga justiça, necessariamente, passa pelo senso estatal, por meio de seu Poder, subdividido, como já aludido, em legislativo, executivo e judiciário.

O legislativo, elaborando as leis, constituindo o corpo normativo em abstrato, coadjuvado, às vezes, pelo executivo e até mesmo pelo povo, mediante modalidades

de participação direta no exercício do poder, tem o dever de proporcionar às várias demandas sociais, a devida proteção jurídica.

A respeito do exercício direto do poder pelo seu legítimo titular, é oportuno registrar o pensamento do jurista Rodrigo Borjas, na obra *Derecho Político Y Constitucional*, ao afirmar que as três formas de participação direta no poder (plebiscito, referendo e iniciativa popular), em verdade, não passam de uma participação indireta, pois os não eleitores terão que ser representados pelos eleitores, com o seguinte relato:

Conceptualmente, la democracia directa supone la inexistencia de intermediarios entre el pueblo y el ejercicio del poder político. Como el cuerpo electoral no es el pueblo mismo, seno la representación constitucional de él, que se interpone entre la massa popular y el gobierno del Estado, bien claro esta que todo acto syo tiene forzosamente naturaleza representativa. En consecuencia, la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito son formas de democracia inderecta, en las que el pueblo actúa por intermedio de sus representante, que son los eclectores.²⁶

O poder legiferante estando nas mãos do legislativo e executivo, resta ao judiciário, por sua vez, a tarefa de aplicar as normas elaboradas, com o fito de tutelar o direito reclamado pelo cidadão. O Estado, como visto, monopoliza a distribuição da justiça, elaborando e aplicando as normas jurídicas. Porém, dos dois momentos, o da elaboração e o da concretização do Direito, interessa mais de perto, por ora, o segundo.

²⁶ BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México, [s/d]. p. 222. No vernáculo: Conceitualmente, a democracia direta supõe a inexistência de intermediários entre o povo e o exercício do poder político. Como o corpo eleitoral não é o povo mesmo, senão a representação constitucional dele, que se interpõe entre a massa popular e o governo do Estado, bem claro está que todo ato seu tem forçosamente natureza representativa. Em conseqüência, a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito são formas de democracia indireta, nas quais o povo atua por intermédio de seus representantes, que são seus eleitores.

Neste panorama, conjugando elaboração e criação, tem-se o Direito como conjunto de normas regrando a vida dos homens que optaram pela construção de uma sociedade, acreditando ser a melhor forma de convívio. Em síntese, esse conjunto de regras, denominado de direito positivo, material, substantivo, é elaborado visando a que todos obedeçam aos preceitos normativos elencados, por se constituir na conduta ideal para a harmonia e a realização do bem comum.

Estas regras são elaboradas não objetivando, pelo menos em primeiro plano, a aplicação da sanção. Ao contrário, almejam que todos as obedeçam, que ajam conforme o que ali está positivado, posto, expreso. Este objetivo é, na feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco, “a fisiologia do Direito”.

Contudo, por motivos vários, o direito material é constantemente desrespeitado,²⁷ surgindo então a necessidade de mecanismos capazes de restabelecer novamente a paz. O caminho, o meio para reparar uma ofensa ao direito posto é o processo. Este, apesar da reconhecida autonomia, possuindo princípios e normas próprias, está a serviço do direito material para oferecer pronto atendimento à sua efetiva aplicação.

Excetuando as restritas formas de composição dos litígios como, por exemplo, a permissão da legítima defesa, do desforço imediato nas ações possessórias e a

²⁷ “Não obstante as espetaculares conquistas da ciência e da tecnologia modernas, os homens vivem ainda sob o espectro da destruição total. Os meios de comunicação são copiosos em ilustrações de violência as quais, convém ressaltar, suscitam especial curiosidade e até mesmo atração nas pessoas atingidas por tais meios. Manchetes nos jornais, filmes no cinema e na televisão, fotografias nas revistas semanais, programas radiofônicos, e o próprio noticiário mundial exibem quotidianamente cenas de agressão e violência que nada ficam a dever às atrocidades perpetradas pelos primeiros povos de que nos fala a história da civilização.” RODRIGUES, Aroldo. *op. cit.* p. 313.

arbitragem instituída pela lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, o processo, necessariamente, terá de ser obedecido na hipótese de desobediência à fisiologia do direito.²⁸

Resumindo, se há uma estrutura normativa limitando a conduta dos indivíduos, é mister um remédio para viabilizar o interagir das pessoas envolvidas nesta cadeia de normas. É preciso um caminho, um norte para que as pessoas possam exigir do Estado, detentor de todo este sistema, um atuar para que todos, inclusive ele, respeite o que está normatizado. Este remédio, caminho, é o processo, criado para servir de instrumento à aplicabilidade do Direito, conjunto de normas elaborado para regular as várias relações entre os membros da sociedade.

Poder-se-ia definir, diante da demonstração da necessidade e da utilidade, o que vem a ser Direito e Processo. Porém, “definir um instituto é, antes de mais nada, formular um enunciado que aglutine todos os requisitos que lhe são inerentes, segundo a ótica que se imprime ao objeto do estudo.”²⁹ Estas sábias palavras, retiradas do atualíssimo magistério do emérito professor Olavo de Oliveira Neto, demonstram a impropriedade e o perigo em se definir um instituto, principalmente jurídico.

Por estas razões, não obstante definições de insígnias processualistas, prefere-se externar os seus papéis, a defini-los. Contornada esta dificuldade, pode-se, então, dizer que o Direito constitui o norte, o equilíbrio da sociedade, sendo, porém, muito mais do que o simples aglutinado de normas. Enquanto processo é o meio adequado para viabilizá-lo,

²⁸ Há situações em que, mesmo estando as partes concordes, o processo deverá ser obedecido. São os denominados processos necessários, como nos casos de anulação de casamento e do direito de punir do Estado.

²⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Admissibilidade e mérito no processo de execução.** No prelo.

com a legítima participação dos sujeitos envolvidos, submetidos a procedimento previamente estabelecido.³⁰

O direito, assim como o poder, é uno. Porém, para uma melhor aplicabilidade, é racional dividi-lo em ramos, matérias, facilitando a vida daqueles que militam no mundo jurídico. Por isso, sem embargo de considerações sobre outras disciplinas, serão alvo deste estudo as matérias cíveis, entendidas como sendo aquelas não penais.

Portanto, se o direito é uno e se suas subdivisões só vêm atender a uma melhor aplicação e se é certo que o processo é um instrumento a serviço do direito material, também o é que este não teria sentido sem aquele, disto conclui-se, com acerto, que não assiste razão àqueles que se intitulam civilistas ou processualistas na defesa de um ramo do direito como sendo mais importante do que o outro.

Uma coisa é atender efetiva e satisfatoriamente ao direito pleiteado junto ao poder judiciário, outra é querer reconhecer mais importância num ramo do direito em detrimento de outro. Estas disputas doutrinárias só contribuem para aumentar o rol de questões que culminam no inaccessível à justiça, fato prejudicial àquela primitiva idéia do convívio harmônico e da realização do bem comum no seio de uma sociedade organizada, titularizada na pessoa jurídica do Estado.

Mas, se hoje existe ainda esta “disputa” na doutrina, no passado foi pior. Mais precisamente, no século XIX reinava absoluta a idéia normativista do direito em total detrimento da visão processual. Entendiam os estudiosos que bastava a criação de normas,

³⁰ O contexto atual exige outras formas de aplicação do direito. O sistema jurídico brasileiro está às voltas com a Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem, como forma alternativa de pacificação judicial, que não o judiciário.

sendo sua aplicação uma mera consequência, não se preocupavam com a efetividade da aplicação daquelas normas positivadas.

O pensamento Durkheimiano reflete bem esse momento. Sua visão do social era organicista, significando dizer que o todo era representado por órgãos, cada qual desempenhando sua função, sem interdisciplinaridade. Exemplificando, tem-se que ao poder legislativo caberia a função legislativa; ao executivo, a executiva e ao judiciário, somente a função de julgar, cada qual cumprindo sua parte e culminando no todo, como o corpo humano dividido em vários órgãos, tendo cada um seu papel delineado.

Este pensamento corrobora o entendimento de Montesquieu que via a figura do juiz como *bouche de la loi*,³¹ traduzindo friamente a letra morta da lei, sem qualquer poder criativo ou de império. Não importava o meio de se aplicar o direito, o processo, bastava a existência do direito substantivo e a tradução mecânica da norma positiva ao caso concreto sem qualquer questionamento por parte do magistrado, pois sua função resumia-se em somente aplicar a lei, jamais em questioná-la, já que isso era função de outro órgão. A ele caberia, tão somente, o dever de pronunciar as palavras da lei.

Marx contrapunha este pensamento, enxergando o Direito como um amontoado de normas, colocado nas mãos da classe dominante que constituía a superestrutura, como meio de dominação da classe inferiorizada economicamente, representada pela infra-

³¹ Expressão francesa que significa boca da lei. De acordo com Montesquieu “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo, 1979. p. 152.

estrutura. Para ele, o Direito se resumia num mecanismo utilizado pelos detentores do poder econômico com o único intuito de manter o *status quo*.³²

Neste contexto, é de fundamental importância o pensamento de Weber,³³ para quem o Direito podia ser compreendido por três diferentes sistemas: o tradicional, o carismático e o legal. Pelo primeiro, a aplicação do direito era possível graças à dominação, ao respeito despendido àquilo que era tradicional como, por exemplo, a obediência do filho ao pai; já o segundo sistema sobrevivia em virtude do carisma que uma determinada pessoa gozava em relação ao grupo, podendo ser o religioso ou algo mais apaixonado ainda, como Hitler e tantos outros da história; por fim, o terceiro sistema, o legal, é baseado na autoridade, na imposição, tendo um órgão como soberano e encarregado na distribuição da justiça, ainda que coativamente.

Max Weber entendia que o melhor sistema era este, o legal, com o Estado chamando para si toda a responsabilidade na distribuição da justiça e isso só seria possível elaborando leis, ficando bem delimitado quem mandava e quem era mandado.

Este sistema veio a lume, principalmente, pelo advento da Revolução Francesa que ajudou a ruir aquela estrutura hierarquizada, baseado no carisma e também na dominação, colocando Deus como dono do poder que o delegava ao papa, seu legítimo representante na terra, que, por sua vez, delegava ao Rei e este, baseado neste poder verticalizado, impunha “suas decisões” aos servos.

³² Expressão latina: estado em que se encontra.

³³ COHN, Gabriel (org.). **Max Weber**. São Paulo, 1989.

Com a superação daquela estrutura feudal, eclode o Estado como o único detentor do poder, despersonalizando-o da figura do rei e afastando a Igreja. Urge, então, a necessidade de elaboração de leis para viabilizar o sistema legal, dando condições para o Estado impor e fazer valer suas decisões.

Mas, a predominância do direito positivo ainda era latente. Porém, ainda em virtude de alguns frutos da Revolução Francesa e com o advento da 2ª Guerra Mundial, o meio social sofreu mudanças, não abruptas, mas com uma intensidade maior do que o normal até então.

A igualdade dos cidadãos, tão decantada durante a Revolução, contrapôs a desigualdade perante a lei³⁴ que, somada às conquistas no mercado de trabalho, bem como com o avanço detonador do capitalismo, acabou resultando em demandas sociais, das quais o Estado não podia mais ignorar. Transformou o perfil da administração da justiça, exigindo uma intervenção mais ativa do ente público, resultando como consequência lógica, uma atenção maior ao processo, bem como à atuação dos Tribunais na resolução dos conflitos.

Em sendo assim, os juristas começaram a compreender que não bastava a produção de normas materiais, era necessário, também, voltar estudos para o campo no qual essas normas incidiam. Com isso, começaram estudos sobre o melhor meio de se utilizar do processo, procurando apontar os problemas relativos à sua ineficácia frente aos direitos reclamados.

³⁴ “*Demebur morti nos nostraque*: é um bonito princípio este da igualdade perante a morte, porém ainda mais estéril que o axioma democrático da igualdade perante a lei, e como tal só tem um sentido no pórtico dos cemitérios.” BARRETO, Tobias. *op. cit.* p. 5.

Evidentemente, como já ressaltado, essa mudança não se deu tão técnica e calmamente como a escrita possa transmitir, outros fatores ainda mais complexos contribuíram.

A intenção, no momento, é demonstrar que as exigências sociais cada vez mais em ascensão e as conseqüências desastrosas para o Estado em não atendê-las satisfatoriamente, como descrédito, criação de justiças paralelas, distúrbios etc., contribuíram, sobretudo, para um repensar na administração da justiça e, principalmente, no papel do juiz, se de fato seria ele um simples aplicador da lei ou se deveria, acima de tudo, ser um agente político que, junto com as partes em juízo, aplicaria a justiça, ao servir-se do processo e não somente da lei material.

Esta preocupação ainda persiste, tendo em vista o ensino e a prática dogmática exagerada do Direito em detrimento do necessário viés sociológico que deve existir na elaboração e aplicação desta ciência.

Neste sentido, após fazer elogios e críticas à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, Plauto Faraco de Azevedo, com maestria e muito bom senso, assevera que o que permaneceu de Kelsen, de modo decisivo na América Latina e no Brasil, foi a concepção normativista do direito.³⁵

Nesta mesma linha de raciocínio, Dalmo de Abreu Dallari prescreve que esta concepção normativista do Direito de Kelsen, seguida por muitos países, por toda América Latina, inclusive o Brasil, sendo aqui incorporada com mais radicalismos ainda,

³⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo, 1999. p. 17.

“afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo.”³⁶

Com brilhante consciência da realidade em que se vive, conclui dizendo: “Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.”³⁷

De todos, quem mais precisa perceber os riscos que este dogmatismo, positivismo exacerbado oferece à justiça é, sem dúvida, o juiz. Este precisa estar atento para não ser envolvido pelo jogo de interesses dos legisladores.

Já foi reproduzido que o Poder é uno, subdividindo-se apenas para uma melhor aplicação. Também já foi dito que este poder é do povo,³⁸ que, por vários motivos (geográfico, populacional etc.), o exerce via representantes. Mas, mesmo assim, manifesta seu poder ao eleger estes representantes.

Portanto, se o poder é do povo e apenas seu exercício é realizado por proposta pessoa, cabe a ele eleger seus prepostos nas três esferas em que se subdivide o poder.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo, 1996. p. 83.

³⁷ Idem, *ibidem*. p. 83.

³⁸ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

Contudo, é consenso que, por questão de maturidade e desenvolvimento sociocultural, só os membros dos poderes legislativo e executivo devem ser, e são, escolhidos pelos seus pares, ficando o judiciário a ser composto por um outro sistema, no caso, concurso público.

Porém, as mesmas pessoas que são vedadas de escolher quem proteja seus direitos no poder judiciário, são consideradas hábeis para escolher os representantes dos demais poderes, responsáveis, justamente, pela elaboração das leis que serão aplicadas pelos membros do judiciário que elas não puderam escolher.

Percebe-se, com isto, que se o juiz não for independente o suficiente para julgar conforme o bom senso e encontrar a busca do bem comum, estará fadado, simplesmente, a cumprir ordem dos demais poderes, contribuindo, ainda que involuntariamente, a lesar o cidadão, rotulado pela Lei Maior de ser o dono do poder.³⁹

3.1. Atuação do Estado

Direito e Processo, portanto, seguem, invariavelmente, um ao lado do outro, harmonizando autonomia e instrumentalidade. Porém, é possível a atuação de um independentemente do outro. Assim, quando o juiz extingue o processo sem julgamento de mérito, atua apenas no plano processual, não passando de um juízo de prelibação, sem questionar a existência ou não da pretensão de direito material trazida para os autos. A pronta

³⁹ “Como é óbvio, a seleção nunca se fez ao acaso, como fato irrelevante ou de pormenor, pois mesmo quando os detentores do comando político procuram situar a magistratura numa situação de dependência, **cuidam para que os juizes aceitem docilmente tal condição, cumprindo fielmente as tarefas de que forem incumbidos, sem consentir nem praticar rebeldias [sem grifo no original].**” DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.* p. 8.

e efetiva realização da obrigação por parte do obrigado constitui, por outro lado, a realização do Direito sem a necessidade do processo.

Surgido o conflito, obedecidos os princípios e normas do processo, ter-se-á a tutela jurisdicional prestada, conjungindo a necessária atuação Direito/Processo.

Se entre as pessoas e o direito reclamado existe uma ponte, que é o processo, isto o reveste de fundamental importância, razão pela qual deve ser bem estruturado para comportar com satisfação a incumbência que lhe é rogada. Então, compreendê-lo significa aparelhar-se para uma melhor aplicação do Direito e, conseqüentemente, para uma harmonização do convívio social, fim último do Estado.

Na escala evolutiva do direito processual, dentre as fases mais acentuadas, a da instrumentalidade do processo é, atualmente, a mais festejada. Cândido Rangel Dinamarco carrega a bandeira com sua obra intitulada *A Instrumentalidade do Processo*, alçando vôos bem altos, fugindo ao chamado “processualismo”,⁴⁰ na procura do esperado processo de resultado.

Seguindo esta linha do instrumentalismo, o processualista deve ter uma visão introspectiva, ou seja, endoprocessual, eliminando qualquer formalismo exacerbado que possa converter numa negação de justiça. É evidente que toda atuação, por mais simples que possa ser, necessita de programação e ordenação. Outra exigência não poderia ser do processo, mas o exagero da forma acarreta em dar mais importância à emenda do que ao soneto.

⁴⁰ A evolução do processo, ao passar da fase autonomista, “[...] atingiu a paroxismos tais que se consagrou o equívoco de considerá-lo um fim em si mesmo, naquilo que passou a ser conhecido como **processualismo** [sem grifo no original] [...].” DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo, 1997. prólogo.

Quer-se dizer com isso que, não obstante a inegável importância da visão instrumentalista do processo, que ameniza a cegueira própria das paixões, que resume o processo com o fim em si mesmo, é necessário algo mais.

Para o processo se caracterizar realmente num instrumento hábil, capaz de realizar a verdadeira justiça preconizada pelo Estado de Direito, alguns dogmas devem ser revistos. No campo da tutela executiva, por exemplo, não se pode mais admitir o princípio segundo o qual não existe execução sem título, sendo, também, necessário, rever a excessiva proteção colocada a cargo do executado etc., como a seu turno será abordado.

O processo é a oportunidade que as partes têm para resgatar o diálogo, agora de forma ordenada e instruída pelo Estado-juiz, visando atender humanitariamente àquela demanda social trazida a juízo, objetivando a composição do conflito com igualdade, para que não existam perdedores e vencedores, mas sim convencidos.

Diante disto, a instrumentalidade do processo deve ser corroborada por um atuar do Estado, materializado na pessoa física do juiz, que vai muito além da vetusta idéia de neutralidade. O juiz, assim como as partes, os sujeitos da relação processual, portanto, deve estar interagido, pronto ao diálogo, à procura da forma mais fácil para se chegar à decisão, equacionando os binômios justiça/rapidez.

No processo, o campo de atuação não deve e não pode se restringir apenas às partes. O juiz tem de ser um agente ativo e não passivo. Não pode aceitar as “verdades” trazidas para os autos se com sua atividade puder alcançar o pano de fundo do conflito e resolvê-lo da forma mais próxima possível da realidade.

Para isso, é necessário que ele, sem perder a responsabilidade do poder/dever de dizer o direito, se iguale às partes, para dar oportunidade de ouvi-las e jamais

se posicionar de forma equidistante, observadora, ainda que conforme as regras do processo,⁴¹ mas sem sua intervenção, sob a especiosa capa de neutralidade.

É inocência ou artifício retórico defender radicalmente a presença da neutralidade nas decisões judiciais. Ao decidir, invariavelmente, o julgador descarrega todo um subjetivismo na sua convicção. Sua cultura, seus hábitos, sua posição social etc., são fatores que pesam na hora de decidir. Somente através de uma atuação mais perto possível das partes e, de um modo geral, de todos os envolvidos na relação processual, conseguirá amenizar estas ditas influências.

O mundo jurídico vê, então, no direito e no processo um papel de vital importância para a harmonia da sociedade. Porém, além das normas elaboradas (direito) e do instrumento (processo) para viabilizá-las, quando necessário, é fundamental a atuação do juiz. Não somente como uma pessoa poderosa, detentora da jurisdição.⁴² Mas, principalmente, como alguém capaz de aplicar os princípios gerais do direito e não simplesmente a lei como lhe é posta pelo poder competente. É necessário compreender, de um vez por todas, que Direito não se resume à existência de leis.

Como bem relata o Advogado e Professor de Direito Processual Penal Edson Vieira Abdala, “o julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado

⁴¹ “Mas a escuta não deve alcançar, como se poderia pensar apressadamente, apenas os litigantes, mas também o próprio juiz, o qual não tem sido treinado à democracia (ouvir/escutar/dialogar) mas à prepotência. Via de regra, ele entra no processo com preconceito de tratar com pessoas de “menor significado”, que nada tem a dizer, mas apenas a ouvir sua “respeitável decisão”.” CARVALHO, Amílton Bueno de. *Direito alternativo e processo*. In : RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo, 1995. p. 17.

⁴² “Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre, 1993. p. 19.

somente no direito positivo, apenas repete o sistema e infunde a megaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade. O juiz pode tudo, dependendo apenas da sua habilidade para fundamentar, não necessitando esconder-se na legislação inflexível para ser mais ou menos juiz.⁴³

Alternativo ou não, o que importa é que o juiz não pode se subsumir a uma lei injusta, desatualizada ou inadequada para o caso, sob o pretexto de estar aplicando a lei ao caso concreto e, assim, de estar realizando justiça.

O processo deve ser, portanto, mais do que um instrumento de aplicação do direito positivo, deve ser utilizado por todos, principalmente pelo juiz, como meio de aplicação do Direito, visto não só aquele positivado, mas o do povo, da sociedade.

Qualquer entrave que venha prejudicar esta atuação política dos sujeitos da relação processual, dificultando o entendimento, o diálogo, o acordo entre as partes, deve ser repudiado. Neste sentido, a linguagem jurídica tem se mostrado, também, um verdadeiro inaccessível à justiça.

O mundo jurídico, por tratar de questão de tão grande relevo, deve proporcionar um amplo acesso, sendo qualquer tipo de exclusão veementemente combatida. Por esta razão, num país subdesenvolvido como o Brasil, com índices de analfabetismo altíssimos, excluir pela linguagem é um mal que deve ser urgentemente reparado.

A linguagem jurídica, de um modo geral, é incompreensível à maioria. Diante da brutal ignorância, os operadores do Direito conseguem ludibriar aqueles que, por

⁴³ ABDALA, Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In : RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)**. São Paulo, 1995. p. 65.

razões várias, não conseguem entender o que está se passando com o seu “direito”. Esta técnica maldosa e artificiosa é utilizada inclusive pelo legislador constituinte, haja vista o artigo 5º com seus incisos grafados em romanos, embaraçando até mesmo estudiosos. Justamente no título que cuida dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão.

Compartilha do mesmo entendimento o Professor Doutor René Ariel Dotti: “após os anos de convivência inócua e irritante com o dialeto economês, a sociedade não pode mais suportar as dúvidas e as inquietações fabricadas por uma linguagem tecnicista, rebarbativa e alienante que marca um novo código de dominação ideológica: o bacharelês.”⁴⁴

Justiça, segundo o pensamento deste renomado jurista paranaense, é, do ponto de vista institucional, um serviço público e, como tal, precisa ser eficiente, transparente, capaz de atender satisfatoriamente o povo.

Continua o professor: “é preciso, com urgência, estabelecer um processo de diálogo eficiente entre os operadores da lei e militantes do foro, por um lado, e os meios de comunicação e o povo, de outro, para que os serviços da Justiça não sejam comprometidos pela maldição da linguagem, assim como narram as escrituras a respeito da criação e os tempos primitivos do mundo: ‘Por isso se chamou o seu nome Babel, porque ali confundiu o Senhor a linguagem de toda a Terra. E dali dispersou por toda a superfície dela (Genesis, 11, 9).’”⁴⁵

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. A justiça e a linguagem cifrada. **Folha de Londrina**, Londrina, 28 de abril de 1997, cad. 1. p. 4.

⁴⁵ Idem, *ibidem*. p. 4.

Linguagem rebuscada, excessivamente erudita, ofende o princípio da igualdade ao permitir compreensão apenas a uma ínfima parcela da sociedade.⁴⁶ O uso desmedido do latim é outro fator degradador do pleno acesso à justiça. Mas, demonstrando desconhecimento da própria legislação, uma vez que o artigo 156 do Código de Processo Civil exige o uso do vernáculo, o próprio legislador se utiliza de expressões latinas.

Carlo Ginzburg também denuncia este ato: “Começou denunciando a opressão dos ricos contra os pobres através do uso de uma língua incompreensível como o latim nos tribunais: ‘Na minha opinião, falar latim é uma traição aos pobres. Nas discussões os homens pobres não sabem o que se está dizendo e são enganados. [...]’”⁴⁷

Com tudo isto, tem-se uma legislação confusa, exagerada, oportunista, constituindo-se numa verdadeira inflação legislativa, culminando, muitas vezes, em verdadeiras injustiças abstratas que, por esta razão, não pode ser concretizadas pelo judiciário.

Segundo relato do Jornal “O Estado de São Paulo”, edição do dia 13 de abril de 1997, o Brasil tem 9,4 mil leis federais e mais de 100 mil decretos, sendo que só no Estado de São Paulo há 41 mil leis estaduais. Somente no ano de 1996, a Assembléia Legislativa Paulista aprovou 141 leis ordinárias.

Aristóteles, ao seu tempo, já se preocupava com o modo pelo qual são elaboradas as leis, criticando sua apressada elaboração. No atropelo em que são elaboradas as leis, muitas vezes, exprime-se a enganadora convicção de que sua profusa criação resolverá os

⁴⁶ “Aproveito a ocasião para jurar que jamais fiz um poema ou verso ininteligível para me fingir de profundo sob a especiosa capa de hermetismo. Só não fui claro quando não pude [...]” BANDEIRA, Manuel. *Itinerário de pasárgada*. Rio de Janeiro, 1957. p. 91.

⁴⁷ GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes : o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição*. São Paulo, 1998. p. 51.

problemas sociais, o que na realidade não ocorre, servindo as mesmas leis, somente, como um elemento de perturbação suplementar na sociedade.

O resultado é esta superabundância de leis, sem qualquer ressonância popular e, por isso mesmo, de escassa força moral. Essa idéia decorre da falsa percepção de que o Direito reduz-se à lei e com ela se identifica. Surgem os “técnicos”, especializados nos vários setores do ordenamento jurídico, sem visão de seu conjunto e, principalmente, da realidade que os inspira, tendendo a tudo neutralizar na execução de seu trabalho de pura economia interna da ordem jurídica. Ao império do Direito sucede o das leis, sejam elas quais forem, ainda que desligadas das humanas necessidades e do sentido da vida. Daí vem a descrença ou a perplexidade com que o profano encara o “técnico” em leis, com sua linguagem marcada pelo preciosismo e, não raramente, nada mais no pensamento.

Em virtude desta conjuntura, convive-se com dispositivos confusos e extravagantes que inviabilizam os serviços dos operadores jurídicos. A mesma reportagem acima mencionada descreve alguns artigos do incrível Decreto Federal nº 56.585, de julho de 1965, que gasta uma página e 11 (onze) artigos para descrever o ovo.

É interessante transcrever alguns artigos para dar uma exata idéia da legislação a que se está submetido:

Art. 1º. Pela designação de ovo entende-se o ovo de galinha, sendo os demais acompanhados da indicação da espécie de que procedem;

Art. 3º. O ovo segundo a coloração da casca, será ordenado em dois grupos: I- Branco e II- De cor. Enquadra-se no Grupo I o ovo que apresente casca de coloração branca ou esbranquiçada. Enquadra-se no grupo II o ovo que apresente casca de coloração avermelhada;

Art. 11. Os casos omissos serão resolvidos pelo diretor do Serviço de Padronização e Classificação do Ministério da Agricultura.

Segundo ainda relato do jornal, na mesma página, o Decreto 56.586 autoriza o cidadão Manoel Jorge Curi a pesquisar esmeralda no município de Conquista, Estado da Bahia.

Com toda esta panacéia, como respeitar o artigo 3º da LICC, que obriga a conhecer toda a legislação existente, sob pena de responsabilidade?⁴⁸

O direito se realiza com o seu fiel cumprimento, voluntariamente, por respeito às normas existentes ou pelo efetivo cumprimento do comando exarado na sentença ou acórdão, pelo judiciário. Declarar direito, seja abstrata ou concretamente, não significa, na maioria das vezes, satisfazer eficazmente àquele que dele tanto necessita.

Por estas razões, o papel do juiz transcende o simples aplicar a lei ao caso concreto, como se fosse uma luva que perfeitamente se encaixa nos dedos conforme, romanticamente, é ensinado nos bancos escolares e aplicados por muitos.

Não se está, com isto, querendo discutir o acerto da teoria unitária ou dualista do direito, agudamente debatida entre renomados processualistas. Pretende-se, apenas, olhar pelo lado “do consumidor do direito” porque este se satisfará com a sua efetiva realização e isto só ocorrerá com o pronto respeito pela norma existente ou, então, como já se disse, pelo efetivo realizar do comando expresso na decisão judicial.

O raciocínio é evidente. Se “A” é credor de “B” e necessita da intervenção do Estado-juiz para receber seu legítimo crédito, pouco ou quase nada lhe interessa a declaração judicial deste crédito. A sua satisfação só virá com a efetiva atuação jurisdicional, agindo coercitivamente sobre a vontade do devedor para cumprir, com ou sem

⁴⁸ “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

sua vontade, a obrigação devida. Neste sentido, o direito se concretiza com a sentença, mas só será satisfeito, consumado, com a efetiva e integral realização do comando nela expresso, que realmente interessa ao credor.

A questão dessa efetividade será adiante melhor trabalhada, detalhada, precisamente quando do estudo sobre a efetividade da tutela executiva.

Há leis em abundância, porém a quantidade não corresponde, eqüitativamente, à satisfação jurídica.

Por isso, neste jogo, o juiz é, indubitavelmente, a peça fundamental. E esta peça deve ser lapidada não no judiciário, onde o vezo, com certeza, já lhe vendou os olhos, mas sim desde os bancos escolares, com um ensino jurídico desmascarado, de cunho filosófico, sociológico, ético, enfim, voltado para os reais problemas sociais.

O ensino jurídico deve perder aquele culto de formalismo exacerbado, assombroso, inculcando na mente dos futuros bacharéis uma irreabilidade que só os mais auspiciosos irão perceber com o desenvolver da profissão, lutando contra estes mitos, sendo que a maioria, lamentavelmente, cairá numa profunda decepção, culminando em maus profissionais ou em mudanças de profissão.

Esse e outros problemas afetos ao mundo jurídico foram bem focalizados pelo professor Roberto A. R. de Aguiar. Seu texto *A Contemporaneidade e o Perfil do Advogado*, merece uma leitura pausada. O autor demonstra, com clareza e objetividade, as várias facetas do campo jurídico, como na seguinte passagem:

Quando os cursos jurídicos se atêm a um legalismo coimbrão, quando não refletem filosoficamente, eticamente e nem contextualizam na concretude da história os institutos jurídicos estudados, vão formando pessoas que

têm grave problema de se compreenderem e entenderem os outros, o que pode gerar apatia, inflação falsa de egos, no sentido junguiano do termo e perda da possibilidade de chegar a entender o seu próprio si mesmo. Essas pessoas, ligadas ao tópic, ao circunstancial, ao caso, às regras internas do processo não têm tempo, nem condições de dar um sentido para suas próprias vidas. Por outro lado, certos cursos universitários, dentre eles o de Direito, tendem a criar falsas hierarquias, ou nos bancos escolares, ou nas futuras profissões a serem escolhidas. No Direito, as carreiras de estado são consideradas superiores, segundo uma hierarquia inculcada na cabeça dos alunos, desde o início de seus cursos e que pode ser traduzida pela seguinte ordem: os magistrados, como superiores, os procuradores e promotores como a faixa média e os advogados como o nível inferior. Essa visão, não tratada explicitamente, mas veiculada nas entrelinhas e nas histórias das práticas jurídicas, condiciona os advogados a serem servis perante os juízes, até mesmo pela justificativa segundo a qual não se pode discordar de quem vai decidir sobre uma causa que envolve seus clientes. Assim, pela servidão voluntária que é passada, é estabelecida um estrutura de trabalho onde os magistrados tendem a ser autoritários, exigindo prazos, horários e honras, enquanto eles mesmos não são fortes nem em prazos, nem em horários, nem em respeito aos advogados e às partes. Mas essa perversidade é aceita porque foi passado ao advogado futuro, nos bancos escolares, que ele deve ser submisso à ordem legal e aos comandos dos juízes, mesmo que, na teoria seja ensinado que o processo é um *actum trium personarum* [sem grifo no original]. O resultado disso é o da formação de pessoas dóceis, pouco criativas e ontologicamente inseguras, pois eles acreditam que estão à mercê do Judiciário, conformando-se com isso, ou se revoltando internamente, sem nenhuma consequência prática.⁴⁹

Finalizando, o processo como instrumento da jurisdição deve ser filtrado, não só do exagero da forma, mas de todos esses males, somado a uma atuação mais contundente de um juiz consciencioso da função social que exerce.

⁴⁹ AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. In : **OAB Ensino jurídico : Novas diretrizes curriculares**. Brasília, 1996. pp. 134-135.

4. Breve relato histórico da tutela executiva no direito processual civil brasileiro

Processo, atuação dos sujeitos da relação processual, Direito etc., são termos que serão utilizados interdisciplinariamente por todo o trabalho que se pretende realizar. No momento, antecedendo o objetivo maior que é a busca da efetividade do processo, pelo viés da tutela executiva, é mister traçar um relato, ainda que sucinto, acerca do surgimento do processo civil no Brasil e, como consequência, a evolução da tutela executiva.

Já advertia Roberto Lyra que “Iniciar o curso pela história, especialmente a do Brasil, é, antes de tudo, o único meio de inflamar a visão inaugural, correspondendo à mais ansiosa expectativa do estudante de Direito.”⁵⁰

Miguel Reale compartilha do mesmo entendimento, ao prescrever “É possível que a meditação da história nos torne mais conscientes das razões concretas da atividade jurídica, de maneira que as necessárias estruturas e processos formais, garantidores da justiça, não se convertam em rígidos entraves à atualização espontânea dos fins que compõem a constante ética do Direito.”⁵¹

Nesse mesmo sentido, é o magistério de Gabriel de Rezende Filho: “Para estudar os institutos fundamentais do Processo Civil e discutir com segurança os seus grandes e delicados problemas, há conveniência em enquadrá-los numa larga visão histórica.”⁵²

⁵⁰ LYRA, Roberto. **Guia do ensino e do estudo de direito penal**. Rio de Janeiro, 1956. p. 15.

⁵¹ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. São Paulo, 1977. p. 14.

⁵² REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo, 1968. p. 30.

Como se vê, a história é de suma importância em todo estudo que se pretende realizar, pois dá suporte a um bom entendimento. Neste caso em específico, a intenção é mostrar o surgimento do processo civil no Brasil, tomando a liberdade de, em forma de anexo, transcrever na íntegra a primeira legislação, inclusive com as regras ortográficas da época, muito mais como um dado histórico do que como parte integrante do trabalho em si.

Quando da descoberta do Brasil e da conseqüente dominação pelos portugueses, foi imposta à, então, colônia, entre outras coisas, a legislação daquele país. Desta feita, aprioristicamente, as leis lá vigentes, aqui também vigoraram, são elas, respectivamente: Ordenações Afonsinas, em honras de Afonso V, Rei de Portugal, vigorando no período compreendido entre os anos de 1.446 a 1.520; Ordenações Manuelinas, em honras do Rei Dom Manuel, sendo o primeiro Código impresso no Velho Continente, vigendo de 1.521 a 1.603; por derradeiro, as Ordenações Filipinas, em honras do Rei Felipe I, vigorando no lapso temporal de 1.603 até 1.830. Esta teve vigência, inclusive, após a independência do país, como abaixo se verá.

A história do processo civil brasileiro deve ser assinada a partir da data de sua independência, da sua emancipação política, pois foi após esse momento que a preocupação em disciplinar a atividade jurídica aflorou como uma necessidade ímpar.

Porém, impossível seria apartar-se imediatamente daquele mundo jurídico a que o Brasil até então estava subordinado. Desta feita, como primeira providência, foi estabelecer quais leis iriam vigorar no país até que fosse possível a elaboração da legislação nacional. Isso, legalmente, foi realizado pelo documento do seguinte teor:

D. Pedro Primeiro, por graça de Deus e Unânime Aclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Perpétuo Defensor do Brasil, a todos os

nossos Fiéis Súditos, Saúde. A Assembléa Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil tem Decretado o seguinte: A Assembléa Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil Decreta: Art. I – As ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governa até o dia vinte e cinco de abril de mil oitocentos e vinte e um, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Côrte; e tôdas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor Dom Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino; e como Imperador Constitucional dêle, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas; para por elas se regularem os negócios do interior dêste Império, enquanto não se organizar um nôvo Código, ou não forem especialmente alteradas. Art. II – todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabela junta, ficam igualmente valiosos, enquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa, em 27 de setembro de 1823. Mandamos, portanto, a tôdas as Autoridades Civis, Militares e Eclesiásticas que cumpram e façam cumprir o referido Decreto em tôdas a suas partes e ao Chanceler Mor do Império que o faça publicar na Chancelaria, passar por ela, e registrar nos Livros da mesma Chancelaria a que tocar, remetendo os Exemplares dêle a todos os lugares a que se costumam remeter e ficando o Original aí, até que se estabeleça o Arquivo Público, para onde devem ser remetidos tais Diplomas. Dada no Palácio do Rio de Janeiro aos 20 dias do mês de outubro de 1823, 2º da Independência e do Império.

Imperador com Guarda
 José Joaquim Carneiro de Campos

A par dessa determinação legal, o processo civil ficou ainda sob a égide do Livro III das Ordenações Filipinas que disciplinava o regime jurídico das Ordenações do Reino de Portugal. Ele só começou a sentir os efeitos da emancipação política do país dez anos após a proclamação da independência, quando da promulgação do Código Criminal do Império que substituiu o Livro V das Ordenações, reservando uma disposição anexa, com 27 artigos encarregados de, provisoriamente, administrar a justiça civil.

Insculpido no Código Criminal do Império, este é, sem dúvida, o marco inicial da nacionalização do processo civil, razão pela qual entende-se ser prudente transcrevê-lo, o que foi feito em forma de anexo, agregado ao final deste trabalho, como já salientado.

Toda essa lenta evolução do processo civil pátrio não esconde aquela realidade, já abordada, de total desprestígio do processo frente ao direito material. A preocupação na forma de como dizer o direito era inexpressiva.

Mas, ainda que timidamente, começou a nascer um espírito reformador, apregoando uma justiça mais rápida e menos dispendiosa,⁵³ preocupações essas atreladas exclusivamente ao direito de propriedade, como perceptível neste trecho do decreto de 3 de outubro de 1883 que reformulou o Código Criminal do Império:

A Regência, em nome do Imperador o Senhor D. Pedro II, atendendo à urgente necessidade, que há de reformar-se a atual legislação em muitos pontos dela, em que a experiência tem mostrado ser defeituosa, e não poder preencher bem o fim, a que se dirige, de manter a **segurança pessoal e de propriedade** [sem grifo no original], objeto primário das associações humanas, e base essencial da prosperidade das nações [...].

Percebe-se, dessarte, como os problemas de hoje têm suas raízes no passado. O direito de propriedade sempre foi assaz protegido, dando-se prioridades e privilégios à minoria em detrimento da maioria. A reforma neste campo foi, ou melhor, é tão lenta, que existem, em pleno século XX, intermináveis conflitos, com várias mortes, por disputas de terras, problemas já solucionados em outros países há muito tempo, como fator de primordial importância para quem optou por comungar esforços para constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

O código civil pátrio entrou em vigor em 1º de janeiro de 1916 e seu artigo 1º expressa bem a intenção do legislador em elevar a proteção da propriedade como

⁵³ Atualmente, esses dois objetivos ainda são perseguidos pelas várias reformas por que tem passado o processo civil. Disso é forçosa a seguinte ilação: ou as reformas têm sido só paliativas ou, o que é pior, a razão ainda assiste a Marx e o direito não passa de um instrumento hábil nas mãos dos poderosos economicamente, mantendo alienada a classe menos abastada econômica e culturalmente.

meta fundamental. Diz o citado artigo: “este código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e as suas relações”. Se hoje está, estatisticamente, comprovado que apenas uma ínfima minoria tem o privilégio de possuir bens, imaginem em 1916! Esse dispositivo relata uma proteção elitista do que vem se arrastando desde os primórdios.⁵⁴

O código civil é compilado por 1.810 (mil, oitocentos e dez) artigos e, mesmo disciplinando temas relativos à família, como casamento, separação, guarda de filhos, sucessão etc., somente em uma única vez, no artigo 1.338 “caput”, menciona a palavra amor e, ainda assim, não no sentido afetivo. Isto porque sua principal preocupação é a proteção patrimonial.⁵⁵

O segundo período da história do direito processual civil brasileiro inicia-se com o Regulamento nº 737 de 1850. Essa legislação visava disciplinar a forma de se aplicar o direito comercial⁵⁶ e só mais tarde, por conveniência de alguns, através do Decreto 763 de

⁵⁴ O professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni, com maestria ímpar, enxergou este problema no processo. “Em um determinado momento o processualista acordou e observou que a Justiça Civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava de recorrer ao Judiciário [...]” Ratificou citando Roberto de Aguiar com a seguinte passagem: “a Justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização libanizada de interesses, ou por um “apartheid” social, conforme os analistas políticos. Nessa voragem os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função social do advogado perde sua significação” (A Crise da Advocacia no Brasil, p. 20). MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo, 1997. p. 19.

⁵⁵ “O gestor responde pelo caso fortuito, quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesses deste por amor [sem grifo no original] dos seus.” Art. 1.338 do Código Civil.

⁵⁶ A legislação estava totalmente voltada para uma determinada classe, sem qualquer preocupação com o social. A primeira ocupava-se da propriedade como fim a ser resguardado, esta preocupava-se com o comércio, com a burguesia. Não é difícil compreender que quem tinha propriedade e praticava o comércio era a classe minoritária detentora do poder econômico, portanto a legislação era exclusivamente em prol deles.

19 de setembro de 1890, o Governo Provisório da República determinou que ele fosse observado também nas causas cíveis.

Tal Regulamento passou a ser o Código de Processo Comercial e Civil do Brasil, vigorando mesmo depois da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 que deu competência aos Estados para legislar sobre processo civil. Nesse período da história, legislar sobre processo não era competência privativa da União como hoje.⁵⁷ Cada Estado-membro podia elaborar suas próprias regras sobre processo, vigendo a pluralidade processual.

Mesmo com competência para legislar sobre processo, muitos dos Estados da Federação continuaram adotando o Regulamento 737 e aqueles que optaram por elaborar um novo diploma processual, acabaram transcrevendo o citado Regulamento, exceto Bahia e São Paulo que, em seus códigos, trouxeram inovações inspiradas na legislação processual européia.

No que pese a importância desse Regulamento para a vida do processo civil no Brasil, deve ser ressaltado que, a princípio, ele tinha como escopo disciplinar o processo das causas comerciais e, só mais tarde, foi eleito também para as causas cíveis. Assim, fica evidente que não existia uma preocupação com o processo civil, ele sempre emergia de outras legislações, em segundo plano.

Esse Regulamento foi muito festejado por parte da doutrina. Contudo, recebeu severas críticas de autores de renome, dentre eles Francisco Cavalcante Pontes de Miranda e José Frederico Marques, sendo que, para Pontes de Miranda, não passava de um “decreto defeituoso, mal concebido, fácil, por superficial e eivado de graves fugidias às mais

⁵⁷ “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]” Art. 22 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

sérias dificuldades científicas”,⁵⁸ já para Frederico Marques: “Temos para nós que o famoso e decantado regul. n.º 737 é um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do Direito Processual, da época que foi elaborado.”⁵⁹

Pelo peso intelectual desses doutrinadores e, principalmente, pelo fato de que tal Regulamento veio a serviço da prática comercial da época, servindo apenas como “estepe” ao processo civil, não assiste razão àqueles que defendem sua existência como sendo um monumento legislativo e um dos melhores códigos da América Latina. No campo comercial pode até ter sido, mas para o processo civil não, tanto que os novos códigos de 1939 e de 1973, que o sucederam, reclamam mudanças até hoje.

Voltando à fase da unidade processual, precisamente na Constituição de 16 de julho de 1934, em seu artigo 5º, XIX, “a”, as atenções ficaram por conta da elaboração de um Código único, capaz de atender, satisfatoriamente, às necessidades processuais da Federação como um todo.

Sobreveio, então, o código de processo civil de 1939, dividido em 10 (dez) livros: Livro I- Disposições Gerais; II- Do Processo em Geral; III- Do Processo Ordinário; IV- Dos Processos Especiais; V- Dos Processos Acessórios; VI- Dos Processos da Competência Originária dos Tribunais; VII- Dos Recursos; VIII- Da Execução; IX- Do Juízo Arbitral e X- Disposição Final e Transitória, totalizando 1.052 artigos.

⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de apud COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura.** São Paulo, 1970. p. 32.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Rio de Janeiro, 1966. p. 116.

Considerando que até então a legislação processual existente só veio servir as causas cíveis em segundo plano, esta foi realmente a primeira legislação a tratar das causas cíveis em âmbito processual. Neste ponto, o avanço foi notável, porém, as falhas ainda eram grandes.

O processualista Moacyr Amaral Santos reportava-se ao novo diploma processual da seguinte forma:

O Código de 1939 tinha não poucas virtudes. Essas consistiam na adoção das doutrinas mais modernas, tomado o processo como instrumento do Estado no desempenho de sua função jurisdicional, e norteado pelos princípios da publicidade e oralidade – esta considerada o sistema compreensivo da oralidade, da concentração dos atos processuais, da imediação do juiz com as partes e os meios de prova, da identidade física do juiz no decorrer da lide – e, ainda, pela combinação do princípio dispositivo e do princípio do juiz ativo. Mas apresentava muitos e reconhecidos defeitos, especialmente no concernente aos processos especiais, aos recursos e à execução.⁶⁰

Apesar de o reconhecido progresso no processo com a introdução dos princípios acima elencados que, nem sempre eram cumpridos devido a fatores geográficos e à falta de recursos técnicos, pecou o legislador de 1939, no tocante ao processo de execução, aos procedimentos especiais e ao sistema recursal como um todo, fatos suficientes para abarrotar tanto a 1ª como a 2ª Instância de numerosos feitos.

O equívoco do legislador foi prestar a devida atenção à parte geral deste diploma processual, introduzindo o que tinha de melhor na legislação européia, porém, esquecendo-se em demasia dos demais livros, como bem nos lembra Sérgio Bermudes: “[...] Dizia-se, com razão, que dois espíritos coabitavam o código anterior: a parte geral estava

⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol. 1, São Paulo, 1998. pp. 56-57.

impregnada de novas idéias, ao passo que as que tratavam dos procedimentos especiais, dos recursos e da execução se ressentiam de um lamentável ranço medieval.”⁶¹

O maior defeito desse código era, indubitavelmente, a ausência do julgamento antecipado da lide, forçando o magistrado a obedecer toda a instrução probatória, quando já reunia condições suficientes para decidir, procrastinando ainda mais e, desnecessariamente, o andamento do feito processual. Acrescendo a tudo isso, o código aceitou muitas leis extravagantes, justamente para suprir suas deficiências em certos pontos, o que acabou culminando em sua própria ineficácia.

Com tantas falhas e por ter em alguns pontos, principalmente no processo de execução, reproduzido quase que fielmente o vetusto Regulamento 737, esse diploma processual não poderia ter, como realmente não teve, vida longa. Em 1973 foi promulgado o novo Código de Processo Civil.

A nobre incumbência de apresentar ao povo brasileiro um novo diploma processual que melhorasse em muito o anterior, coube ao Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, elaborador de detalhada exposição de motivos, publicada no Diário da Câmara dos Deputados de 02 de agosto de 1972, corrigir os “erros” do código anterior, dentre outras coisas.

A necessidade do novo diploma processual não permitiu apenas reformas, como queriam alguns, foi indispensável a revogação do anterior. O autor convenceu-se de que seria mais difícil corrigir o código anterior do que fazer um novo.

⁶¹ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro, 1996. p. 203.

A promulgação do atual Código de Processo Civil foi um avanço considerável no mundo jurídico, sendo, inclusive, considerado por renomados doutrinadores como um dos melhores dispositivos processuais do mundo.

Mas isso não impediu que, antes mesmo da sua vigência, recebesse, ainda durante o período da “vacatio legis”,⁶² mudanças em vários artigos, procurando atender às necessidades da época. Mesmo assim, trouxe consideráveis inovações, como a permissão do julgamento antecipado do mérito, o chamamento ao processo, recurso adesivo, dentre outros.

O atual código, não se pode esquecer, sofreu influência do Direito europeu e isto, se por um lado lhe trouxe um rigor técnico, causou, também, seqüelas no seu atuar. Isto porque foi herdada do Direito europeu toda uma estrutura e, por via oblíqua, um procedimento que não atende efetivamente às necessidades nacionais, haja vista a flagrante distância envolvendo a cultura daquele continente e a deste país.

A legislação processual pátria seguiu fielmente a onda liberal da época, proporcionando às partes a total gestão do processo, restringindo a intervenção do juiz que era mínima, quase nula. Ele deveria ser neutro, equidistante, pois, como membro do Estado, não poderia interferir na vontade das partes, mas tão somente aplicar a lei ao caso concreto e zelar pelo procedimento.⁶³

⁶² “vacatio legis” é o período compreendido entre a promulgação da lei e sua vigência. A doutrina costuma dizer que durante esse lapso de tempo a lei fica em descanso, proporcionando aos jurisdicionados condições de conhecê-la, evitando alegação de ignorância ao seu respeito.

⁶³ “Tanto o regulamento 737 como o Código de Processo Civil de 1939 e de 1973 brasileiros eram calcados na tradição, na ideologia e no modelo liberal de processo.” CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*. vol. I, São Paulo, 1999. p. 35.

Conseqüência disto é que o código, o mais novo da federação, excetuando-se o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, está passando por inúmeras reformas, já existindo defensores da necessidade de se elaborar um novo diploma processual civil.

Uma legislação tão nova e, não obstante, requerendo mudanças constantes, autoriza concluir que sua estrutura, seu funcionamento, estão aquém do seu papel, da sua função social. Quando da sua elaboração, os legisladores e a doutrina, de um modo geral, esqueceram, ou a influência européia fez com que se esquecessem, que não basta um instrumento processual que se limite, na maioria dos casos, e, principalmente, em relação àqueles que dele mais necessite, a declarar simplesmente a quem pertença o direito.

Muito mais do que isto, é mister um atuar do Estado-juiz, através do instrumento hábil, o processo, tendente a obrigar o sucumbente a cumprir o que ficara determinado pelo comando expresso na sentença. Mas, como se verá no capítulo acerca da estrutura do Código de Processo Civil, esta interferência, ainda que justa, não é permitida e pior, não é aceita pela cultura jurídica tradicional, ainda presa à opção liberal do processo.

Constitui dado do qual não se pode olvidar, que a maioria das legislações em vigor foram elaboradas durante um regime militar ditatorial, sendo que o mentor do Código de Processo Civil, Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, como já salientado, apesar de as honras que tem recebido da doutrina processual, foi, também, um dos responsáveis pelo famigerado AI-5, de lembranças nada agradáveis à população.

Todo este momento político influenciou sobremaneira nas opções legislativas, principalmente, naquelas voltadas para atender mais de perto a população carente. Em rápidas palavras e considerações, esta é a trajetória do processo civil no Brasil.

Com relação à tutela executiva, a questão toma outro relevo tendo em vista o objetivo do presente estudo. Sua evolução, como não poderia deixar de ser, acompanhou, no Brasil, a seqüência pela qual passou o gênero processo civil acima apontado, qual seja: aprioristicamente anexada ao código criminal, depois ao Regulamento 737, Código de 1939 e, no atual de 1973.

Se, com relação ao processo civil, foi possível somente uma visão brasileira da sua história sem, logicamente, olvidar da importância e conhecimento das várias influências alienígenas, principalmente a romana, com relação à espécie processo de execução, será necessário, para uma melhor abordagem, reportar-se aos primórdios e, através de um cotejo, analisar sua evolução até os dias atuais.

A sucessão de fatos no mundo jurídico exige sempre um repensar de posição, colocando-se lado a lado o presente e o passado. Por mais inovadora que possa ser uma proposta, terá o seu articulador suporte na história. Além disso, muitos dos institutos atuais são velhos conhecidos dos antepassados, ganhando apenas uma roupagem nova.⁶⁴

A questão da execução está ubiquamente relacionada à atuação do Estado no que tange à prestação jurisdicional. Executar é, processualmente falando, forçar alguém, devidamente reconhecido como obrigado-devedor, a cumprir com o pactuado. Esta necessidade de executar o devedor, forçando-o a cumprir com a obrigação, não mudou com o tempo. O que sofreu sensível evolução foi, exatamente, a forma e a pessoa incumbida de executar.

⁶⁴ “Não se pode, pois, negar que a própria história se encarrega de ser repetitiva, quando as dificuldades do presente sentem necessidade de reviver costumes passados ou reativar procedimentos tidos como ultrapassados, mas que ainda podem ser úteis às soluções de muitos problemas.” NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil*. São Paulo, 1995. p. 2.

Apesar de não apresentar nenhuma novidade, é prudente reportar-se ao fato de que antes da presença de um Estado forte, capaz de fazer valer sua decisão de forma soberana, vigorava na sociedade a lei do mais forte e os conflitos eram resolvidos selvagememente, de acordo com o interesse do dominador.

Passada esta fase silvestre, rústica, o Estado aparece como mediador de conflitos. Num primeiro momento, apenas autorizava a atuação do particular depois, monopolizou a justiça.⁶⁵

Nestes dois períodos é acentuada a evolução da tutela executiva. Durante o período denominado de *legis actio per manus injectionem*,⁶⁶ a participação do Estado era irrisória, limitando-se apenas a autorizar o credor a executar o devedor pelas próprias forças.

Este procedimento, como é sabido, chegava ao ponto de autorizar o credor a dispor do devedor, vendendo-o como escravo ou, até mesmo, matando-o. Caso existissem vários credores, o dinheiro recebido pela venda do devedor como escravo era dividido, bem como, caso não aparecesse ninguém interessado na compra, o devedor seria esquartejado e seus pedaços divididos entre os vários credores.

Apesar de não se importar pelo tamanho dos pedaços do corpo, cada credor recebia a sua parte, simbolizando a satisfação do crédito e a recomposição da honra pessoal. Até aqui é interessante notar dois pontos: a execução era iminentemente pessoal,

⁶⁵ Este período que caracterizou a atuação do Estado de forma exclusiva, proibindo ao particular o exercício da Justiça pelas próprias mãos, é denominado de *cognitivo extra ordinem*.

⁶⁶ No vernáculo: ação da lei pela colocação da mão.

recaindo somente sobre a pessoa do devedor e a atuação do Estado era ínfima, predominava na execução, a privatização.⁶⁷

É oportuno registrar este procedimento previsto na Lei das XII Tábuas (ano 450 a.C.) para evidenciar os extremos na evolução da execução em relação ao devedor que saiu de um estágio desumano e galgou patamares atuais de, às vezes, intangibilidades.

Aquele que confessa dívida perante um magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em quantos pedaços quanto sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.⁶⁸

Percebe-se que mesmo durante este período desumano da execução existia, ainda que mitigado, algum respeito à pessoa do devedor, já que o credor não poderia colocar no seu pescoço peso superior a 15 libras, estava obrigado a fornecer-lhe, diariamente, pão, ficando a ele garantido que, quitada a dívida, ser-lhe-ia restituída a liberdade, voltando a gozar plenamente dos seus direitos.

⁶⁷ É interessante, neste ponto, notar desde aquela época o impressionante valor absoluto legado à propriedade. Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, citando a obra processo civil romano, n. 16, de Cuenca, relata “que os romanos tinham grande respeito pela pertinência de um patrimônio a uma pessoa, muito maior que o voltado à pessoa em si, razão pela qual a execução se fazia sobre o corpo do devedor e não mediante a subtração de seu patrimônio.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo, 1997. p. 32.

⁶⁸ Idem, *ibidem*. p. 33.

Porém, ainda na preponderância da atuação privada, houve evolução na forma de se exercitar a execução. A responsabilidade pela obrigação passou da pessoa do devedor para o seu patrimônio. Mas, a execução continuava a cargo do credor que poderia apropriar-se dos bens do devedor para satisfazer seu crédito.

Assim, nessa fase, o devedor ficava pessoalmente desembargado da execução, mas a universalidade de seus bens respondia pela dívida, por menor que fosse. A jurisdicionalização pura veio no período pós-clássico, denominado de *cognitio extra ordinem*,⁶⁹ caracterizado pela ingerência total do estado no poder-dever de dizer o direito. A atuação do particular restringia-se a provocar o judiciário e este ficava incumbido de declarar e executar. Guardadas as proporções, esta é a tônica dos dias atuais.

Resumindo, a execução passou por fases evolutivas bem delineadas, sendo marcantes as seguintes conquistas: a) estatal, passando a execução forçada integralmente para a responsabilidade do Estado-juiz, terceiro imparcial em substituição a atividade das partes; b) patrimonial, a responsabilidade pelo crédito recai sob o patrimônio presente e futuro do devedor, jamais sobre sua pessoa; e c) humanização, o respeito ao devedor é amplo e irrestrito, com total observância ao devido processo legal.

O processo no Brasil já recepcionou a execução forçada com todas estas conquistas, passando a lapidar o modelo então existente. Como já abordado, o país recém-independente não rompeu abruptamente com a legislação do Reino, ficou, sim, utilizando a legislação europeia até sua derrogação.

⁶⁹ No vernáculo: conhecimento fora de ordem.

Com o Regulamento 737 que inovou nas causas comerciais pátrias, bem como através do decreto nº 763, de 1890, que determinou a aplicação do Regulamento também as causas civis, deu-se o divórcio com a legislação lusitana.

A execução era integralmente estatal, prevendo um procedimento para os títulos executivos judiciais e outro para os extrajudiciais, sendo estes consubstanciados em atos de comércio. O Regulamento 737 foi o primeiro dispositivo legal nacional a admitir eficácia executiva a atos extrajudiciais, ainda que só de cunho comercial.

O primeiro Código de Processo Civil brasileiro, o de 1939, alargou o rol dos títulos executivos extrajudiciais e manteve a dualidade executiva, exigindo, também, procedimentos distintos para os dois títulos: judicial e extrajudicial.

Dessarte, este Código de Processo Civil, Decreto-lei nº 1.608, de 08-09-1939, distinguia a ação executiva da execução propriamente dita. Da primeira, cuidavam os artigos 298 a 301 e estava reservada para os títulos extrajudiciais. Realizada a penhora, o réu tinha dez dias para contestar a ação que prosseguia com o rito ordinário.

Dava origem, pois, a uma sentença. Era a *actio judicati* romana, com adaptações à época. Seguia-se a execução, tratada no Livro VIII, aplicável exclusivamente às sentenças transitadas em julgado ou quando o recurso delas interposto fosse recebido no efeito somente devolutivo (art. 882).

O atual Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro, unificou as vias de execução, abolindo a ação executiva prevista no Código de 1939.

O Ministro Alfredo Buzaid justificou tal unificação, discorrendo na Exposição de Motivos nos seguintes termos: “O projeto segue esta orientação porque, na

verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie de execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas.⁷⁰

Agora, só existe uma ação forçada que pode, por isso mesmo, merecer a denominação única de ação executiva ou ação de execução e que, indistintamente, pode ser fundada em título executivo judicial e extrajudicial (art. 583). Em sucinto relato, esta é a trajetória da execução desde os primórdios até os dias atuais.

5. Estrutura do Código de Processo Civil

Tendo em vista que se tratará da tutela executiva, precisamente da sua efetividade, e por esta estar diretamente relacionada com o Código de Processo Civil, é necessário conhecer a estrutura deste diploma legal.

A distribuição da matéria no Código se dá em cinco livros, a saber: Livro I, do Processo de Conhecimento; Livro II, do Processo de Execução; Livro III, do Processo Cautelar; Livro IV, dos Procedimentos Especiais; e Livro V, das Disposições Finais e Transitórias.

Conhecida a estrutura, é fundamental entender a necessidade do uso, pelos jurisdicionados, destes processos distribuídos pelos respectivos livros para respaldo de seus direitos, procurando compreender qual o melhor meio de utilizá-los, sempre tendo em mira a efetividade do processo.

⁷⁰ BUZUID, Alfredo. Exposição de motivos do código de processo civil (lei nº 5.869, de 11-1-1973). In : **Código de processo civil**. São Paulo, 1999. p. 12.

Não se pode olvidar que o autor do Código, o Ministro da Justiça da época, Alfredo Buzaid, foi influenciado pela doutrina alemã e italiana, principalmente pela convivência direta com Enrico Tullio Liebman que na época se encontrava asilado no Brasil, fugindo da perseguição nazi-fascista. Também se inspirou o ministro nos italianos Calamandrei, Carnelutti e Chiovenda que expressavam as idéias daquele.

Por essa razão, o código é uma sistematização, uma cópia da ideologia do direito processual europeu da época que, demonstrando a autonomia frente ao direito material e evidenciando a face liberal do processo, preocupou-se tão somente na declaração do direito, na sentença prolatada, no processo de conhecimento que tem por condão declarar quem está com a razão. O processo de conhecimento foi, por esta razão, festejado em excesso, como se bastasse a declaração do direito e não a sua efetiva realização.

O Livro I que trata do Processo de Conhecimento é, por conseguinte, o mais extenso, sendo que suas normas são aplicadas subsidiariamente aos demais. Seria mais lógico e coerente se o legislador tivesse inserido na abertura do Código, como livro I, uma teoria geral, com disposições aplicáveis a todos os livros, o que, indubitavelmente, evitaria muitas discussões que se têm acerca da aplicação ou não das normas do atual Livro I aos demais.

Assim deveria ser porque muitas normas contidas no processo de conhecimento se irradiam por todo o Código, tanto que o legislador teve que disciplinar o uso subsidiário do processo de conhecimento nos demais livros, sempre que necessário.

Como não optou por um livro próprio que disciplinasse as normas de caráter geral, precisou, obrigatoriamente, usar desse expediente, caso contrário teria que, em todos os livros, repetir, por exemplo, que a parte necessita de procurador (advogado) para

litigar em juízo. E isso se passa com tantas outras normas que, não obstante estarem localizadas no processo de conhecimento, aplicam-se em todos os outros.

O processo de conhecimento tem como escopo a solução do conflito levado ao conhecimento do juiz pelas partes. Este, através da cognição, prestará a jurisdição declarando a quem pertence o direito.

Para o legislador, influenciado pelo liberalismo processual europeu, como já foi visto, basta esta atuação jurisdicional, contenta-se com a declaração, com a sentença proferida no final da relação processual. Por isso, o processo de conhecimento é conhecido como processo de sentença, pois ele se exaure com a decisão judicial com força de coisa julgada material.

Acrescenta-se a essa mentalidade o fato, que sempre foi assente na opinião de parte considerável da doutrina, da existência do mito da neutralidade do juiz. Erigido a verdadeiro dogma, a razão deste entendimento está calcada na distância que deve manter o juiz das partes. Deve ele ser neutro, liberal, assistir, durante uma larga instrução probatória, o atuar das partes para, ao final, decidir com certeza.

Esta é a mentalidade do processo de conhecimento, ser um processo estático, de certeza, por isso demorado, com a participação do juiz somente na condução dos atos, mas sem interferência, contentando-se apenas com a verdade formal, mesmo porque, segundo essa linha de raciocínio, o que não está nos autos não está no mundo.

Essa ortodoxia começou a ruir a partir de estudos realizados por processualistas comprometidos com uma justiça igualitária e capaz de atender satisfatoriamente a todos, o que culminou em reformas introduzidas no Código, como a antecipação da tutela, ação monitória, dentre outras.

A par dessa realidade, é forçoso analisar as várias situações que requerem algo mais do que a simples declaração de direito. Para isso é necessária uma análise, ainda que breve, acerca da classificação das ações.

O processo de conhecimento comporta três espécies de ações, a saber: a) **ações declaratórias**, cujo objetivo se exaure com a simples declaração acerca do pedido do autor, sem necessidade de nova atuação jurisdicional para o alcance do desiderato;⁷¹ b) **ações constitutivas**, aquelas que têm por finalidade uma sentença que cria, modifica, ou extingue uma relação jurídica. Por exemplo, a sentença proferida num processo de divórcio, indubitavelmente modifica a relação jurídica anterior, as partes terão outro estado civil que não o de casado; e c) **ações condenatórias**, aquelas cujas sentenças são proferidas numa ação de conhecimento, portanto dentro de um processo de conhecimento que condena o réu ao cumprimento de uma prestação de dar, de fazer, não fazer, de abster-se da prática de algum ato ou, ainda, de desfazer o que ele porventura tenha feito.

Estas últimas, as ações condenatórias, se não cumpridas voluntariamente, necessitarão de outro processo, com nova citação, nova “defesa” para o réu, agora denominado de devedor. Isso porque a sentença condenatória, proferida após um longo período de tempo no processo de conhecimento, não tem força de ir além da condenação, tanto que é acusada de “morrer por consumação”,⁷² ou seja, não tem a força de fazer cumprir o julgado.

⁷¹ Em verdade, toda sentença proferida num processo de conhecimento terá cunho declaratório, porém essas são preponderantemente declaratórias.

⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo, 1946. p. 83.

Apesar de ter contra si um comando judicial, condenando-o a adimplir a obrigação, o réu pode ficar inerte sem maiores conseqüências. A autoridade desta sentença não é bastante para forçá-lo a cumprir com o julgado. Ao autor só resta o processo de execução, iniciando um novo caminho, uma nova luta, buscando, através do judiciário, bens suficientes no patrimônio do devedor para satisfazer seu crédito.

O professor Alcides Alberto Munhoz da Cunha relata, com propriedade, esta realidade jurídica da seguinte forma:

De outro lado, partia-se para justificativa de que a sentença, definidora de direitos, por si só já representava uma utilidade para as partes; que a sentença condenatória, ao representar também um ato oficial, haveria que influir na vontade do obrigado, para que este espontaneamente cumprisse a obrigação. Não sendo esta cumprida, surgiria então um novo conflito, que ensejaria, por sua vez, o processo de execução. Aliás, esta é a posição que (incompreensivelmente) prevalece no sistema processual do Código de Processo Civil de 1973.⁷³

Contudo, esta verdadeira batalha enfrentada pelo autor, tendo primeiro que percorrer o longo percurso do processo de conhecimento, submetendo-se à neutralidade e à exagerada busca da verdade por parte do juiz que só estava autorizado a julgar com “certeza”,⁷⁴ mediante cognição plena e exauriente e, depois, tendo que suportar também as delongas do processo de execução, não constringia em quase nada a doutrina, tendo Liebman, indiretamente responsável pela estrutura – conhecimento/execução –, asseverado: “Depois de

⁷³ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba, 1992. p. 32.

⁷⁴ O juiz, por mais longa que possa ser a instrução probatória, nunca conseguirá julgar com a certeza que se espera encontrar na ordinarização do processo de conhecimento. Nem no processo penal, cujo princípio da verdade real é expresso, mesmo diante de uma confissão espontânea do réu, terá o juiz certeza na decisão. Em verdade, o juiz julga apenas com grau de probabilidade, o que realmente acontece é que este grau é maior ou menor consoante a cognição ser plena ou sumária.

proferida a sentença é possível, e acontece freqüentemente que o condenado se resolva a cumprir a sua obrigação.”⁷⁵

Porém, além da possibilidade de acontecer o contrário, não se pode esquecer que, apesar da prudência de se buscar o que há de melhor na doutrina alienígena, é, também, fato do qual não se pode desprezar, que nem sempre o que é bom para eles será para o Brasil.

Inspirou-se na legislação européia, mas o povo europeu, pela sua própria índole cultural, moral, cumpria o julgado toda vez que se visse perdedor numa demanda judicial, independentemente de uma ulterior atuação do vencedor.

Essa atitude, contudo, não é a mais seguida pelos jurisdicionados brasileiros que, salvo raríssimas exceções, não se importam com a declaração judicial proferida no processo de conhecimento, reconhecendo-o como devedor e, assim, força o autor a revisitar as barras do Judiciário para invocar mais uma vez a tutela ao direito que, frise-se, já devidamente reconhecido pelo poder competente.

Em qualquer país de cultura esmerada, aquele que tiver contra si uma decisão judicial procurará cumpri-la na íntegra, não só pela sua índole mas, principalmente, porque se agir de modo contrário ao que ficou decidido sofrerá, incontinentemente, uma rejeição dos seus pares, dos próprios membros da sociedade, uma sanção moral, que o dificultará nos futuros negócios. Porém, no Brasil, infelizmente, isso não ocorre, uma vez que

⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo, 1946. p. 41.

os valores sociais estão invertidos: os honestos são parvos e os desonestos espertos. Sendo assim, é preciso levar em consideração os vários contingentes formadores da cultura social.⁷⁶

Tem-se, então, o processo de execução previsto no Livro II do Código como instrumento colocado à disposição do credor para reaver seu crédito quando o devedor não cumprir a sentença condenatória proferida no processo de conhecimento ou, quando se tratar de título executivo extrajudicial que, como é sabido, prescinde de conhecimento judicial para ser executado.

Portanto, enquanto o processo de conhecimento visa à prolação de uma sentença, o de execução, por não ter nada que conhecer, ou porque a fase cognitiva já se exauriu por completo, ou por ser caso de título executivo extrajudicial, objetiva a realização de atos materiais tendentes ao cumprimento do que ficou decidido naquela fase de cognição ou do que estiver materializado no título extrajudicial.⁷⁷

Mas, em atenção à principiologia processual, mesmo inexistindo conhecimento no processo de execução, é dada ao devedor uma oportunidade de se insurgir contra a ordem encartada no título executivo, pressuposto da ação executiva movida pelo credor.

Pela incoerência de se permitir defesa, é colocada à disposição do devedor uma ação denominada de “Embargos do devedor”, cujo objetivo é a prolação de uma sentença

⁷⁶ “Se é verdade que o caráter do espírito e as paixões do coração são extremamente diferentes nos diversos climas, as leis devem ser relativas à diferença dessas paixões e à diferença desses caracteres.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *op. cit.* p. 201.

⁷⁷ “[...] o objetivo do processo executivo é satisfazer o crédito, através de atos capazes de compelir o devedor a cumprir o que pactuara, toda vez que ele não realizar voluntariamente.” PEREIRA FILHO, Benedito. Embargos do devedor. Ausência de impugnação especificada. *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 4, 1997. pp. 173-181.

declaratória desconstitutiva daquele ato jurídico, ou seja, desconstitutiva do próprio título executivo ou, então, que reconheça qualquer causa de exclusão da obrigação, como pagamento, novação, prescrição etc.

A necessidade destes dois processos cinge-se no fato do conhecimento prestar-se à prolação de uma sentença declaratória, constitutiva ou condenatória. Se condenatória e o devedor recusar-se ao cumprimento, imprescindível será o uso do processo de execução que tem por finalidade a realização de atos concretos de intromissão no patrimônio do devedor, com ou sem sua permissão; convergentes na plena realização do comando constante no título executivo judicial, ou seja, na sentença condenatória, sendo que o uso deste último ainda será necessário na execução de título executivo extrajudicial.

O Livro III que trata do processo cautelar visa, por sua vez, assegurar o resultado útil de um outro processo, dito principal. Ele não tem um fim em si mesmo, não é satisfativo, serve de instrumento a outro processo, garantindo bens, provas ou pessoas, das intempéries que podem ocorrer no percurso de um processo cognitivo ou executivo.

Neste processo, a função do juiz não é analisar mérito, direito material do autor; analisa somente a questão processual, a necessidade ou não de uma medida cautelar em vista do direito pleiteado. O processo cautelar presta-se para assegurar àquele que foi vitorioso, a entrega do que pleiteou junto ao poder judiciário. Contudo, o deferimento ou indeferimento de uma medida cautelar não significa, em nenhuma hipótese, a procedência ou improcedência do pedido do autor no processo principal.

Sua função é permitir às partes litigantes a certeza de que o tempo gasto com a demanda não irá inviabilizar o direito daquele que se lograr vitorioso pois, como foi dito acima, através da medida cautelar, a parte, receosa de que no final do processo possa não ter o

bem que pleiteia, poderá solicitar a devida proteção à sua pretensão de direito, colocando-a a salvo de qualquer forma de insatisfação que não seja a improcedência do pedido, no caso do autor ou, de procedência caso seja o réu.

O processo cautelar, sendo instrumento do processo em que se litigam as partes conflitantes, poderá servir tanto o processo de conhecimento, como o de execução, então, não era necessário um livro específico para ele, mas era a sistematização da época e o Ministro Buzaid a seguiu por completo.

Finalizando, há o Livro IV que trata dos Procedimentos Especiais, são os casos denominados de técnica de sumarização, porque a parte consegue, em um único procedimento, correlacionar o processo de conhecimento com o de execução, como, por exemplo, nos casos da ação de despejo, ação possessória etc., e o Livro V que versa sobre as disposições finais e transitórias.

O procedimento do Livro IV foge à ordinarização do longo percurso exigido pelo processo de conhecimento do Livro I. De acordo com esse procedimento, a cognição e a execução se fundem num único momento, sendo possível realizar o direito do autor de forma sumária.

Exemplo clássico é a ação possessória, nela a sentença exarada pelo magistrado não necessita de um ulterior processo de execução, caso o devedor não cumpra espontaneamente a decisão, pois ela possui uma carga de executoriedade capaz de torná-la auto-executável, utilizando-se o credor, inclusive, do auxílio de força policial, se for necessário.

As ações que seguem este rito especial são de uma efetividade invejável, eis que além da fusão cognição/execução, o juiz está autorizado a proferir decisão com base

em cognição sumária; ou seja, nestes casos, a neutralidade e o tempo utilizados como suporte necessário para a certeza da decisão judicial, que constituem a ordinarização do processo de conhecimento, são amenizados a extremos mínimos.

A impressão é de que todos são iguais perante a lei, porém há alguns que são mais iguais do que os outros, como sabiamente escreveu George Orwell em sua obra intitulada *A Revolução dos Bichos*.⁷⁸ Realmente fica difícil compreender porque uns precisam demandar por um longo período de tempo para satisfazer o seu direito ou, pelo menos, ter a declaração de que ele existe, pois a satisfação é ainda mais difícil e outros o fazem de forma tão efetiva e rápida.

Fica, mais uma vez, evidenciado neste Livro IV o grau de importância que o legislador dá ao direito de propriedade e, por via oblíqua, a uma ínfima parcela da sociedade, a detentora do poder econômico, pois é esta que tem reais condições de possuir bens.

Esta tendência, como já apontado, vem de há muito tempo com a atuação maliciosa da burguesia. A legislação civil, também já aqui citada, em 1916 expressamente declarou esta opção ao prelecionar em seu artigo 1º o objetivo do código em disciplinar as relações das pessoas e seus bens.

Esta classe econômica, muito astuta, sempre se utilizou do povo no campo político para defender interesses próprios, rotulados como se fossem da vontade geral; no jurídico também não foi diferente. A seguinte passagem da obra de Jorge Pinheiro Castelo enfatiza esta situação:

⁷⁸ “Todos os animais são iguais mas alguns animais são mais iguais do que os outros.” ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo, [s/d]. p. 93.

Observa-se que a burguesia utilizou o processo ordinário de conhecimento, de segurança e certeza, para controlar a insegurança jurídica que reinava na Idade Média diante das múltiplas ordens de poder; **posteriormente, para proteger-se contra o absolutismo, sempre teve meios de obter tutelas diferenciadas para satisfazer seus próprios interesses de forma mais rápida e pronta** [sem grifo no original]. Chiovenda aponta que, ao lado do processo ordinário, formou-se o processo sumário determinado ou executivo, para viabilizar a rápida execução de **títulos comerciais documentários e cambiários** [sem grifo no original] (pactum executivum – as partes contratavam sujeitar-se à execução sem processo prévio, procedimentos documentário e cambial, procedimento monitório ou injuncional, mandatum de solvendo cum clausula iustificativa, seqüestro e arresto de bens transferidos para o processo moderno por origem germânica).⁷⁹

Percebe-se, então, sem muito esforço que a estrutura do Código de Processo Civil de 1973, privilegiando a ordinarização do processo de conhecimento, forçando o juiz a proferir decisão mediante cognição plena e exauriente, culminando com demora e alto custo para as partes, não sensibiliza parte dos jurisdicionados porque estes têm meios de utilizar-se do processo sem as delongas próprias desse procedimento ordinário, comum.

O Estado também usufrui deste privilégio. Através de leis especiais, consegue um procedimento capaz de lhe entregar o bem disputado em juízo de forma rápida, eficaz. Ovídio Baptista, com peculiaridade ímpar, também denuncia esta situação da seguinte forma:

O compromisso de nosso direito com a ordinariedade tornou-se ainda mais radical no Código de 1973, com a drástica separação entre conhecimento e execução, visto que o intento do legislador, ao unificar os “meios executórios” num processo separado, foi consagrar a vedação de sentenças liminares, pois é sabido que as liminares apenas podem antecipar efeitos executivos ou mandamentais, coisa que se torna impossível em nosso Código, que não contém atividade de conhecimento e execução simultâneas. Foi o pressuposto da ordinariedade que fez com que o legislador tratasse como sendo interlocutórios todos os provimentos

⁷⁹ CASTELO, Jorge Pinheiro. *op. cit.* p. 31.

judiciais que não sejam o último por meio do qual encerra-se o processo. O que surpreende, em tudo isso, é que o reinado que se poderia imaginar absoluto, da *ordinariedade* – se tivéssemos os olhos voltados apenas para o Código de Processo Civil –, desaparece sempre que o legislador, através de leis especiais, mantidas fora do Código, pretende privilegiar determinados interesses seja do próprio Estado, seja das demais manifestações de poder informal que gravitam em torno dele. Para tais formas especiais de tutela, desaparece, como que por encanto, a laboriosa construção teórica que sustenta a separação radical entre o conhecimento e execução, destinados (no Código!) a serem tratados em processos separados.⁸⁰

Disso tudo, é forçoso reconhecer que, se há um código cuja estrutura trabalha a questão da cognição e execução de forma bem estanque, quando é permitido interdisciplinar estas duas modalidades de jurisdição, como acontece nos casos do Livro IV e em certas leis especiais, como a que disciplina o mandado de segurança, cai por terra a classificação trinária das ações (sentenças).

Isso porque a sentença condenatória requer, quando não há cumprimento espontâneo por parte do réu, o uso do processo de execução. Ora, se nos casos do Livro IV e em algumas leis especiais, não obstante a inércia do réu, é possível o autor satisfazer seu direito, salta aos olhos que condenatórias essas sentenças não são, apenas constitutivas ou declaratórias também não, visto que estas últimas nada requerem após a decisão.

Portanto, para não incorrer num paradoxismo, é preciso admitir a classificação quinária das ações, acrescentando às declaratórias, constitutivas e condenatórias, as mandamentais e as executivas *lato sensu*.

Por mandamentais, são entendidas aquelas revestidas de uma ordem, mando, cujo cumprimento independe de ulterior processo executivo. São exemplos as

⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. vol. 1, São Paulo, 1998. pp. 71-72.

sentenças proferidas no mandado de segurança e interdito proibitório. Já as executivas *lato sensu* são condenatórias qualificadas pela executoriedade, são auto-executáveis, dispensando o processo de execução para forçar o vencido a cumprir o comando judicial exarado.

Por esta razão, por existirem essas duas categorias de sentenças que se satisfazem independentemente do processo executivo previsto no Livro II, é trivial classificá-las. Quem reluta em refutá-las, não consegue explicar a natureza das ações previstas no Livro IV e em certas leis especiais.

Negá-la é caminhar para uma armadilha, pois é fácil dizer que elas são, em verdade, condenatórias como as outras, porém, o difícil é explicar e convencer por que só em relação a elas não é preciso o uso da tutela executiva.

A repugnância à classificação quinária, mesmo sendo fruto do notável processualista Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, acaba por levar renomados doutrinadores à total contrariedade.

Ovídio Baptista, com autoridade de um dos mais profundos conhecedores do processo, acusa nada mais do que Ernane Fidelis dos Santos e Humberto Theodoro Júnior de se curvarem diante da existência das ações executivas e mandamentais em trabalhos científicos e, inexplicavelmente, ao voltarem-se para a cátedra, escrevendo obras didáticas, recuarem, defendendo a classificação trinária.⁸¹

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, aponta o conceito de ação executiva de Pontes de Miranda como sendo inútil e desnecessário. Para o processualista, que se diz defensor da efetividade do Direito, o fato de nesses casos a sentença se realizar num

⁸¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo, 1996. pp. 18-24.

único processo – cognitivo-executivo – não passa de uma simples peculiaridade e que isto não é suficiente para desnaturar sua eficácia, consistente em ser a via adequada para preparar a execução.⁸²

Percebe-se com isso a tendência da doutrina em manter a estrutura do Código com três processos, sendo bem distintos o cognitivo e o executivo. A antiga idéia de execução romana que, primeiro o credor recebia uma autorização do árbitro, abrindo as portas para a execução, só mudou na forma de se exercitar os atos executivos, que hoje é também monopólio do Estado (público) e outrora era do particular (privado).

A luta pela autonomia do processo de execução frente ao de conhecimento, sem embargo de se pagar um preço muito alto, pois esta disparidade aflora uma inefetividade latente, vem desde Liebman⁸³ e sua mantença recebe apoios calorosos.

Em apertada síntese, essa é a estrutura do Código de Processo Civil em vigor e é com este arcabouço jurídico que se procurará demonstrar, através das técnicas antecipatórias, atuação do juiz etc., uma forma mais coerente e mais próxima possível da efetividade da tutela executiva.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo, 1997. p. 133.

⁸³ “A doutrina européia não duvida em considerá-los autônomos. Assim era em direito romano, pois a **actio iudicati** era ação que não diferia de tôdas as outras senão por ter como pressuposto a existência do **iudicatum** anteriormente proferido.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo, 1946. p. 82.

III – A TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA PERSPECTIVA DE UMA NOVA JUSTIÇA

1. A busca da efetividade do processo: *um direito de cidadania!*

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, efetividade é: “qualidade de efetivo, atividade real, resultado verdadeiro, realidade, existência”.⁸⁴ Para Caldas Aulete é “qualidade do que está efetivo; estado ativo, de fato, real, igual, levando-se em consideração o tempo em que se realiza um serviço.”⁸⁵

Portanto, processo efetivo será todo aquele que angariar um resultado verdadeiro, real, existente, levando-se em consideração todos os percalços sofridos pela parte, como tempo, custo, ansiedade, culminando em satisfação e realização do seu desejo.

A efetividade do processo é um direito que não pode ser negado ao cidadão, pois, a partir do momento em que o Estado assumiu o dever de organizar a sociedade, arrogando para si o Poder como forma de impor suas decisões, contraiu, inexoravelmente, o dever de prestar sua incumbência de forma efetiva, comprometida com os anseios do povo que a ele se submete.

Logicamente, não é possível entender efetividade processual dissociada da efetividade material. Espera-se, verdadeiramente, que neste limiar de século já esteja assente na doutrina o caráter instrumental do processo.

⁸⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, 1986. p. 620.

⁸⁵ AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, 1964. p. 1.306.

O processo deve ser efetivo justamente porque tem a nobre incumbência de realizar o direito material abstrato no plano fático, proporcionando à parte a situação que existia antes da violação do seu direito, associado a um custo, de tempo e financeiro, mínimo. Por isso, efetividade é muito mais do que o simples fato de se ter acesso irrestrito ao Judiciário e direito a uma sentença.

A velocidade com que os fatos se multiplicam no mundo globalizado é incompatível com um processo moroso, ainda que efetivo como resposta do Judiciário (sentença). O problema da efetividade passa pelo direito material (existência de normas atentas ao surgimento de novas demandas sociais), pelo processo, bifurcando-se no de conhecimento (ainda com a vetusta idéia de que basta a declaração do direito) e no de execução (que é a realização prática do direito afirmado e, posteriormente, declarado).

Contudo, a efetividade que no momento mais de perto interessa a todos é a do processo, especificamente a da tutela executiva, procurando conjuminar cognição com execução. Porém, a princípio, é necessário desvelar que a efetividade, mais do que uma consequência do processo, é um direito do jurisdicionado enquanto cidadão.

Passados mais de dez anos da proclamação da Constituição, está mais do que na hora de se ir além da propagação dos brados louros das conquistas formais da constituinte. É necessário compreender, inclusive a partir da Lei Maior, que declarar direitos sem mecanismos capazes de efetivá-los é o mesmo que prometer e não cumprir, com a agravante de que, nos casos jurídicos, a insatisfação é panorâmica e as consequências também.

A verdadeira democracia se constrói com cidadãos atuantes, participantes da vontade geral. Para isso é necessário um conhecimento adequado capaz de transformar o

cidadão num formador de opinião, num transformador social, diferentemente do agente passivo, que aceita tudo lhe ser imposto.

1.1. A efetividade como visão social do processo

O processo é um instrumento disponível ao cidadão para transformar o meio social. É mais uma oportunidade que há para participar da vontade geral, de ser um ente ativo na sua democracia. Quer-se demonstrar que o papel do processo, enquanto instrumento efetivo da jurisdição, é muito mais do que o simples fato de aplicar a lei ao caso concreto.

Outra idéia sempre presente nos atuais estudos processuais de vanguarda é a vinculação cada vez mais próxima do processo com o Direito Constitucional. A uma, porque é no Direito Constitucional que o processo vai buscar seu princípios mais nobres. A duas, porque é no processo que o Direito Constitucional encontra o instrumento eficaz para assegurar as garantias da cidadania e a realização coativa da ordem jurídica.⁸⁶

Por possuir atributo de magnitude importância, o processo deve ser revestido de efetividade, sob pena de furtar um direito inerente e sagrado do cidadão que é a realização da justiça, objetivo perseguido pelo constituinte e permeado por toda a Constituição, desde seu preâmbulo.

O jurista, portanto, deve ser consciencioso desde os bancos escolares, não só da previsão legislativa mas, sobretudo, da sua efetiva realização. Neste sentido, sempre é oportuno contar com as sábias ponderações de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

⁸⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In : _____ (coord.). Reforma do código de processo civil. São Paulo, 1996. p. 887.

Daí por que, ao preconizarmos uma transformação radical de nossas instituições universitárias, queremos referir-nos especialmente à necessidade da adoção de uma nova pedagogia jurídica que supere a metodologia oficial, exacerbadamente normativista e caudatária, ainda, do “cientificismo” jurídico **que teve suas origens nas filosofias políticas do século XVII** [sem grifo no original]. Realmente não poderá haver instrumento mais autoritário e antidemocrático do que este tipo de metodologia jurídica que transforma o ensino universitário numa ingestão mecânica e memorizadora de textos legais e definições; e nem técnica mais alienante e escravizadora do que essa, a formar especialistas do direito que jamais tiveram uma aula sequer para ensinar-lhes como produzi-lo, transformados, como são, em simples aplicadores e intérpretes de um sistema jurídico de cuja produção não participam, mas ao qual, como consumidores, devem obediência. Nós, os brasileiros, quando cuidamos de operacionalizar as mudanças com que a nação tanto sonha, em geral apelamos para o inesgotável e encantado arsenal de nossas fantasias, imaginando que as transformações sociais de que carecemos com tanta urgência poderiam ocorrer milagrosamente pela simples adoção de novas leis, casuisticamente produzidas, arte em que somos verdadeiros peritos, e que seriam acrescentadas ao entulho legislativo já existente, sem que os homens, no entanto, e suas instituições sofressem a mais mínima mudança. Trata-se de uma medida eminentemente prelógica quando adotada pelos estamentos dominantes, profundamente conservadora, na medida em que as leis são editadas para jamais serem cumpridas, de modo que o *stato quo* permaneça inalterado.⁸⁷

O processo, para ser efetivo, tem de ser tratado desta forma, um instrumento capaz de atrair pessoas preparadas e competentes que, não obstante a obediência às normas existentes, possam amoldar a situação de acordo com a exigência do bem comum e dos fins sociais.

Essa visão social do processo constitui a sua efetividade, que é, como já foi dito, a sua capacidade de proporcionar um resultado verdadeiro, coincidente com a ofensa sofrida no plano material, num interstício de tempo e custo financeiro pequeno.

⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coors.). **Participação e processo**. São Paulo, 1988. p. 110.

Se efetividade do processo está ligada invariavelmente ao seu real resultado, compreendido, também, o custo tempo/financeiro, toda vez que, por qualquer razão, este objetivo é frustrado, ocorre a insatisfação social. Este descontentamento retira do jurisdicionado seu direito consagrado constitucionalmente de acesso irrestrito ao Poder Judiciário.

O desavisado, precipitado, questionará, alegando que tal descontentamento não retira do cidadão seu direito de ir ao Poder Judiciário. Realmente, diante de uma análise formal, salta aos olhos um sistema adequado, satisfatório. Porém, ao se voltar para os reais resultados, para a aplicação deste direito consagrado formalmente, que aliás é o que interessa, a visão será inegavelmente outra.

Por mais gradativas que possam ser as conquistas sociais, passando pela classificação de direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, tudo condicionado às exigências do momento histórico e político, sem negar a importância delas, é forçoso reconhecer que no atual estágio é mais do que evidente, num sistema jurídico, direitos inerentes ao contraditório, igualdade entre as partes, ampla defesa, ou seja, respeito a um devido processo legal.

Todo o baluarte destas conquistas se deve ao fato da passagem de um sistema autoritário, inquisitivo, para o denominado Estado Democrático de Direito. Porém, graças a esses avanços e, dentro de um campo propício que é o democrático, defender o acesso irrestrito ao Poder Judiciário é muito mais do que ter direito a uma sentença. Ora, isso é o mínimo que se pode esperar de um Estado democrático cuja estrutura é mantida a duras penas pelas contribuições dos jurisdicionados.

Acesso irrestrito ao Judiciário é, antes de tudo, ter condições econômicas e culturais para obter um atendimento efetivo acerca da afirmação da existência de um direito reclamado. O órgão competente terá de estar devidamente aparelhado, humana e fisicamente, para atender às demandas que lhe são trazidas de forma satisfatória, sob pena de falhar na sua missão de distribuir Justiça.

O processualista Luiz Guilherme Marinoni, com valorosas contribuições no campo jurídico, comprometido com a efetividade do processo, ao criticar, com total pertinência e conhecimento de causa, fatores peculiares em todas as suas intervenções, a análise do alcance do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, C.F.) realizada pelo Ministro Moreira Alves na ação direta de inconstitucionalidade nº 223-6-DF, evidencia bem esta problemática de se entender como pertinente e suficiente a simples previsão legislativa, ainda que descompromissada com a urgente necessidade do jurisdicionado.

Nesta oportunidade, o Ministro Moreira Alves entendeu que não houve ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade porque, muito embora existisse medida provisória proibindo a concessão de liminares nas ações cautelares e nos mandados de segurança que versassem matéria concernente ao denominado Plano Collor, restaria, ainda, ao cidadão, a via ordinária. Sobre este pronunciamento do Ministro da Corte Suprema, Marinoni asseverou com propriedade:

O direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. Pouquíssimos, porém, são os juristas que assim pensam [...]. Quem fala em “direito à adequada tutela jurisdicional” obviamente não pode aceitar este entendimento, pois o princípio da inafastabilidade não apenas veda que se exclua de

apreciação, mas antes de tudo garante o direito ao processo efetivo, que é princípio imanente ao próprio Estado de Direito.⁸⁸

No que pese o notório saber jurídico do Ministro Moreira Alves, sua decisão não passou de uma retórica redundante numa flagrante negação de justiça. Remeter o jurisdicionado à via ordinária, com sua durabilidade excessiva, negando-lhe caminho adequado à tutela de seu direito, é fechar as portas do Judiciário a quem dele necessita.

Como se pode observar, o incesso à justiça, motivado pela falta de efetividade do processo, constitui hoje o grande desafio do operador jurídico. Este quadro é altamente prejudicial à sociedade, na exata medida que o distanciamento do Poder Judiciário e, por via oblíqua, da Justiça, leva à conseqüências desastrosas, com soluções alternativas a margem do Estado de Direito, propiciando aos oportunistas uma sobrevivência fácil e à custa alheia, irradiando-se, desta forma, uma desigualdade brutal e a volta aos primitivos tempos, com a prevalência dos mais fortes, oprimindo os mais débeis.

O que acarreta o incesso à justiça é a falta de efetividade do processo, o fato de ele não conseguir ser o instrumento capaz de realizar o direito, compreendido como não sendo só aquele posto, positivado, estático, mas o que atende de forma justa e consoante a necessidade do momento.

Contudo, se o incesso à justiça é caracterizado pela falta de efetividade do processo, esta, por sua vez, é constituída por uma gama de fatores que necessitam ser veementemente combatidos.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre, 1994. pp. 7-8.

Muitos são os fatos que, contribuindo negativamente para a efetividade do processo, ocasionam o afastamento do cidadão da justiça, acarretando desconforto e infelicidade no seio social. Pode-se elencar uma gama deles e discorrer demasiadamente a respeito de cada um. No entanto, a morosidade na prestação jurisdicional, inegavelmente, tem se despontado dentre todos como a causa principal dessa insatisfação.

O que muitos não enxergam ou, talvez não queiram enxergar, é que esta morosidade deve ser combatida corajosamente, com medidas legislativas e atuação jurisdicional eficaz e não paliativa. Agora, querer manter a estrutura processual como concebida no passado, é não só admitir o erro como o fracasso em combatê-lo.

Toda a mentalidade jurídica, desde os bancos escolares, deve estar voltada para a realidade do convívio social. Não se pode manter o processo civil repousado em princípios e dogmas erigidos numa realidade que não existe mais, ainda que defendidos por processualistas de escol, mas que foram homens do seu tempo.

Neste patamar, a teoria acerca da ação condenatória urge ser repensada. Manter o dualismo – cognição/execução – é prestigiar uma estrutura que não reveste mais os anseios da sociedade, se é que já chegou a atender satisfatoriamente algum dia.

Não admitir executoriedade no bojo do processo de conhecimento, além de demonstrar uma gritante ausência de conhecimento entre as demandas emergentes e a cognição adequada, é trabalhar em favor da morosidade.

Por isso se tornou trivial falar que o processo de execução está em crise. Segundo Ovídio Baptista isto se deve ao fato de que “[...] a demanda por efetividade do direito que, como é compreensível, acaba concentrando-se no processo executório; e a tirania exercida pelo Direito Processual sobre os ramos do Direito Material, a ponto de sujeitar todas

as pretensões e ações de direito material **ao tratamento uniforme e obsoleto da ação condenatória** [sem grifo no original].⁸⁹

Realmente causa estranheza ações da mesma natureza, como ação possessória e de cobrança, terem desfechos diferentes no plano processual. Pois, quem reivindica um bem tem condições de obtê-lo independentemente do processo de execução. Já aquele que cobra um crédito terá de suportar o percurso de dois ou até três processos (conhecimento, execução e, às vezes, o de liquidação de sentença).

Nesta necessária linha de raciocínio, é impossível conviver com o mito da neutralidade, que traz como corolário uma segurança jurídica que não assegura nada. Se a ordinariedade e a plenariedade do procedimento ordinário trouxessem a segurança que arrogam ter, não seria necessária previsão legislativa da ação rescisória, nem tão pouco dos embargos do devedor na execução por título executivo judicial.

O que a neutralidade e a ordinariedade trazem, na verdade, é um descompromisso com a realidade social, uma vez que é possível eximir-se de qualquer responsabilidade sob o pretexto do cumprimento fiel da lei e da entrega da prestação jurisdicional, ainda que tardia ou ineficiente para a parte.

Em nome de uma pretensa segurança jurídica, fica impedida uma maior atuação do órgão jurisdicional, forçando-o a uma neutralidade que o resume num emissor de pareceres, reduzindo a sentença condenatória proferida no processo de conhecimento a não mais do que um conselho ao réu. A esse respeito Plauto Faraco de Azevedo preleciona:

⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo, 1996. p. 47.

É em nome da segurança jurídica que se quer assim manietar o juiz e minimizar a função judicial. Sucede que esse juiz-computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumano, não é, de forma nenhuma, capaz de realizar a segurança jurídica. Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade social e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica.⁹⁰

Justifica-se esta preocupação à medida que não se consegue compreender a racionalidade que mantém, hoje, conceitos ainda da época do Direito Romano. Uma análise mais acurada demonstra que aquilo que os romanos entendiam por jurisdição e o valor que empregavam à propriedade são os mesmos dos dias atuais.

Para eles, ao prestar a jurisdição, o juiz limitar-se-ia a dizer o direito, declará-lo frente ao caso concreto, sem qualquer traço de efetivação, ir além da declaração, de interferir na vontade da parte e conceder o direito declarado. Já com relação à propriedade, emprestavam um valor tão absoluto que o credor poderia até agir contra a pessoa do devedor, mas jamais adentrar na esfera do seu patrimônio.

Ora! O que se tem hoje? Uma jurisdição entendida como o poder conferido ao juiz para dizer o direito ao caso que lhe é apresentado. E a propriedade? Continua sendo um direito absoluto a tal ponto de conferir àquele que reivindica um bem na posse alheia, portanto, dono, proprietário, o direito de retomá-lo, mas, se o seu pedido for de recebimento de um crédito, não poderá retirar do patrimônio do devedor bens que suportem o

⁹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre, 1989. p. 25.

valor correspondente sem antes passar pelo processo executivo, visto que, neste caso, a propriedade é do devedor.

Dessarte, esta estrutura corroborada por uma visão estática do processo e dos que nele atuam, principalmente o juiz, precisa ser repensada, reconstruída, tendo como lema a efetividade do processo, culminando, logicamente, com a efetividade do direito material, já que aquele é instrumento deste.

O escopo de um processo efetivo não é novo. Chiovenda, em seu tempo, deixou enraizado no meio jurídico sua célebre colaboração, segundo a qual “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire.”⁹¹

Com Calamandrei também não foi diferente: “La osservanza del diritto processuale nel processo è dunque il mezzo preordinato al fine di ristabilire fuori del processo l’osservanza del diritto sostanziale.”⁹²

Na legislação pátria, dentre outros, prescreve Bedaque: “A tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber exatamente aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material.”⁹³

⁹¹ No vernáculo: O processo deve dar, tanto quanto seja possível, praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e justamente aquilo que ele tem direito de obter.

⁹² No vernáculo: A observância do direito processual é, portanto, o meio preordenado a fim de restabelecer fora do processo a observância do direito substancial.

⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo : influência do direito material sobre o processo.** São Paulo, 1995. p. 37.

Aos preceitos destes três juristas, deve ser acrescido ou compreendido como inerente a eles, o fator custo, tempo e financeiro. Ou seja, não basta um processo capaz de proporcionar à parte tudo aquilo que ela teria o direito de receber se isto ocorrer num intervalo de tempo longínquo e excessivamente oneroso.

Quando alguém vai a juízo reclamar reparação a um direito violado pretende, evidentemente, a correção na exata proporção do direito antes da violação. Mas, mais do que isto, ou melhor, acrescido a isto, é necessário que esta resposta do Judiciário ocorra dentro de um tempo razoável que evite angústia e prejuízo para o jurisdicionado.

Sabedor de que o objetivo do processo é ser efetivo e que a conjuntura como está não lhe proporciona tal fim, o processualista coevo propugnou por reformas para uma aplicação e atuação condizentes com tal anseio.⁹⁴

2. Acesso à justiça

Muitas foram as reformas, modificaram-se mais de cento e catorze artigos, atingindo uma proporção de 10% (dez) por cento do conjunto de artigos que compõem o Código de Processo Civil. Por mais que se procure vislumbrar os objetivos dessa mudança, é forçoso reconhecer que toda medida foi na busca incessante da tão sonhada efetividade do processo.

⁹⁴ “Na “onda” atual, a preocupação se volta para a efetividade dessa prestação, refletindo ideais de justiça e princípios fundamentais, tendo como idéias matrizes o acesso a uma ordem jurídica justa e a celeridade na solução do litígio, ao fundamento de que somente procedimentos ágeis e eficazes realizam a verdadeira finalidade do processo.” TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In : _____ (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo, 1996. p. 887.

Mas, por que reformar um código que, além de recente, é considerado como um dos melhores no mundo? Simples. Sua estrutura, como já exposto, apesar de formalmente preciosa, cientificamente laboriosa, não consegue atender às exigências contemporâneas. Isto porque, entre outras, a partir da magnífica obra do autor peninsular Mauro Cappelletti sobre o acesso à justiça, evidenciou-se a necessária preocupação da visão exógena do processo, ou seja, vista pelo lado dos consumidores do direito.⁹⁵

O processualista passou a se preocupar com um processo de resultado, com uma ordem jurídica justa. Como também já foi mencionado anteriormente, a presença de princípios fundamentais, como o devido processo legal, contraditório, publicidade, deixou de ser a grande novidade para ser considerada como o mínimo para um Estado, detentor do monopólio da justiça e que se diz democrático e de Direito, oferecer aos seus jurisdicionados em nível processual.

A atenção voltou-se, então, para sua efetividade, ou seja, a busca de um resultado justo, despreendendo-se de formalismos e de questões meramente doutrinárias para proporcionar às partes litigantes não só o simples direito a uma sentença, mas também, a uma sentença justa, com pouco dispêndio de tempo e, principalmente, com um custo econômico acessível a todos, indistintamente.

Com a imensurável contribuição do autor italiano Mauro Cappelletti acerca do acesso à justiça, questões várias foram sendo evidenciadas, demonstrando a falácia

⁹⁵ Por todos, Cândido Rangel Dinamarco: “É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida. Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo ângulo externo, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, 1994. p. 11.

do sistema processual que não obstante ser um dispositivo atual, pecou ao esquecer-se de quem mais dele necessita, exatamente os jurisdicionados.

Cumprе esclarecer que a classe menos favorecida, por pesar sobre ela carência econômica, cultural etc., é a mais prejudicada, visto que a minoria esclarecida e abastada economicamente raramente necessita do judiciário, porém, se vier a precisar, possui meios de buscar um resultado eficaz, justo, rápido e não dispendioso que é o esperado por todos.

É necessário também esclarecer que, com o desenvolvimento social, surgiram vários conflitos de categoria coletiva, saindo da esfera individual. Para esses novos conflitos, o processo civil não estava satisfatoriamente preparado para solucioná-los, razão pela qual foi preciso reformá-lo.

Como exemplos de conflitos coletivos destacam-se os relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico que levaram a edição da Lei 7.347/85, como legislação extraordinária, visando suprir a falta de remédio processual.

O Constituinte de 05 de outubro de 1988, sensível a essa realidade, legislou a bem dos direitos coletivos, inserindo vários remédios como: o mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral, bem como proporcionou um campo fértil para a adoção dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, evidenciada assim sua real preocupação com o acesso à justiça.

O processo, por ser o meio de que dispõe o Estado para atuar a jurisdição e a parte para invocar a prestação jurisdicional em busca da tutela de seu direito, tem,

obrigatoriamente, que possuir meios eficazes de solucionar os conflitos emergentes do convívio social, sob pena de pecar na sua função de dizer o direito.

Essa deficiência na prestação jurisdicional que o Estado prometeu a todos, inclusive em nível constitucional, vem desde o código de 1939, para ficar só no que foi a primeira codificação no campo processual civil brasileiro.

Com a preocupação agora voltada para os fatores que contribuem para afastar o jurisdicionado do poder Judiciário, deixando-o à margem da justiça, desestruturando a harmonia social, divorciando a legislação da realidade que culmina na desatualização da prestação jurisdicional, a reforma processual teve que se preocupar em eliminar ou pelo menos diminuir esses fatores.

Assim, os estudos foram desenvolvidos para encontrar esses problemas e, através da reforma, solucioná-los ou amenizá-los. O inaccessível à justiça foi abordado em pontos como: morosidade do judiciário, custo elevado das causas, falta de conhecimento dos jurisdicionados no que tange aos seus direitos, culminando na inefetividade do processo, por não atender às demandas sociais, principalmente as de caráter coletivo.

Na realidade, toda uma conjuntura contribuiu para uma prestação jurisdicional insatisfatória. Qualquer causa que dificulte o acesso à justiça deve ser combatida. Por exemplo, o flagrante desrespeito aos direitos de cidadania dos deficientes físicos, haja vista que os fóruns, edifícios de uso público, devido às suas estruturas, não permitem o ingresso dessas pessoas, contrariando o artigo 244 da Lei Maior, nos seguintes termos: “a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transportes coletivos atualmente existentes a fim de **garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiências** [sem grifo no original], conforme o disposto no art. 227, §2º”.

Percebe-se que há o direito formalmente constituído, mas sua materialização não é efetivada nem mesmo quando o devedor é o Estado, como no caso acima mencionado. É preciso reconhecer que o devido acesso à justiça é fator decisivo para o processo civil desempenhar sua função instrumental de realizar justiça social. Mesmo porque, segundo o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, “o tema do acesso à justiça é aquele que mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-económica.”⁹⁶

Essa relevante questão vem demonstrada com peculiar acuidade na passagem da obra de Ada Pellegrini Grinover:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflitos [sem grifo no original]; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva a insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais; ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”).⁹⁷

O verdadeiro acesso à justiça nunca será alcançado somente com a atenção voltada para esses problemas porque a grande parte da sociedade sofre do pior mal, o

⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *op. cit.* p. 167.

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, 1990. p. 217.

da ignorância.⁹⁸ A ausência de educação jurídica retira dos jurisdicionados qualquer chance de acesso à justiça. Portanto, não adianta rapidez e aparelhamento do judiciário, custos acessíveis, processo efetivo etc., se quem necessita de tudo isso, não sabe utilizá-lo.

Todos os fatores que contribuem para o inaccessível à justiça são abomináveis, mas o pior deles é aquele que, não obstante a previsão legal, não é aplicado como se deve. Ao negar a aplicação do direito vigente, os responsáveis diminuem em muito as esperanças de uma verdadeira justiça.⁹⁹

O jornal “O Estado de São Paulo”, na sua edição de 12 de fevereiro de 1998, noticiou: “O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou ontem, por 9 votos a 2, que os juízes federais suspendam a concessão de tutela antecipatória (espécie de avaliação prévia do mérito) nas ações de servidores públicos sobre direitos trabalhistas. A medida liminar entrará em vigor daqui a uma semana, quando for publicada ata da sessão plenária de hoje do STF.”

Chega a ser acaciano dizer que decisão desse âmbito não é furtar do cidadão direito de acesso à justiça, consagrado em nível constitucional e, o que é pior, realizado por aquele órgão responsável pela fiel execução das normas constitucionais. Esse tipo de problema não passou despercebido pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos:

⁹⁸ O linguajar rebuscado do jurista é, sem dúvida, um inaccessível à justiça. “O direito, já por suas peculiaridades, possui palavras que tem sentido diverso do comum, dificultando à compreensão dos leigos, como por exemplo, *competência*, *consuetudinário* etc, razão pela qual, em nosso entender, deve ser evitado, dentro do possível, o uso indiscriminado de uma linguagem excessivamente erudita, incompreensível à maioria, justamente esta que mais necessita de um Direito claro e objetivo”. PEREIRA FILHO, Benedito. O necessário reconhecimento da união estável. *Jornal da Fundação*. Marília, n. 12, 1997. p. 2.

⁹⁹ “Em última análise, portanto, o problema primeiro, no que diz respeito ao ordenamento jurídico, é menos o que formalmente ele se propõe realizar, e muito mais o que ele instrumentaliza para assegurar sua efetividade.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coors.). *Participação e processo*. São Paulo, 1988. p. 84.

[...] sucede, porém, que muita dessa legislação tem permanecido letra morta. Pode mesmo avançar-se como hipótese de lei sociológica que *quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada*. Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser, no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito.¹⁰⁰

Assim, o legislador brasileiro, forçado a se preocupar com uma justiça célere e eficaz, que venha ao encontro dos anseios populares, tem realizado inovações no sistema jurídico brasileiro, haja vista as constantes reformas por que tem passado o Código de Processo Civil a partir de 1992.

Focalizando as reformas no campo processual civil, pode-se compreendê-las a partir dos pontos fulcrais buscados pelo legislador, podendo ser apontados quatro objetivos primordiais:

a) **proposta de simplificação**: por esse viés, o legislador procurou simplificar o sistema processual, criando, entre outras medidas, o protocolo unificado, a juntada e vista de documentos sem necessidade de despachos, dando origem ao denominado automatismo em atos de rotina;¹⁰¹

b) **esclarecimento de pontos controvertidos**: por este caminho, buscou-se dirimir, de vez, controvérsias que só contribuíam para a morosidade da justiça, como no caso do artigo 10, ficando elucidada a necessidade ou não da citação do cônjuge nas ações possessórias.

¹⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *op. cit.* p. 178.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo, 1996. p. 82.

Essa atitude do legislador merece aplausos, vez que o processo não pode ser campo para discussões doutrinárias. É um absurdo e um verdadeiro desprestígio para a justiça, por exemplo, entender-se que deve o réu contestar e reconvir num mesmo momento, enquanto outros entendem que ele, desde que faça dentro do prazo quinzenal, possa reconvir num dia e contestar em outro. Essa falta de consenso, além de não ajudar em nada na função estatal de dizer o direito, acaba por afastar os jurisdicionados do Poder Judiciário.

c) atribuição de ônus (encargos) para as partes: essa medida veio para desafogar um pouco o juízo, sendo exemplo a criação do cálculo pelo credor na liquidação de sentença e o fato de o preparo ficar a cargo das partes e ser interposto concomitantemente com o recurso;

d) busca de maior efetividade da jurisdição: aqui, a maior preocupação do legislador foi procurar mecanismos para atender, da forma mais justa e rápida possível, às várias demandas sociais.

3. Técnica da antecipação da tutela como busca da efetividade

Dentro desse desiderato, as mudanças mais importantes foram, sem dúvida, a elaboração da antecipação da tutela do artigo 273, da tutela específica do artigo 461 e da ação monitória, prevista nos artigos 1102a, 1102b e 1102c, que trouxeram a possibilidade de maior efetividade para o processo, dando condições para aquele que busque um direito chances de obter de forma rápida e com um custo o mais baixo possível.

Justifica-se um estudo a esse respeito, principalmente, porque muitos pontos devem ser ajustados pela sedimentação do entendimento que melhor lhe emprestar a

doutrina, para que a reforma consiga realmente alcançar seu objetivo e, também, porque todas essas medidas estão diretamente correlacionadas com a tutela executiva.

Com este intuito, o esforço maior foi e, ainda é, a busca de uma tutela jurisdicional capaz de atender ao direito pleiteado com satisfatividade inerente à plausibilidade da pretensão de direito apresentada em juízo, ainda que isto se dê no início da relação processual.

O quadro apresentado pelo processo civil pátrio, premiando demasiadamente o procedimento ordinário e coibindo cognição sumária em maior escala, emperrou o instrumento realizador do direito material a tal ponto que se tornaram inevitáveis as mudanças acima apontadas.

“A crise do processo”, expressão utilizada pela doutrina, de um modo geral, está focalizada na prestação da tutela executiva. Muito embora o entendimento dominante seja de que ela resida no processo de conhecimento, justamente pela sua ordinariedade.

Isso é natural se for recordado que o processo de conhecimento sempre foi o mais festejado pelo legislador, logo, ao postular-se mudança na prestação jurisdicional, este é o primeiro a ser lembrado. Por outro lado, não se pode esquecer que quando se trata de condenação, a via executiva é indispensável. Por isso, defende-se que não basta tão somente viabilizar a tutela cognitiva, pois a executiva pode inviabilizar a prestação jurisdicional uma vez por todas.

Por outro lado, entende-se que a efetividade do processo se alcança não só com o estudo das normas postas, mas, acrescida de um criticismo capaz de outros enfoques, como a já abordado, maior participação por parte do órgão jurisdicional, minimizando o mito

da neutralidade, revisão legislativa comprometida com o fator social, ensino jurídico desprendido do dogmatismo exacerbado etc.

No momento, é necessário demonstrar o fator tempo como o grande polarizador da técnica antecipatória. Antecipa-se direito porque o tempo é um desagregador capaz de corroer o direito da parte, ainda que “realizado” de acordo com o, às vezes, mal compreendido devido processo legal, e um fomentador de “defesas” infundadas e procrastinatórias.

No entender de Francesco Carnelutti, “Il valore, che o tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardo paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa.”¹⁰² Para isso, o juiz tem que ser munido de instrumentos processuais capazes de colocá-lo em condições de vencer o terrível inimigo da efetividade do processo, denominado “tempo”.

Por isso, o raciocínio, acredita-se, não é muito difícil. Se o fator tempo é um diferenciador entre as partes em litígio, pois enquanto uma se beneficia outra sai sensivelmente prejudicada, nada mais coerente do que uma fórmula de dividi-lo entre os interessados.

O que não se acredita, sinceramente, é que alguém duvide que o tempo não traga prejuízos para aquele que precisa da tutela jurisdicional e, ao contrário, facilita quem tem a obrigação de se submeter à pretensão de direito afirmada. Mesmo assim, é interessante analisar o seguinte caso concreto.

¹⁰² CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli, 1958. p. 354. No vernáculo: O valor, que o tempo tem no processo, é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem repouso.

Numa determinada Comarca do interior Paulista, foi proposta uma Ação de Indenização por ato ilícito em face de o empregador (dono de um posto de gasolina) e de seu empregado porque este último teria, indevidamente, apossado-se de um veículo de um freguês que estava estacionado no pátio do referido estabelecimento comercial.

As duas ações, civil e penal, tramitaram paralelamente. No crime, o digníssimo Membro do Ministério Público, em substituição ao que denunciou o indiciado por furto qualificado mediante fraude, uma vez que ele enganou o guarda do posto, pugnou pela absolvição entendendo que a intenção do agente não era furtar, mas sim dar uma volta apenas (furto de uso) e, segundo seu entendimento, a vítima não ficaria desprotegida porque já havia ação indenizatória no cível.

O magistrado, diante de tal posição do órgão acusador, proferiu decisão de uma lauda absolvendo o acusado. A vítima, indignada, apelou. Depois de convencido o Ministério Público de que apesar de ser ele o constitucionalmente denominado titular da ação penal, naquele caso, a vítima poderia prosseguir com o feito,¹⁰³ o Tribunal de Justiça se manifestou, confirmando a absolvição, mas por outro argumento, qual seja: *in dubio pro reo*,¹⁰⁴ porque restou incerteza nos julgadores se o acusado teria subtraído o automóvel ou

¹⁰³ Neste caso, a vítima utilizou do recurso supletivo previsto no artigo 598 do diploma processual penal. Curioso é que não há que se falar, no caso, de assistência ao Ministério Público, pois este requereu a absolvição e o recorrente, a condenação e não há como ocorrer assistência com interesses tão antagônicos. Entende-se que neste caso o particular simplesmente prossegue com a titularidade da ação penal. Artigo 598 do CPP: “Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, **ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação** [sem grifo no original], que não terá, porém, efeito suspensivo.”

¹⁰⁴ Princípio do processo penal, segundo o qual, toda vez que houver dúvida acerca da condenação, deve-se favorecer o réu, consistindo no axioma: em dúvida, a favor do réu.

tomado emprestado do dono, sem se manifestar, contudo, acerca do crime de dano, que também foi mencionado.

No cível, após uma larga instrução probatória, com a defesa abusando no seu direito de ouvir testemunhas de fora da terra, foi proferida sentença condenando os envolvidos de acordo com o pedido inicial. Houve apelação. O Tribunal manteve a sentença de primeiro grau. Transitada em julgado, iniciou-se, **de imediato**, o “competente” processo de execução.

O, agora, devedor segurou o juízo com bens de terceiros (bens pertencentes a bandeira do posto) e embargou como devedor. Alegou nesta ação que o valor do carro era sensivelmente menor ao que havia sido solicitado na inicial, tendo em vista a entrada em vigor do Plano Real.

Realmente, com a URV e, posteriormente, com o Real o valor de mercado dos automóveis diminuiu. Mas, o dano experimentado pela vítima não poderia passar por esta defasagem, sob pena de um prejuízo evidente e por culpa alheia. Mesmo porque, o preço do automóvel foi alvo de discussão tanto em 1º como em 2º graus de jurisdição, restando devidamente comprovado, inclusive, que já havia sido negociado com terceiro.

Mas de nada adiantou. Os embargos foram julgados procedentes. Houve, então, recurso por parte do exequente. O Tribunal manteve a sentença dos embargos só que não pelo preço inferior que queria o executado, mas, determinando que fosse promovido um novo processo, liquidação por artigos, para chegar-se ao real valor do automóvel.

Frise-se, este valor foi discutido largamente nas duas Instâncias, com documentos e declaração do comprador e, logicamente, o valor que desembolsaria para adquiri-lo caso não houvesse o malogrado sinistro.

Até aqui, todo este trâmite acumula seis longos anos de angústia e frustração para o Autor. Durante este tempo que ficou sem seu bem, não reuniu condições financeiras para comprar outro, só teve gastos com custas processuais, infindáveis taxas com oficial de justiça, xerocópias, advogado etc.

Além de tudo isto, terá que suportar o ônus do tempo no processo de liquidação de sentença e, novamente, no de execução, logrado a toda sorte de defesa apresentada pela parte contrária que só tem um único objetivo: “ganhar tempo” e, se possível, contar com a desgraça financeira do autor para, usando da sua dependência econômica, forçá-lo a aceitar um acordo nos moldes em que for proposto.

Mas não é só, somado a toda esta angústia de ser obrigado a conviver com a empáfia dos responsáveis pelo prejuízo indevido, o autor teve de pagar os honorários arbitrados por ocasião dos embargos.

Situação cômica, se não fosse trágica, pois ele acionou juridicamente os responsáveis, recebeu do judiciário a declaração de crédito (sentença condenatória) mas, além de não receber seu justo crédito e ter de pagar os referidos honorários, terá que se submeter a sorte de mais dois processos: liquidação da sentença condenatória e, novamente, processo de execução. Ressalte-se, tudo isto já com o seu crédito devidamente reconhecido pelo poder competente.

Será que diante de quadro como este, que infelizmente é a regra no Judiciário, alguém ainda duvide de que o tempo é um ônus que só recai sobre a parte que pleiteia em juízo, normalmente o autor?

A legitimidade que detém o Estado para forçar alguém ir a juízo toda vez que necessitar de guarida a seu direito não fica profundamente desacreditada frente a situações como esta apresentada? Acredita-se que sim.

Aparecendo uma nova situação que exija deste cidadão a ida ao Judiciário, certamente o trauma da primeira experiência o fará refletir bastante. Em muitos casos, diante da notória ineficiência da tutela ao direito, a parte preferirá ficar inerte a suportar mais uma desilusão.

A intenção, ao relatar estes fatos, é evidenciar que o processo está longe de servir a parte que dele necessita, como instrumento necessário e hábil para a realização dos direitos. Ao contrário, tem-se caracterizado por ser um instrumento obsoleto e de servir muito mais ao réu do que ao autor. Serve ao réu à medida que lhe proporciona o uso do tempo no processo de forma exclusiva, impedindo o autor de adimplir o seu direito imediatamente.

O augúrio de que o tempo é um mal que deve ser combatido ferrenhamente, também não passou despercebido para Cândido Rangel Dinamarco que assim preleciona:

O tempo é um inimigo do processo e o seu decurso destempera a boa qualidade do provimento jurisdicional, quando a demora deste traz prejuízos, sofrimentos, ansiedades e quando, quantas vezes, o provimento tardo acaba por se tornar indispensável ou quiçá inútil. Por isso é que o direito processual, em sua disciplina positiva e na interpretação correta que se espera dos tribunais e demais destinatários, há de ser um sistema equilibrado entre dois ideais: **de um lado o zelo pela perfeição e boa qualidade dos resultados do processo, de outro a preocupação pela celeridade. Não importa que, em nome desta, algum risco se corra de interpretação na prestação jurisdicional, desde que o sistema ofereça, em compensação, meios idôneos para a correção de eventuais erros** [sem grifo no original]. As normas processuais não de equilibrar adequadamente a exigência de certeza com o risco de errar, contentando-se às vezes com a mera *probabilidade* da ocorrência de certos fatos ou da

existência de um direito, para que se possa sempre extrair do processo o *melhor resultado útil possível*; é assim que o bom instrumento deve servir aos fins a que se destina.¹⁰⁵

O que não pode é confundir garantias com desigualdades, pois defender a entrega da prestação jurisdicional de forma definitiva, somente após amplíssima instrução probatória, submissão a duas instâncias e a vários processos (conhecimento, liquidação da sentença, execução e cautelar), como sendo respeito ao direito de ampla defesa é, também, dizer ao autor que ele terá que aguardar passivamente todo este deslinde, para, ao final, receber o que já era seu. Sendo que, durante este período, o réu terá indevidamente incorporado no seu patrimônio bens que não lhe pertenciam.

Sempre que se tem de fazer uma escolha, o risco de erro e, conseqüentemente, de prejuízo a uma parte é latente. O que não se pode admitir é que esse “medo” de causar dano possa ser auferido só em relação a uma parte, sob pena de sacrificar, mais uma vez, o princípio da igualdade.

O sistema jurídico comporta vários princípios. Por esta razão e pela importância emprestada a eles, devem ser aplicados harmônica e proporcionalmente ao fim colimado. Portanto, é uma infixidez advogar a favor do princípio da ampla defesa e esquecer o da igualdade. E, submeter somente uma parte ao ônus do tempo é um flagrante desrespeito ao princípio da igualdade, acrescido da funesta conseqüência da inefetividade do processo.

A doutrina do Professor Luiz Guilherme Marinoni é, sem dúvida, o expoente que se tem para trabalhar, com racionalidade e cientificidade, toda a questão envolta

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo, 1986. p. 462.

com o processo de conhecimento, distribuição do ônus do tempo entre as partes, enfim, das medidas antecipatórias. Em uma das suas várias intervenções, relata o processualista:

O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, principalmente, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível ao autor por estar nas mãos do réu. 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.¹⁰⁶

Se o tempo é esse divisor de águas, porque do seu combate restará ou não eficiência ao processo, a antecipação da tutela mostra-se como sendo o meio que se tem na legislação processual civil capaz de tornar possível entregar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem direito de obter.

3.1. A efetividade da tutela de urgência: cautelar e antecipatória

Demonstrada a necessidade da antecipação da tutela em todo âmbito do processo civil e não só em casos especialíssimos privilegiados pelo legislador, como acontece com os procedimentos especiais, pois a liminar na ação possessória outra coisa não é senão

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo, 1997. p. 188.

antecipação da tutela, urge analisar a carga de efetividade, de executoriedade, que ela possui.^{107 108}

Por este enfoque, conclui-se que de nada adiantará a antecipação da tutela se a sua execução não for efetiva. Daí, pode-se dizer que a questão da efetividade do processo inevitavelmente esbarra na tutela executiva, reforçando a preocupação exposta no transcorrer deste trabalho em procurar desvelar os inconvenientes de se ter uma tutela cognitiva apartada da executiva.

Há direitos que não podem aguardar a lentidão do procedimento ordinário, tendo em vista a urgência com que requer a prestação jurisdicional. O respaldo a esta necessidade emergencial vem com a tutela cautelar e, a partir da reforma de 1994, também, com a medida antecipatória.

Neste contexto é oportuno abordar, ainda que de forma sucinta, o que há de divergente, caracterizador entre a tutela cautelar e a antecipatória. A doutrina, de uma forma quase unânime, aponta como diferença entre as duas tutelas o fato de uma ser satisfativa e a outra não.

Este parece ser mesmo o fato determinante entre as duas providências. Porém, Antônio Cláudio da Costa Machado¹⁰⁹ critica o entendimento de Luiz Guilherme

¹⁰⁷ “As ações possessórias, através da possibilidade de medida liminar, contém, historicamente mesmo, um sistema que guarda alguma similitude com a antecipação da tutela.” ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. vol. 2, São Paulo, 1997. p. 424.

¹⁰⁸ “[...] cumpre o papel de pôr em destaque que o fato de que as formas de tutela antecipatória não-cautelar existentes no nosso sistema (v.g. as possessórias, nunciação, desapropriação etc.) [...]” MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, 1998. p. 292.

¹⁰⁹ *Idem*, *ibidem*. pp. 273 e seguintes.

Marinoni, Ovídio Baptista, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco e outros, alegando serem tutelas da mesma espécie.

Na concepção deste processualista, tutela cautelar e antecipatória não se diferenciam pela questão da satisfatividade desta última, mas, sim, pelo privilégio que o legislador empresta à tutela de determinados direitos. Na sua opinião, a tutela cautelar é aferível através de um poder discricionário conferido ao juiz para, com base no *periculum in mora*,¹¹⁰ acautelar todo e qualquer tipo de direito que se encontrar em tal condição.

Para ele, o mesmo não acontece com a tutela antecipatória do artigo 273. Segundo seu entendimento, neste caso, não há nenhuma forma discricionária de atuação jurisdicional influenciando sobre a decisão. O que prevalece é a vontade do legislador em privilegiar quais direitos devem ser protegidos pela medida antecipatória, razão pela qual nenhum juízo pode ser aventado acerca do *periculum in mora*, que é, no seu ver, pressuposto exclusivamente cautelar. Vejam o que diz o doutrinador ao criticar Proto Pisani:

[...] confunde coisas que absolutamente não podem ser confundidas e gera a falsa sensação para o estudioso menos avisado de que um provimento não-cautelar pode se fundar num requisito exclusivamente cautelar. Não pode, porque a revelação da não-cautelaridade de um provimento é dada justamente pela ausência do *periculum in mora* – daí termos dito que o *periculum* é o pressuposto negativo a pura satisfatividade-, o que aponta para o ato de que, no plano legiferante, a única e exclusiva razão (ou *ratio*) pela qual se instituem provimentos puramente antecipatórios é a só vontade do legislador de privilegiar determinados direitos ou interesses materiais com uma tutela jurisdicional rápida.¹¹¹

A bem da verdade, a crítica assentada por este processualista não procede. O equívoco que ele aponta em Marinoni e Ovídio Baptista, principalmente porque

¹¹⁰ Expressão latina cujo significado é perigo na demora.

estes dois fundamentam-se na doutrina italiana de Proto Pisani, é totalmente inconsistente. O que estes processualistas, formadores de escolas, asseveram, com total acerto, é que não existe cautelar satisfativa, pois tal escopo é inerente aos procedimentos sumários.

A questão do perigo na demora, tantas vezes aludido pelo processualista paulista, não chega a ser parâmetro suficiente para caracterizar a medida como sendo cautelar ou antecipatória. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, apesar de ter algo a mais do que o perigo na demora, deve, também, ser considerado a par da satisfatividade do direito pleiteado.

Também não foi mais feliz ao abordar o privilégio que o legislador empresta às medidas antecipatórias como sendo traço marcante para diferenciá-las da cautelar.¹¹² A antecipação da tutela vem disciplinada no procedimento ordinário que, como se sabe, é o padrão, razão pela qual poderá ser utilizado nos demais. Portanto, não há, como nos procedimentos especiais, direitos determinados a serem protegidos pela tutela antecipada do artigo 273 do CPC.

De toda esta celeuma aventada por Antônio Cláudio da Costa Machado, quando utiliza o privilégio concedido pelo legislador a alguns direitos para diferenciar tutela cautelar de antecipatória, é preciso dizer que seu único acerto a este respeito reside no fato de acusar os procedimentos especiais de privilegiados o que, aliás, já foi neste trabalho

¹¹¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *op. cit.* pp. 315-316.

¹¹² Apesar de traçar uma diferença entre cautelar e antecipação da tutela, utilizando a questão do perigo na demora e o privilégio a certos direitos para demonstrá-la, para Antônio Cláudio da Costa Machado, a natureza da antecipação da tutela é cautelar e a satisfatividade não a desnatura. “Eis os muitos motivos pelos quais parece-nos completamente inadequada a interpretação corrente pelo art. 273, inciso I, do CPC reformado não possui natureza cautelar.” *Idem, ibidem.* p. 333.

exaustivamente apontado. Esta acusação merece destaque porque realmente houve, neste patamar, predileção legislativa.

Porque é a só vontade do legislador o que justifica tais liminares, é que se pode questionar politicamente a razão de existir reintegração na posse em favor dos proprietários de imóveis (uma minoria no Brasil) e de não existir a reintegração, por exemplo, da honra em favor de todos; de existir a busca e apreensão em favor do crédito das instituições financeiras e de não existir providência rápida e efetiva em favor dos créditos em geral. Há liminares menos discutíveis sob este ângulo, evidentemente, como a imissão na posse no processo desapropriatório, ou bastante justificadas, como a desocupação do imóvel alugado para temporada, mas, seja como for, o fato é que a presença do *periculum in mora* e a conseqüente cautelaridade tornam as providências jurisdicionais mais democráticas, na medida em que, avaliando o juiz o perigo de dano irreparável na perspectiva da demora da emissão do provimento definitivo, quaisquer direitos, independentemente da sua natureza, podem ser tutelados pelo Judiciário pela via liminar.¹¹³

Com a antecipação da tutela, principalmente a do artigo 273, por ser genérica, mudou-se esse quadro privilegiador. Agora, é possível a qualquer jurisdicionado, independentemente de seu direito estar ou não enquadrado no rol dos procedimentos especiais, conseguir a satisfação do pedido ou parte dele, de forma rápida, sem as delongas de um procedimento ordinário.

Defende-se, inclusive, que os autores de obras didáticas devem adequar a manualística a esta realidade. Hoje, é perfeitamente possível falar que a técnica do procedimento especial, pelo menos no que tange a satisfação do direito pretendido, foi irradiada por todo o código, pois independentemente do procedimento (ordinário, sumário etc.) é cabível a antecipação da tutela. Com isso, amenizou-se a brutal desigualdade existente quando só se tinha antecipação da tutela nos procedimentos especiais.

¹¹³ Idem, *ibidem*. p. 316.

Enfim, retornando à questão diferenciadora entre as duas medidas, sem pretender pôr em destaque teses mirabolantes que discutem a natureza da medida cautelar, é certo que sua função não passa de acauteladora. Quando a medida deferida satisfizer o direito da parte, deixa ela de ser cautelar para, mesmo que temporária, ser satisfativa e, portanto, antecipatória.

Em resumo, a razão assiste àqueles que defendem a disparidade entre as duas tutelas de urgência porque possuem objetivos diferentes, enquanto uma (tutela cautelar) acautela bens, pessoas ou provas de um processo dito principal, a outra, (tutela antecipada) satisfaz o direito pleiteado mediante cognição sumária.

Reforçando o posicionamento, pode-se dizer que as duas são espécies do mesmo gênero, tutela de urgência, mas possuem objetivos diferentes. Enquanto a medida antecipatória visa satisfazer o direito da parte, a cautelar preocupa-se, tão somente em acautelar, colocar a salvo de qualquer sorte de perigo o objeto que se discute ou, se discutirá, em outro processo, sem, contudo, satisfazer o direito material da parte.

A cognição do juiz na seara cautelar é processual, cinge-se apenas a analisar a necessidade de tal medida, independentemente de se perquirir a respeito do mérito, do pedido da parte no processo denominado de principal.

Já com a antecipação da tutela, a cognição é justamente sobre o mérito do direito material. Preocupa-se com a plausibilidade, verossimilhança do direito pleiteado e não da necessidade de assegurar a existência do objeto em disputa para entregar ao futuro vencedor da demanda, como na cautelar. Por tudo isto é que se diz, acertadamente, que na antecipação da tutela há satisfação do direito e na cautelar somente acautelamento.

Vencida esta questão, é preciso retomar outra de fundamental importância, relativa a efetividade executória destas medidas. Para Jorge Pinheiro Castelo “a satisfação é a realização concreta e objetiva do direito. É realizá-lo no plano das relações humanas, no plano social, no plano da realidade material.”¹¹⁴

No mesmo sentido é o pensamento de Ovídio Baptista: “Tal como Pontes de Miranda, entendemos por satisfação do direito sua efetiva realização existencial, ainda que provisória e adotada antes mesmo do reconhecimento por sentença de que o direito realmente exista. Em razão disso, temos como antecipação satisfativa do direito toda liminar que conceda ao demandante algum resultado prático que o mesmo somente poderia obter se a demanda fosse, afinal procedente.”¹¹⁵

Não obstante o pensamento destes dois autores, é preciso recordar o que já se disse em outras explanações deste trabalho, o fato, assente na doutrina, que satisfazer direito significa apenas declará-lo mediante sentença definitiva.

A efetividade do direito exige do processo, que é seu instrumento, uma mudança no plano dos fatos, concedendo à parte o que foi pleiteado, recompondo ou evitando uma situação danosa. Conquanto, por esse viés, é indiferente a simples declaração do direito.

Disto, afirma-se que tanto a medida cautelar como a antecipada, cada qual dentro do seu limite, objetivo, realizará o direito conforme a sua capacidade de executoriedade e, conseqüentemente, serão efetivas e servirão ao direito a que prestam, se revestidas desta necessária natureza.

¹¹⁴ CASTELO, Jorge Pinheiro. *op. cit.* p. 135.

¹¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro, 1996. p. 59.

A execução da medida cautelar é necessária para alcançar o seu desiderato de assegurar a realização dos direitos e interesses, sem, contudo, como já se disse, satisfazê-lo, uma vez que seu limite está na segurança.

A só declaração judicial da necessidade de uma medida cautelar não é suficiente para que se opere o resultado no mundo dos fatos que dela se espera. Desta feita, evidencia-se a execução da medida cautelar como necessária. A questão agora é: é possível executar sem processo de execução, sem título executivo?

Pois bem, uma visão formal, abstrata e conceitual, meramente no mundo das normas jurídicas do princípio da *nulla executio sine titulo*,¹¹⁶ leva à conclusão de que só há execução dentro de um processo de execução. Mas isso não é, e não pode ser, de todo verdadeiro.

A medida cautelar é um exemplo de que há sim execução sem título e independentemente de um processo de execução. E, o que é mais importante, sua execução alcança o mundo da efetividade, justamente por escapar do procedimento que envolve o processo de execução. Nela, o juiz num só processo, conhece e executa, retirando do requerido a possibilidade de opor embargos.

Como visto, é perfeitamente viável executar uma medida cautelar independentemente do processo de execução, assim como, ter medida puramente executiva, sem ser cautelar. Exemplo típico de medida puramente executiva é o caso do artigo 653 do

¹¹⁶ Princípio da execução, segundo o qual, é nula a execução sem título.

CPC. Através deste dispositivo, executa-se para assegurar ao invés de assegurar para executar, como acontece com as medidas puramente cautelares.¹¹⁷

Porém, esta forma de execução antecipada não é admitida pela doutrina que, como se sabe, só admite execução após pronunciamento declaratório definitivo do órgão jurisdicional. Assim, classificam-se medidas tipicamente executivas como cautelares, mascarando uma situação evidente de execução, ainda que para assegurar um futuro possível direito (execução da segurança), como se fosse simplesmente uma medida cautelar (segurança para execução).

Esta forma de execução provisória urgente fez com que Ovídio Baptista fizesse uma aguda crítica a doutrina tradicional, inclusive italiana, da qual a doutrina pátria sempre se abeberou, merecendo fiel transcrição para que fique de vez por todas bem caracterizado o esforço, que chega a causar abespinhamento, em se manter aquela estrutura advinda do direito romano que impede execução sem decisão “definitiva”.

Foi através dessa identificação conceitual entre *execução provisória urgente* (‘execução para segurança’) e tutela cautelar (apenas segurança de uma futura execução) que o Direito italiano livrou-se de seus compromissos ideológicos com a doutrina francesa, que sempre demonstrou aversão pelo reconhecimento de poderes discricionários aos magistrados, o quais – pelo modelo liberal emergente da Revolução Francesa – deveriam limitar-se a produzir *jurisdição declaratória*. O processo cautelar, tal como a doutrina o concebe, permitiu aos juristas peninsulares salvar o *Procedimento Ordinário* preservando-lhes os princípios e as virtudes que a doutrina lhe atribui, **ao mesmo tempo em que seus defeitos mais notórios, derivados da posição de passividade a que o juiz é submetido** [sem grifo no original], foram abrandados por meio da ‘polícia judiciária’, engenhosamente concebida por Calamandrei como função própria das medidas cautelares. O arranjo foi tão perfeito que permitiu que se continuasse a proclamar as excelências da

¹¹⁷ Por todos, Ovídio Baptista seguindo ensinamento de Pontes de Miranda, esclarece com propriedade a diferença entre segurança da execução e execução para segurança. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro, 1996. pp. 38 e seguintes.

ordinariedade, enquanto dissimuladamente praticavam-se as mais variadas e imaginativas formas de processos sumários, onde as *liminares satisfativas* proliferam, a ponto de sugerir a Geovanni Verde a criação de dois grupos de processos: um deles que os juristas denominam processos da série “A”, em que todos os princípios que informam a doutrina processual, afeiçoada ao Procedimento Ordinário, são cuidadosamente respeitados; e um outro, que seriam os processos da série “B” – *non destinato a sfociare nella cosa giudicata sostanziale* – onde, segundo Verde, imagina-se *che vi sai una sorta di terra di nessuno*, em que a violação daqueles princípios é sempre permitida.¹¹⁸

Se, com relação a medida cautelar há a execução efetiva, imediata, o mesmo não acontece com a medida antecipatória do artigo 273 que fica submetida a sorte do processo de execução. Antes de se discutir a executoriedade desta medida antecipatória, é oportuno discorrer o porquê deste tratamento desigual entre as duas medidas.

A questão primordial é que, como se viu, a doutrina enganada não permite execução sem prévio conhecimento definitivo. Quando ocorre algum caso neste sentido, ela, mais do que depressa, transforma a medida em cautelar, visto que esta não satisfaz direitos, portanto, sua execução não desnatura sua forte idéia da negativa de execução sem título, sem conhecimento definitivo.

“A tutela da liberdade e da segurança da propriedade privada é o valor fundamental do processo liberal. Por isso, o devedor é fortemente garantido quando é proprietário. O procedimento executivo que visa atacar essa sua qualidade deve estar calcado na certeza, além de ser longo e complexo.”¹¹⁹ Eis porque toda medida executiva que visa satisfazer direitos, despida de título executivo, é rechaçada.

¹¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro, 1996. p. 60. As expressões em italiano podem ser traduzidas, respectivamente, da seguinte forma: “não destinado a desembocar (terminar) na coisa julgada substancial” e “que haja uma espécie de terra de ninguém”.

¹¹⁹ CASTELO, Jorge Pinheiro. **op. cit.** p. 137.

O que se passa com a medida antecipada do artigo 273 do CPC não é diferente. A simples declaração reconhecendo a plausibilidade do direito, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, caracterizado o abuso de direito de resposta ou manifesto propósito protelatório do réu não é suficiente para revestir a decisão de executoriedade, como as cautelares.

3.2. Executoriedade do artigo 273

O legislador obcecado pela proibição de se antecipar execução e, da mesma forma, protegendo em demasia a propriedade, remete à execução da medida antecipada para as vias ordinárias do Livro II do CPC. Tudo para se evitar riscos para o réu. “Parece não haver dúvida que o processo tradicional foi concebido, ainda que inconscientemente, na medida dos interesses do réu!”¹²⁰

Realmente, a única parte que não tem pressa no processo é o réu e se a estrutura facilita a morosidade, conclusão mais do que lógica é a de que o processo está muito mais a seu favor do que do autor. A triste realidade é que ainda não está vencida a dificuldade de convencer o judiciário a aplicar adequadamente a tutela antecipada e, atualmente, já se depara com um obstáculo maior ainda, de cunho também legislativo, que é a execução da medida antecipada.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo, 1997. p. 189. Estas palavras retiradas do magistério do professor Luiz Guilherme Marinoni bem demonstram a desigualdade reinante no processo civil pátrio. A única ressalva a se fazer às suas palavras reside no fato da “inconsciência” do legislador a tal respeito. Acredita-se, a evidência de tudo, que esta excessiva proteção vem de encontro com seus anseios. Mesmo porque, como exaustivamente já citado, os interesses da classe “nobre” estão protegidos pelos procedimentos especiais.

“É natural que o juiz, formado para lidar com a cognição profunda e com juízo de certeza, tenha dificuldade de trabalhar com a cognição sumária, com o juízo de verossimilhança.”¹²¹ Porém, esta aversão ao juízo de verossimilhança e de antecipação, inclusive da execução, deve ser profundamente amenizada, sob pena de se eternizar um processo civil inefetivo e desigual.

O medo incutido no juiz de prejudicar o réu deve existir na mesma proporção em relação ao autor. O desempate virá com a evidência do direito apresentado pelas partes, acrescido da urgência em satisfazê-lo. Satisfazê-lo e não somente declará-lo!

Um direito que se apresenta plausível e urgente não pode passar pela agonia de uma execução provisória. Um exemplo sempre é bom para esclarecer melhor o que se quer dizer. O caso nacionalmente veiculado do acidente provocado pela explosão do shopping center em Osasco, São Paulo, pode clarear um pouco mais a questão.

Pense que, por ocasião deste acidente, um cidadão tenha perdido seus membros inferiores, ficando, portanto, impossibilitado para o trabalho. Neste caso, provando o nexó entre o fato e o responsável por ele, o autor propõe ação postulando indenização pelo ato ilícito e a título de danos morais, sendo que para sua manutenção, gastos com remédios e operações **urgentes**, requereu antecipação da tutela, pleiteando uma verba mensal para tais fins.

Diante da verossimilhança, plausibilidade e da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela pretendida é deferida. A parte contrária agrava por instrumento, mas o relator nega-lhe efeito suspensivo.

¹²¹ CASTELO, Jorge Pinheiro. *op. cit.* p. 69.

Pois bem, a medida então deverá ser satisfeita. Contudo, o infeliz parágrafo 3º do art. 273 a remete para o artigo 588, incisos II e III que disciplina a execução provisória. Diante disto e sabedor do que é capaz uma defesa procrastinatória no processo civil, a parte contrária certamente não irá cumprir a medida antecipatória concedida, aguardando todo o desfecho da malsinada execução provisória que, como é sabido, proíbe levantamento de dinheiro sem caução idônea, como também, impede atos que importem alienação do domínio.

Como se vê, apesar da inovação legislativa, prevendo a possibilidade da antecipação da tutela, o bem continua no patrimônio do devedor, sua indisponibilidade continua íntegra, imperando. O prejuízo ao direito do autor será, invariavelmente, certo, ainda que ele venha, ao final, ser vencedor na demanda, pois os reflexos inerentes ao tempo em que seu direito não foi satisfeito lhe causará danos irreparáveis.

O dispositivo legal que criou a tutela antecipada é, como já abordado, de fundamental importância para a efetividade do processo; porém, não poderá cair na vala comum da simples declaração, sob pena de se tornar apenas mais uma letra morta entre tantas existentes na legislação. Se a tutela antecipada é uma medida urgente, requer, por via de consequência, uma execução também urgente.

Para evitar a discrepância entre o ter formalmente e o realizar materialmente é necessário, além de uma interpretação condizente com o verdadeiro objetivo que o citado dispositivo quer alcançar, executar também levando em consideração a urgência que autorizou o deferimento da medida antecipada.¹²²

¹²² Apesar de não ser esse o objetivo do presente trabalho, é preciso que se diga que a antecipação da tutela deve ter uma interpretação desprendida de preconceitos e corajosa, rompendo dogmas e conservadorismos. Por isso, entende-se perfeitamente possível a concessão da tutela antecipada de ofício no

A tutela antecipada não pode ser considerada como diferenciada¹²³ só porque antecipa o conhecimento do juiz mas, principalmente, porque satisfaz o direito da parte num momento antecedente ao da prolação da sentença de mérito e, para isso, é mister a sua efetiva execução. Não há como satisfazer sem executar. E, sendo curial da medida antecipada a urgência ou a evidência, é natural que se execute também considerando estes dois elementos.

Por esta razão, o processo de execução ou suas regras são prescindíveis à antecipação da tutela. O ato do juiz de antecipar o conhecimento, efeito fático esperado pela sentença de mérito,¹²⁴ deve ser dotado de executoriedade nos mesmos moldes, equivalente as liminares dos procedimentos especiais do Livro IV do CPC, caso contrário, voltar-se-á a desigualdade existente antes da reforma do código que só permitia ao juiz conhecer e executar ao mesmo tempo nestes procedimentos e em algumas leis especiais.

O sentido de execução que se espera da tutela antecipada é aquele voltado para a sua real realização, satisfação. Não significando dizer que a concessão de uma medida antecipada tem, necessariamente, cunho condenatório. É evidente que se alguém se vê compelido, por intermédio de uma decisão judicial, a satisfazer a pretensão de outrem, é porque ele foi condenado a se comportar de tal forma.

caso do inciso II do CPC, pois se o juiz pode condenar por litigância de má-fé de ofício, poderá, também, antecipar a tutela por abuso do direito de defesa, mesmo porque, estará realizando, na verdade, julgamento conforme o estado do processo.

¹²³ A tutela antecipada por ser diferenciada, não pode ser acusada de excepcional. É ela uma medida especial que poderá e deverá ser concedida toda vez que preenchidos os seus requisitos. Mas isto não significa excepcionalidade. A busca de efetividade do processo a requer como regra e a ordinariedade como exceção. Por isso, erra parte da doutrina quando limita exageradamente sua concessão e, equivoca-se, também, como faz Alexandre Freitas Câmara ao denominá-la de excepcional. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. I, Rio de Janeiro, 1998. p. 91.

¹²⁴ Sempre com Ovídio Baptista, Pinheiro Castelo assevera: “a satisfação do direito, em si mesma, ainda que provisória, obtida a partir de um provimento de urgência (sumário satisfativo), é

No entanto, já que a doutrina tradicional apregoa que é impossível executar sem título e, principalmente, porque toda medida urgente não pode se dar ao luxo de se submeter a um processo de execução, com nova fase cognitiva (embargos do devedor), o melhor entendimento, comprometido com a efetividade processual, é aquele que emprega à medida antecipada o caráter da mandamentalidade. Ora, se ela não pode ser executada, deverá, então, ser cumprida mediante ordem.

Há, assim, uma ordem do juiz e não uma condenação. Desta forma, exclui-se do réu qualquer chance de procrastinar o feito, deduzindo, por exemplo, embargos do devedor com seu moroso duplo grau e, inclusive, efeito, pois uma vez julgados improcedentes, a execução só pode ser provisória.

Vislumbra-se oportuno abrir parênteses para questionar aqueles que não admitem a classificação quinária das ações (sentenças). Caso se admita somente a classificação trinária (declaratória, constitutiva e condenatória), a tutela antecipada terá, invariavelmente, que suportar as agruras de um processo executivo.

Neste diapasão, é, também, parte integrante deste questionamento, a medida antecipada do artigo 461, pois o seu parágrafo 5º deixa explícito o seu caráter mandamental.

Essa questão da natureza mandamental da tutela antecipada pode ser melhor compreendida no tópico acerca da executoriedade do artigo 461, oportunidade em que será possível conciliar a natureza das duas medidas, haja vista que ambas possuem o mesmo objetivo.

3.3. Executoriedade do artigo 461

Aquele que se obriga assume, inexoravelmente, uma obrigação de dar (restituir), de fazer ou não fazer, cujo inadimplemento acarreta consequências disciplinadas pela lei, tanto material como processual. Tanto é assim, que o renomado civilista Silvio Rodrigues conceitua obrigação, nos seguintes termos: “[...] é o vínculo de direito pelo qual um sujeito passivo fica adstrito a **dar, fazer ou não fazer** [sem grifo no original] alguma coisa em favor de um sujeito ativo, sob pena de, se o não fizer, espontaneamente, seu patrimônio responder pelo equivalente.”¹²⁵

Acontece que o descumprimento de uma obrigação submete o credor a um processo de execução lento e ineficaz, redundando, com uma boa dose de sorte, na obtenção de uma obrigação substituta por parte do devedor, geralmente, em perdas e danos.

Preocupados com essa insensatez e na busca incessante de uma tutela específica que ratifique o papel instrumental do processo, os estudiosos passaram a conviver com um grande dilema: como construir um processo de resultado? “A situação do processualista é bastante incômoda, como a de um inquilino de uma casa, cujos alicerces carecem da solidez necessária.”¹²⁶

Neste sentido, a elaboração do artigo 461 foi, sem dúvida, um avanço relevante na busca da efetividade. E, o que ele tem de mais positivo é sua executividade, justamente por revestir a decisão judicial de mandamentalidade. Por isso, o legislador, para

¹²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. vol. 2, São Paulo, 1994. p. 6.

¹²⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto apud ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro, 1998. p. 15.

alcançar seu desiderato, muniu o julgador de poder capaz de forçar o obrigado a cumprir a ordem emanada, independentemente de ulterior processo de execução.

A natureza mandamental deste provimento antecipatório exsurge da simples leitura do seu § 5º: “para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, **de ofício** [sem grifo no original] ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. No mesmo sentido é a imposição de multa que lhe faculta o § 4º.

Portanto, na justificada ânsia de dar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter, no caso a tutela específica, o legislador não hesitou em conceder discricionariedade ao juiz, deixando um campo aberto para sua atuação, sempre em busca da tutela específica ou resultado prático equivalente.

Disto se reconhece que o sucesso da tutela antecipada está na sua executoriedade independentemente de processo de execução, na possibilidade de execução sem título, de união entre conhecer e executar, de, por fim, executar sem depender das regras do Livro II do CPC, permitindo fugir à implacável oposição de embargos do devedor e à imprestável execução provisória.

O que parte da doutrina ainda não percebeu é que tanto a tutela antecipatória do artigo 273, como a do 461 visam à efetividade do processo e à distribuição do ônus do tempo entre as partes. São, portanto, espécies do mesmo gênero, com a peculiaridade de que uma visa direito certo e determinado, obrigação de fazer e não fazer, enquanto que a outra é distinta.

Então, se o caráter mandamental da tutela do artigo 461 é mais facilmente aceito pela doutrina, por que não reconhecê-lo, também, na do artigo 273? Ora, o campo de atuação delas é tão próximo que o juiz poderá deferir uma pela outra, utilizando-se do princípio da fungibilidade, caso a parte tenha realizado pedido com base no 461 e era, na verdade, no 273, e vice e versa, jamais se esquecendo que, tanto uma como a outra, visam à racionalidade da prestação jurisdicional, entregando o direito àquele que demonstra tê-lo, de forma condizente com a promessa de justiça feita pelo Estado de Direito, rápida e eficaz.

Para Sergio Bermudes,¹²⁷ a antecipação da tutela fundada no artigo 273 tem cunho condenatório, devendo ser submetida fielmente às regras da execução provisória, sendo que, estranhamente, acusa as medidas antecipadas do artigo 461 de serem cautelares, não se manifestando a respeito da natureza executiva delas.

Humberto Theodoro Júnior¹²⁸ admite, assim como Sergio Bermudes, a submissão da tutela antecipada do artigo 273 às regras do processo de execução, artigo 588, incisos II e III. Porém, quanto à antecipação do artigo 461, implicitamente, admite o caráter mandamental, refutando qualquer possibilidade de cautelaridade nos seguintes termos: “A propósito é bom lembrar que, *in casu*, como aliás já se previra em caráter geral no novo texto do art. 273, a medida liminar não se confunde com simples medida cautelar (preventiva), pois

¹²⁷ BERMUDES, Sergio. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo, 1996. pp. 31, 65-68.

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro, 1996. p. 14.

assume a função específica de antecipação da tutela visada a alcançar com a sentença de mérito (medida, portanto, satisfativa).”¹²⁹

Cândido Rangel Dinamarco, apesar de reconhecer que no artigo 273 “A lei não especifica o modo de conceder a antecipação de tutela, com o que deixa um leque indefinido de possibilidades à disposição do juiz segundo as peculiaridades do caso.”,¹³⁰ admite as regras da execução provisória toda vez que for obrigação de dar dinheiro, sem, entretanto, denominar as demais de mandamental.

Este mesmo autor, ao discorrer sobre a antecipação de tutela do 461, demonstra concordância à natureza condenatória dessas medidas e, portanto, acesso irrestrito à execução, com a seguinte passagem da sua obra:

A chamada tutela condenatória não tem, por si só, capacidade de oferecer ao titular de direitos o resultado que ele veio a juízo buscar. Toda condenação só produzirá efeitos se acatada pelo obrigado mediante adimplemento superveniente ou se efetivada mediante as atividades inerentes ao processo de execução. **Em vista disto é que, para a efetivação dos resultados práticos ditados em sentença, os parágrafos do art. 461 dispõem uma série de medidas de apoio a esta** [sem grifo no original], seja para motivar o obrigado (multas), seja para remover coercitivamente a resistência oposta (v. § 5º).¹³¹

Não obstante entendimento desses juristas, a razão assiste mais uma vez àqueles processualistas que visualizam na antecipação da tutela impossibilidade de se empregar os meios executórios do processo de execução.

¹²⁹ Idem, *ibidem*. p. 21.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo, 1996. p. 143.

¹³¹ Idem, *ibidem*. p. 155.

A antecipação do artigo 461, como já se disse, é de se esperar mais aceitabilidade de uma auto-execução porque o legislador não faz, como na do artigo 273, qualquer alusão à execução forçada do Livro II do CPC.

No entanto, o parágrafo 3º do artigo 273, ao relatar que “a execução da tutela antecipada observará, **no que couber** [sem grifo no original], o disposto nos incisos II e III do art. 588” não quer, em absoluto, determinar a observância da execução provisória, mas, tão somente, erigi-la como um norte, um ponto de apoio para ser seguido.

Assim, para executar a medida antecipatória pode-se valer da penhora, da arrematação, medidas típicas da execução forçada. Porém, essa utilização está condicionada ao objetivo da tutela antecipada em atender a um direito urgente ou evidente, de forma rápida, eficaz, daí a expressão no que couber. Qualquer situação que contrarie esses objetivos, como a impossibilidade de alienação, deve ser rechaçada, pois **não cabe** no espírito da antecipação da tutela, não é compatível com sua atuação.

Sob este prisma é o entendimento de Jorge Pinheiro Castelo:

A expressão “no que couber” do art. 273 do CPC deixa claro que a atuação do provimento antecipatório não segue necessariamente as formas prescritas para a execução forçada. Além disso, revela a possibilidade da atuação da tutela antecipada de todas as modalidades, inclusive mandamental, o que fica ainda mais evidenciado pelo § 3º do art. 461 do CPC. A execução da tutela antecipada não é regida com a adoção pura e direta das regras da execução forçada por se tratar de um execução processual ou imprópria, posto que realizada dentro do processo de conhecimento, ainda que inexistente o título judicial de certeza da tutela ordinária. **A tutela antecipada apresenta uma intrínseca executoriedade, produzindo imediata e diretamente efeitos fáticos e jurídicos sobre a parte, o que afasta o recurso puro e simples às formas da execução forçada** [sem grifo no original]. A atuação da tutela antecipada utiliza as formas da execução processual, mal definidas pelo legislador, que dão grande discricionariedade ao juiz para realizá-la e

torná-la eficaz. **Na verdade, o objeto do provimento antecipatório impõe formas diferenciadas de sua execução** [sem grifo no original].¹³²

O professor Luiz Guilherme Marinoni¹³³ quem, sem dúvida, vem corajosamente empregando a melhor interpretação à antecipação da tutela, partilha do mesmo entendimento, explicando com maestria o campo de atuação da execução provisória como sendo apenas para a segurança do juízo, natureza incompatível com o objetivo da antecipação da tutela.

Seguindo a escola desses processualistas, bem como a de Kazuo Watanabe, Ovídio Araújo Baptista da Silva e, principalmente, pelo resultado que se espera da antecipação da tutela, é que se refuta qualquer possibilidade de submetê-la às regras da execução forçada. Por esta razão, sua natureza deve ser eminentemente mandamental, cumprindo-se ordem e não executando condenação.

Segundo esse raciocínio, sugerir-se-á, no tópico Alterações para agilizar o sistema, acrescentar no artigo 273 os dizeres do parágrafo 5º do artigo 461, possibilitando, assim, reais condições para o juiz realizar efetivamente o direito antecipado. De acordo com este entendimento, será viável, inclusive, a prisão daquele que desobedecer a ordem emanada pelo órgão competente.

A questão da prisão civil é algo tão temido pela doutrina que defendê-la é ter consciência de ser tachado de, no mínimo, algoz. Essa situação chega a ser curiosa porque ao mesmo tempo que ferrenhamente se defende a impossibilidade da prisão que não naqueles

¹³² CASTELO, Jorge Pinheiro. *op. cit.* p. 590.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo, 1995. pp. 90 e seguintes.

dois casos permitidos pela Constituição Federal, ignora-se a prisão na alienação fiduciária e a impede para o devedor de prestações alimentícias oriundas de ato ilícito.

Inverte-se, maliciosamente no caso da alienação fiduciária e ingenuamente na prestação de caráter alimentar, o real conteúdo constitucional da permissão e da vedação da prisão por dívida. Ora, o art. 5º, inciso LXVII da CF relata que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de **obrigação alimentícia e a do depositário infiel** [sem grifo no original]”.

Como claramente se vê, tal dispositivo, em nenhum momento, diz que a obrigação alimentícia é somente aquela oriunda de vínculos familiares tais como parentesco, matrimônio, união estável, frisando somente o caráter alimentar da prestação. Pois bem, sendo assim, para decretar-se a prisão por este viés, basta conceituar adequadamente alimentos.

Até mesmo civilistas e especialistas em direito de família não negam que o conceito de alimentos deve ser amplo, abrangendo não só o derivado da relação familiar, mas também, ao que se destina ao sustento da família. Por isso, se alguém é responsabilizado pela morte de um trabalhador e é, por consequência, condenado a pagar indenização à família que ficou sem o ente querido responsável pela subsistência de todos, tal obrigação terá, inexoravelmente, caráter alimentar.

Porquanto, a sua escusa autoriza a prisão.¹³⁴ Se assim não for, como, então, convencer duas crianças com argumento de que uma recebe a prestação alimentícia em dia porque seu pai foi coagido à prisão, porém, a outra não recebe porque, embora precisando

¹³⁴ “A constituição, em suma, não só autoriza, como assegura o emprego da prisão civil para a tutela do alimentando, **independentemente da fonte do direito a alimentos** [sem grifo no original].” TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta” (garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 8, 1998. p. 256.

dos alimentos, sob pena de perecer por inanição, a obrigação alimentar derivou de um ato ilícito do devedor (matou o pai da criança num acidente automobilístico, por exemplo) e neste caso a prisão é vedada?

Por estas razões, deve-se rechaçar a prisão na alienação fiduciária, visto não existir depósito e sequer ordem judicial e permiti-la nas prestações alimentícias advindas de ato ilícito, pois coaduna perfeitamente com o espírito do legislador constituinte.

Será que a prestação alimentar, que pode ser recebida sob coação da liberdade, é diferente porque houve entre credor e devedor um ato de “amor”? Evidentemente que não. Em ambas as hipóteses, houve condenação por alimentos e, por via oblíqua, os meios de execução devem ser os mesmos.

Por isso, “O autor poderá optar entre a coação pessoal e a expropriação de bens do réu, não estando obrigado, por óbvio, a abrir mão do meio mais efetivo, ao contrário do que entendeu, certamente ainda apegado a ideologia superada, que dá valor injustificável ao princípio da intangibilidade física, o TJRS.”¹³⁵

Entretanto, se a doutrina ingenuamente não percebe isso, no que diz respeito a alienação fiduciária, há por parte dela, muita astúcia para convencer o judiciário do cabimento da prisão, pois a segunda exceção que permite a prisão por dívida, depositário infiel, só pode ser daquele que se encontrar na posição de depositário por ordem do juiz, constituindo-se num auxiliar da justiça e jamais podendo ser por intermédio de uma lei ordinária que, além de tudo, não entrega o bem como depósito, mas sim, como garantia.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo, 1995. pp. 96-97. O professor Luiz Guilherme Marinoni enxergou esta situação, já o civilista e especialista em direito de família, Eduardo de Oliveira Leite, em palestra ministrada na Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, posicionou-se, incompreensivelmente, contrário à possibilidade de prisão no caso de ato ilícito, mesmo admitindo condenação de caráter alimentar.

Porém, a prisão que, inicialmente, começou a ser defendida é a que diz respeito a desobediência em não se cumprir a ordem emanada pelo poder competente nas antecipações de tutela. O seu cabimento é defendido justamente porque há nessas decisões a natureza mandamental. Sendo assim, a ordem do juiz não pode ser desobedecida impunemente, sob pena de se deslegitimar a própria soberania do Estado.

Neste caso, não se cogita de prisão por dívida, mas sim por desobediência a uma ordem soberana do Estado, materializada na pessoa física do juiz.

Por tudo isso, é incompreensível o uso dos embargos na execução da tutela antecipada. A não permissão deles (do devedor e de terceiro) não frustra em nenhuma hipótese a defesa da parte. A contrariedade manifestada contra o deferimento da tutela antecipada, seja na seara do art. 273 ou do 461, poderá ser efetuada via agravo, na modalidade instrumento, inclusive com pedido de efeito suspensivo.

Ainda em relação à executividade destas medidas, também a parte não ficará prejudicada pelo não uso dos embargos, visto que poderá utilizar-se da exceção de pré-executividade, peticionando ao juiz da causa ou tribunal, com as razões do seu inconformismo,¹³⁶ sem, contudo, suspender a eficácia da medida concedida.

O único senão que se faz a Jorge Pinheiro Castelo é justamente por ele admitir embargos, ainda que somente em três situações:

Somente são admissíveis e compatíveis com o sistema da atuação da tutela antecipada de prestação pecuniária embargos à execução da tutela que deduzam gravíssimos e urgentes motivos, restritos a três situações: a) impenhorabilidade do bem (v.g., bem de família); b) a inexistência do

¹³⁶ “Cremos, pois, que o terceiro com interesse jurídico pode se utilizar do incidente de pré-executividade para se opor à execução, seja ele relativo à admissibilidade, seja ele relativo ao mérito da execução.” OLIVEIRA NETO, Olavo. **Admissibilidade e mérito no processo de execução**. No prelo.

provimento antecipatório (já não existe porque foi revogado, modificado, cassado, v.g., no processo trabalhista, por mandado de segurança; no processo civil, por agravo de instrumento, etc.); c) embargos de terceiro.¹³⁷

Acredita-se que o autor, ao se referir a embargos, quis dizer embargos do devedor e, por isso, a crítica que se faz a ele, pois essas três situações arroladas podem ser sim suscitadas, mas, como questões de pré-executividade, jamais como ação de conhecimento, dificultando a realização de um direito urgente ou evidente. Aliás, a exceção de pré-executividade é mais benéfica para o devedor, pois independe de prazos e pode ser utilizada independentemente da segurança do juízo.

3.4. Procedimento Monitório e sua executoriedade

A lei nº 9.079, de 16 de julho de 1995, instituiu a denominada Ação Monitória, seguindo a onda renovatória do processo civil, tendo como bandeira a efetividade do processo. Sua presença no ordenamento jurídico é mais uma prova da ineficácia do procedimento ordinário para a tutela dos direitos, principalmente se for de natureza condenatória.

A ação monitoria foi inserida no Livro IV do CPC, procedimentos especiais. Essa opção do legislador tem sentido de ser na exata medida em que buscou a natureza amálgama, própria desses procedimentos, consistentes em fundir conhecimento e execução num mesmo processo, já tantas vezes neste trabalho denunciada.

¹³⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. *op. cit.* p. 613.

É oportuno dizer que não existe uma ação especial, facultando ao cidadão a ida ao Poder Judiciário para guarida da sua pretensão de direito afirmada, de forma diferenciada, no que toque aos seus requisitos. Toda e qualquer ação deverá obedecer, por exemplo, os pressupostos processuais, condições da ação, pedido, causa de pedir etc., por isso, onde se lê ação especial, entenda-se procedimento especial.

Em verdade, o que tem ela de especial é o procedimento, tendo em vista a natureza do direito material que se quer proteger, daí porque a preferência em denominá-la de procedimento monitório.

Porém, o legislador, seguindo a estrutura do código, denominou-a de Ação Monitória, sabendo que ao inseri-la no Livro IV estaria expresso o seu procedimento especial. Procurando, dessa forma, salvar o jurisdicionado da longa caminhada através do procedimento ordinário e da angústia de um processo de execução para ratificar a declaração emitida naquele procedimento.

Traçados esses objetivos, o autor que possuir documento abalizado,¹³⁸ capaz de inviabilizar defesa concreta por parte do réu, poderá livrar-se da angústia do processo de conhecimento, ajuizando ação monitória e submetendo-se a um procedimento rápido, condizente com a evidência da pretensão do direito que quer ver tutelado. Vislumbra-se, assim, a atuação do autor voltada para a formação de um título executivo.

Com isso, a executoriedade da ação monitória não pode ser despicienda, pois do seu sucesso depende o próprio sucesso da medida legislativa introduzida no processo civil.

¹³⁸ “A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.” Art. 1.102a. do Código de Processo Civil.

Todavia, o legislador foi otimista em demasia. Apostou, mais uma vez seguindo a tradição italiana, que o réu será coadjuvante da prestação jurisdicional rápida e eficaz. Em troca dessa ajuda, consistente na anuência do pedido formulado, ele é liberado do pagamento das custas e honorários advocatícios, conforme § 1º do artigo 1.102c.

Contudo, se houver defesa, o procedimento passa a ser ordinário e o sucesso da ação monitória convola-se em simples quimera. Não é preciso muito esforço para concluir que, mesmo diante de fraquíssimas provas, o réu irá apresentar defesa e, transmudando o procedimento de especial para ordinário, estará no campo hábil para suas interseções, capazes de desestimular a parte mais otimista.

Não bastasse isso, o conhecimento da ação monitória, segundo entendimento dominante, é precedido de um processo de execução autônomo. Resumindo, o sucesso da ação monitória está nas mãos do réu e, em duas oportunidades. Na primeira, caso cumpra a ordem expedida. Na segunda, a condenação, não oferecendo “defesa” (embargos do devedor) na fase executiva.

Por tudo isso, mais uma vez alerta-se que a tutela executiva se apresenta como tema de fundamental importância para a efetivação dos direitos. No caso em exame, devem ser repensadas não só posições doutrinárias a respeito de incontroversas à sua aplicação, como também, o próprio meio de execução.

A interpretação doutrinária tem sido clamorosa quando a questão é agilizar para efetivar. Com efeito, admitir recurso da decisão que determina a citação do réu para pagamento ou entrega da coisa é, no mínimo, advogar em favor da morosidade.

Convencido da plausibilidade da pretensão de direito afirmada pelo autor, o juiz constitui o título cuja eficácia passará a depender da atuação do réu. Este, pelo que se

depreende dos dispositivos legais, poderá embargar o mandado, alegando toda e qualquer defesa. Caso seja vencido nessa instância, terá o recurso para o tribunal. A doutrina, equivocadamente, prevê para o Réu, ainda, os embargos de devedor, com chances de, novamente, visitar o tribunal competente.

Diante desse quadro, admitir recurso, seja agravo¹³⁹ ou apelação,¹⁴⁰ conforme se propende por sentença ou decisão interlocutória acerca da ordem emanada para pagamento ou entrega da coisa, é favorecer em demasia o réu.

Ora, tudo que ele alegar no recurso que enfrentar, de início, essa decisão, alegará, por obviedade, nos embargos. Aliás, com certeza, pela facilidade do computador, apenas mudará a data e nome da peça, ademais, será só imprimir e assinar.

Vem a pêlo, então, dizer que o sucesso da ação monitoria está justamente na sua simplicidade, na desburocratização de atos processuais infundáveis, como, aliás, já advertia Chiovenda:

[...] Para que seja útil o instituto, faz-se mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias assim como esperar que seja exíguo o número das oposições em relação ao das ordens de pagamentos expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples oposição, o processo monitorio pode transformar-se em

¹³⁹ “Se a inicial estiver em ordem, o juiz determinará a citação do réu [...]. Esse ato é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio da providência do art. 558 ou de mandado de segurança, nos casos que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim.” GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria**. São Paulo, 1996. pp. 52-53.

¹⁴⁰ “Tenha-se presente que a decisão que indefere o processamento da petição inicial tem a natureza de sentença, que poderá ser impugnada pelo recurso de apelação.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitoria**. São Paulo, 1995. p. 62.

fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais.¹⁴¹

Mas, infelizmente, não é o que vem ocorrendo, pois, mesmo sendo evidente que a ação monitória dá embasamento a título executivo judicial, há quem defenda que nos embargos do devedor, este poderá utilizar-se das matérias constantes no artigo 745 do CPC e não das restritas hipóteses do artigo 741 que se relaciona diretamente à essa espécie de título.¹⁴²

Desta feita, com o legislador apostando na atuação do réu e admitindo o uso autônomo do processo de execução, somado à colaboração de parte considerável da doutrina, fica praticamente impossível uma tutela executiva capaz de realizar efetivamente direitos, às vezes, já devidamente declarados pelo poder competente.

A dificuldade de se alcançar uma tutela executiva eficaz na ação monitória leva a parte mais avisada a preferir o procedimento comum, com pedido de tutela antecipada, pois se ela tem documento suficiente para embasar um pedido monitório, o terá para concessão da antecipação da tutela.

No entanto, é manifesto que se a executoriedade da tutela antecipada cair na vala comum da execução forçada, restará à parte, também neste procedimento, apenas torcer para que o réu resolva cumprir a declaração antecipadamente emanada.

¹⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1, São Paulo, 1965. p. 259.

¹⁴² Neste sentido, é magistério de Cruz e Tucci, proporcionando duas defesas idênticas ao devedor. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*. São Paulo, 1995. pp. 67-68.

Como se depreende, a ação monitória não pode ficar à mercê de várias defesas e nem se submeter à ineficácia do processo de execução. Caso contrário, será mais uma previsão legislativa sem resultado prático.

Para salvá-la como procedimento ágil, hábil a tornar efetivo um direito que se apresenta desde o início com alto grau de probabilidade, é mister tratá-la como realmente uma ação inserida no Livro IV do CPC. Ou seja, com a peculiaridade deste procedimento, conjugando conhecimento e execução ao mesmo tempo sem necessidade de lançar mão ao processo de execução, como as demais ações deste Livro.

Para tanto não é necessário nenhuma mudança legislativa. Basta uma interpretação consoante com os objetivos do instrumento processual em questão, harmonizado com a própria estrutura do código. Então, se a ação monitória está prevista dentro dos procedimentos especiais, deve, por via oblíqua, receber tratamento dispensado às demais ações desse rito.

“Além disso, enquanto nos procedimentos comuns busca-se uma tutela jurisdicional que declare o direito ao caso concreto, com a ampla e irrestrita observância do contraditório, **nos procedimentos especiais podem estar fundidas providências de caráter executório e cautelar, mais as de natureza cognitiva, muitas vezes com a atenuação do próprio contraditório [sem grifo no original].**”¹⁴³ Sendo assim, é esse o espírito que deve seguir a ação monitória, notadamente, quanto a tutela executiva.

Não foi por outra razão, então, que o legislador além de inseri-la nos procedimentos especiais do Livro IV do CPC, exige, tão somente, após encerrada a fase

¹⁴³ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo, 1997. p. 39.

cognitiva, a intimação do, agora, devedor, e não citação, ato próprio da incoação do processo executivo. “No processo executivo a citação é também indispensável à própria existência da relação processual [sem grifo no original] quanto ao devedor.”¹⁴⁴

Somado a isso, o artigo 1.102c e seu respectivo § 3º, remete o procedimento monitorio à observância do Livro II, Título II, Capítulos II e IV, como, apenas, aporte.¹⁴⁵ Quis o legislador utilizar-se da roupagem do processo executivo, mas não dele em si.

Agiu assim, tendo em vista a necessidade de penhora, arrematação, avaliação, leilão etc., atos inerentes àquele processo, sendo, contudo, prescindível a sua observância como um outro processo, distinto e autônomo do procedimento especial da ação monitoria.

Por isso, sua execução deve ter natureza mandamental (entrega de coisa) ou, executiva *lato sensu* (pagamento de soma) ou, ainda, mandamental nas duas hipóteses. Esse entendimento autoriza concluir que não cabem embargos do devedor no procedimento monitorio.

A razão que roborava esse desiderato está, também, no fato de que ao se reportar ao Livro II, Título II, Capítulos II e IV, o legislador deixou claro que não se observarão os embargos do devedor, pois estes estão previstos no Título III do Livro II, fora, portanto, da abrangência do procedimento monitorio.

¹⁴⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada** : controle de admissibilidade. São Paulo, 1998. p. 28.

¹⁴⁵ “No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV. [...] Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, **intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV** [sem grifo no original].” Art. 1.102c, § 3º do CPC.

Ademais, admitir embargos do devedor no procedimento monitorio é, em última análise, contradizer todo o discurso acerca da efetividade processual, principalmente, quando o escopo é evitar a denominada litigiosidade contida.¹⁴⁶

Com efeito, se o esforço é evitar a descrença na capacidade do Estado em cumprir com seu dever para com os jurisdicionados, procurando proporcionar à parte o acesso formal e efetivo à Justiça, interpretação que fuja a esse desiderato não se coaduna com a própria existência do remédio processual trazido à baila pela recente reforma processual.

Aliás, nessa reforma, a doutrina encampou um discurso a bem da efetividade, pugnando por um processo de resultado, capaz de realizar o direito pleiteado, por isso é, no mínimo, paradoxal defender tais idéias e dispensar à ação monitoria um procedimento capaz de somente à vontade do devedor, tornar-se comum.

“Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas **sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados** [sem grifo no original].”¹⁴⁷

Para Eduardo Talamini, “Se efetivamente aplicada, a tutela monitoria poderá ser de grande valia ao objetivo permanente de “efetividade do processo” – não só pela

¹⁴⁶ Essa expressão é utilizada por Kazuo Watanabe simbolizando os vários conflitos que nem chegam ao conhecimento do Judiciário. “A causa primeira é, certamente, a crença generalizada de que a Justiça é lenta, cara e complicada, e por isso, além de difícil, é inútil ir ao Judiciário em busca de tutela do direito. Quantos de nós não conhecemos casos de parentes, amigos, de conhecidos e de nós mesmos, em que os direitos foram simplesmente renunciados?” WATANABE, Kazuo. *Jornal O Estado de São Paulo*. São Paulo, dezembro/84. p. 40.

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, 1992. p. 25.

celeridade que tende a gerar como também pela potencialidade de abranger conflitos que estavam fadados a permanecer irresolvidos”.¹⁴⁸

O magistério de Antonio Carlos Marcato também é farto em proclamar um processo civil comprometido com o resultado que o cidadão almeja. “Não basta, em suma, a *efetividade* técnica do processo-meio, na medida em que importa, ao destinatário final da tutela, a *efetividade da própria tutela* (processo de resultados).”¹⁴⁹

Cândido Rangel Dinamarco teoriza um processo civil totalmente instrumental, divisando nisso a efetividade do processo:

O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de *efetividade* do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. **O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas [sem grifo no original] [...].**¹⁵⁰

Porém, é necessário equacionar todo esse discurso inovador dos processualistas a uma tomada de posição idêntica quando a questão versar sobre aplicação, efetivação. No entanto, a coerência desses entendimentos nem sempre condiz com essa realidade.

¹⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitoria** : a ação monitoria – Lei 9.079/95. São Paulo, 1997. p. 20.

¹⁴⁹ MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo, 1998. p. 26.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, 1994. pp. 266-267.

Dos processualistas pátrios acima citados, apesar de todos defenderem um processo de resultado, ágil e menos dispendioso, somente Cândido Rangel Dinamarco mantém a lógica do seu discurso ao se posicionar, coerente e acertadamente, contra o cabimento dos embargos do devedor na fase executiva da denominada ação monitória.

Eduardo Talamini admite que “A execução, no procedimento monitório, independe de nova demanda (petição inicial e demais formalidades) [...]. Nesse sentido, a demanda monitória busca tutela “executiva lato sensu”, ou seja, cognição e execução no mesmo processo.”¹⁵¹

Não obstante a coesão desse entendimento com o qual defende a busca de um processo de resultado, estranhamente volta ao obsoleto processo de execução, admitindo embargos de devedor, ignorando, inclusive, que os denominados processos executivos *lato sensu* excluem, por completo, a possibilidade de embargos à execução, como nos casos já tantas vezes lembrados, das ações possessórias, dos despejos etc.

Inviabiliza todo o procedimento monitório ao dispor: “Da circunstância de cognição e execução sucederem-se no mesmo processo não se extrai que, instaurada a execução, sejam incabíveis embargos de devedor [...]. Quanto a esse ponto, há diversidade em relação ao que normalmente ocorre em outros processos executivos *lato sensu*, cuja *disciplina positiva* exclui embargos à execução (por exemplo, despejo, reintegração de posse etc.)”¹⁵²

¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória** : a ação monitória – Lei 9.079/95. São Paulo, 1997. p. 148.

¹⁵² Idem, *ibidem*. p. 149.

O processualista não descortina o que há de mais positivo nas ações executivas *lato sensu*, que é justamente a chance de se executar o título sem submeter o credor a uma nova fase de conhecimento engendrada nos embargos de devedor.

Neste sentido, entre outros, Kazuo Watanabe: “A mandamental, à **semelhança das ações executivas ‘lato sensu’** [sem grifo no original], não reclamam uma ação de execução ‘ex intervallo’, pois é o próprio juiz que, através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de realização pelo juiz de atos materiais [...]”¹⁵³

Ignora, por outro lado, o fato da própria legislação excluir o processo de execução ao exigir intimação ao invés de citação, bem como, ao erigir título e capítulos do Livro II que não contêm os embargos do devedor.

Na mesma extensão é o pensamento de Antonio Carlos Marcato:

Ação incidente à execução, os embargos do executado dão vida, uma vez opostos, a um processo de conhecimento, igualmente incidente de execução, suspendendo o seu curso [...]. Voltando nossa atenção à fase executiva do processo monitorio – e considerando a explícita referência feita pelo art. 1.102c ao Livro II, Título II, Capítulos II e IV, do Código de Processo Civil, mais a caracterização do mandado executivo como título judicial -, é justificável a conclusão, prevalecente em doutrina, de que será possível ao executado valer-se dos embargos à execução.¹⁵⁴

Os fundamentos desse processualista são facilmente destituídos levando-se em conta o objetivo de rapidez, celeridade que reveste o procedimento monitorio, acrescido

¹⁵³ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 195.

de que não há, como quer o autor, previsão expressa para o cabimento dos embargos de devedor cuja indicação legal incumbe ao Título III, do Livro II do CPC, fora, portanto, das previsões por ele apontadas.

A questão da referência a título judicial, não autoriza, por si só, o cabimento dos embargos, mesmo porque, nas ações executivas *lato sensu* não se pode olvidar que há título da mesma natureza. Além do mais, o legislador manda intimar o devedor e não citá-lo, deixando clara a sua aversão ao processo de execução.

Tanto é verdade, que ele quase se rende à tese do não cabimento dos embargos de devedor ao reportar-se, em nota de rodapé, a Cândido Rangel Dinamarco, assim: “Coerente com sua visão instrumentalista do processo, voltada totalmente à efetividade da tutela jurisdicional através dele obtida, Dinamarco nega a possibilidade de cabimento de futuros embargos à execução.”¹⁵⁵

Contudo, alega não ser essa a posição prevalecente na doutrina, cita vários processualistas com teses em contrário a de Dinamarco, como Ada Pellegrini Grinover, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Clito Fornaciari Jr., Cruz e Tucci, José Rubens Costa, Néilson e Rosa Maria Nery, Vicente Greco Filho etc., mantendo, assim, sua posição conservadora e contrária, como ele próprio admite, à instrumentalidade do processo.

À vista do exposto, o único a manter, neste caso, o equilíbrio entre o discurso renovador e justo que buscam os processualistas, com uma interpretação, aplicação condizente com o que propagam, é Cândido Rangel Dinamarco.

¹⁵⁴ MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo, 1998. pp. 112-113.

¹⁵⁵ *Idem*, *ibidem*. p. 113.

A coerência da sua doutrina, na busca de um processo justo, rápido, de resultado e, verdadeiramente instrumental, permite-o defender o total descabimento dos embargos de devedor no procedimento monitorio. Merece transcrição para não incorrer no risco de sacrificar o pensamento do autor.

Assim estruturado o seu procedimento em duas fases, sem a clássica sucessão de dois *processos* distintos – cognitivo e executivo -, o processo monitorio resolve-se numa *tutela diferenciada*, em moldes tais que se permite ver nele o que parte da doutrina brasileira vai chamando *ação executiva “lato sensu”*. Caracterizam-se tais *ações* como um processo sincrético, sem aquelas duas fases, em que a execução se processa em continuação, na mesma relação processual, sem necessária iniciativa da parte e sem nova citação. Instaura-se a fase executiva *per officium judicis* mediante mera intimação: tal é o que às expressas está no § 3º. do novo art. 1.102c do Código de Processo Civil. **A consequência natural dessa construção é a negativa da possibilidade de opor embargos à execução que nesse processo se faz** [sem grifo no original].¹⁵⁶

Os argumentos são consistentes e a interpretação evidente. Se a elaboração da Lei 9.079/95 veio dentro daquele espírito denominado pelos processualistas de “ondas renovatórias”, almejando um processo efetivo, de resultado, é lógico que sua aplicação não pode cingir a um procedimento retrógrado, vetusto, como o dispensado às ações condenatórias com o empeco da exigência de um processo distinto para sua concretização.

Mesmo porque, acrescenta-se, novamente, que não há intenção do legislador em manter o processo de execução para a ação monitoria. Tanto que exige apenas a intimação (ciência) do devedor e não citação (chamamento para defesa, que no caso se faria com a ação de embargos de devedor).

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo, 1996. p. 248.

Essa intenção é também manifesta ao excluir-se do § 3º do art. 1.102c do CPC, o Título III do Livro II, responsável por disciplinar a ação de embargos do devedor. Ora, se o legislador não se reportou a eles é porque não os quer!

Essa é a única interpretação capaz de, sem trazer prejuízos processuais para o Réu (devedor), aparelhar o procedimento monitório a um processo capaz de realmente ser rotulado de eficaz, de resultado.

O resultado que se espera do processo passa, necessariamente, pela tridimensionalidade revestida em **acesso, instrumentalidade e efetividade**. Porquanto, toda interpretação e aplicação devem estar robustecidas dessa consideração, caso contrário, ficar-se-á, somente no plano frio das idéias.

No caso em exame, não significa dizer que o devedor irá ficar desprotegido, à sorte de toda forma de execução. Poderá valer-se da denominada exceção de pré-executividade, impugnando qualquer excesso na penhora, avaliação, arrematação, peticionando ao juiz da causa com suas razões devidamente fundamentadas, desprovido de prazo e da incumbência de segurar o juízo.

Afinal, o espírito do processualista hodierno vem de encontro a tudo isso.

Preocupou-se, também e principalmente, com providências que afeiçoem os procedimentos aos modernos anseios de “efetividade” da prestação jurisdicional, **de modo que o instrumento jurídico à disposição do Judiciário se mostre apto, de verdade** [sem grifo no original], a permitir uma tutela aos direitos subjetivos envolvidos em conflitos que seja pronta e eficaz, quanto possível. A moderna doutrina do processo dá grande destaque a esse relevantíssimo aspecto da função judicial. Há uma nítida consciência de que a garantia constitucional de tutela jurídica, por meio do amplo e irrestrito acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXV), corresponde à necessidade de um “devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV), que não fique limitado à garantia de procedimentos fiéis à lei de julgamento segundo normas do direito positivo material. **Hoje, o que a voz uníssona**

dos pensadores do direito processual exige é a adoção de normas e de interpretação delas que façam do *due process of law* o “justo processo”, ou seja, o processo que seja adequado a dar à lide uma composição rápida quanto possível e sempre apta a satisfazer o ideal de verdadeira justiça, segundo os melhores padrões sociais e éticos [sem grifo no original].¹⁵⁷

Buscando retidão para essa retórica existente na fala da unanimidade dos processualista, é que se defende a desnecessidade dos embargos do devedor no procedimento especial da ação monitória, pois, como já foi ressaltado, não será possível alcançar um processo de resultado, se a interpretação e a aplicação das normas não forem acordes com tal fim.

A versão final do Anteprojeto de Lei nº 13, que complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil, com redação de Athos Gusmão Carneiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Escola Nacional de Magistratura, aceitando sugestões da mais abalizada doutrina, acaba confirmando essa versão do não cabimento dos embargos do devedor na ação monitória ao procurar inserir no CPC o artigo 461-A, nos seguintes termos:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, se precedente o pedido, concederá a tutela específica, fixando o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se *de entrega* de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, *se* lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de *coisa* móvel ou imóvel.

¹⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As inovações no código de processo civil, em matéria de execução forçada e procedimentos especiais. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo, 1996. pp. 791-792.

§ 3º Aplicam-se à ação prevista neste artigo *o disposto nos* parágrafos 1º a 6º do artigo anterior.

Esse dispositivo fortalece a ação monitória, precisamente no que toca a obrigação de entrega de coisa, porque, ao revesti-la de carga mandamental, própria desse artigo, não há mais que se falar em processo de execução autônomo e, conseqüentemente, de embargos de devedor.

A dificuldade em se convencer da necessidade de um procedimento monitório nesses moldes, acredita-se, ficará restrita, agora, à obrigação concernente ao pagamento de soma em dinheiro, o que, aliás, não deixa de ser, também, entrega.

IV – O PROCESSO DE EXECUÇÃO: Efetividade formal e material

1. Função do processo de execução

A análise da tutela executiva passa, necessariamente, pelo processo de execução, campo propício para concretização das medidas executivas. Desta afirmação, fica claro, não significa dizer que as medidas executivas só serão executadas no processo de execução. Há muitas delas, como já discorrido, que merecem execução sem este processo.

Assim, da mesma forma que uma medida cautelar pode ser deferida independentemente do processo cautelar, pode-se executar uma medida fora do processo de execução, como deve ocorrer, por exemplo, com as antecipações da tutela.

O processo de execução, segundo a estrutura do código, foi concebido para concretizar um direito declarado num prévio processo de conhecimento (sentença) ou, encartado num título executivo extrajudicial, devidamente reconhecido pela lei como tal. Por

isso, é revestido de extrema relevância, principalmente para a parte, pois a ela de nada adianta um direito apenas reconhecido formalmente ou divisado numa sentença condenatória sem aquiescência da parte contrária.

Nesse sentido, ainda com Humberto Theodoro Júnior, é possível dizer que “[...] o ponto alto da missão pacificadora do Estado encontra-se na execução forçada, pois é através dela que **a vontade da lei encontra incidência prática e efetiva no relacionamento social** [sem grifo no original]. Pode-se, nessa ordem de idéias, traçar um perfil da evolução político-social dos povos por meio dos seus métodos de tutelar os direitos através da execução.”¹⁵⁸

A função do processo de execução é, portanto, a capacidade de satisfazer o interesse da parte, reconhecido no judiciário, ou mediante a força legal emprestada aos títulos executivos extrajudiciais.

2. Visão exógena e endógena

Levantam-se vozes na doutrina, ainda que tímidas, acusando o descaso que é legado ao processo de execução em relação às inúmeras teses que cercam o processo de conhecimento.

Acerca da execução forçada, já se disse que “A ela, contudo, tem-se deixado um posto secundário na ciência processual, pois o primeiro e geralmente único banco

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*. pp. 792-793.

de prova de toda teoria processual costumam ser simplesmente os fenômenos que ocorrem no processo de conhecimento.”¹⁵⁹

Essa acusação é procedente, porém, ela advém da própria natureza impregnada pelos processualistas, de um modo geral, ao processo de execução. A uma porque a doutrina pugnou excessivamente pela sua autonomia, curvando-se diante do equivocado entendimento, segundo o qual a execução não passa da realização de atos materiais, sem qualquer vestígio de decisão ou conhecimento, como se fosse uma atuação mecânica, sem maiores conseqüências.

Nesse sentido, entre tantos, Humberto Theodoro Júnior citando, também, Cândido Rangel Dinamarco, Enrico Tullio Liebman e José Frederico Marques:

Não há decisão de mérito em ação de execução. A atividade do juiz é “prevalentemente prática e material”, visando produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo. No processo de conhecimento o juiz julga (decide). No processo de execução, o juiz executa (realiza). Em outras palavras: “o processo de conhecimento é processo de sentença, enquanto “o processo executivo é processo de coação” [sem grifo no original].¹⁶⁰

A duas porque sendo a execução apenas uma aplicação automática do direito declarado pela sentença ou por lei (títulos extrajudiciais), não despertaria, como não despertou, maior interesse por parte da doutrina.

Contudo, como os resultados práticos não vieram e todo aquele arcabouço de previsão legislativa acabou demonstrado insuficiente para os fins colimados, o

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo, 1997. p. 21.

¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. São Paulo, 1994. p. 12.

processualista começou a enxergar que, além do simples declarar direito não ser suficiente, era necessário, também, a efetivação material do que se tinha previsto apenas formalmente.

Disso redundou em se dizer que o processo de execução está em crise.¹⁶¹

É o que mais se lê atualmente. Mas, em verdade, ele não está em crise, ele é a crise. E é, justamente por não conseguir concretizar o direito da parte, não realizar no mundo dos fatos os direitos subjetivos e, ainda assim, quando o faz é de forma lenta e incompleta.¹⁶² Por isso, quando sucumbe, demonstra a falta de efetividade, inclusive, do processo de conhecimento.

Tanto é assim que virou jocosidade ouvir expressões do tipo: não pago, quer executar que execute! Mais vale um péssimo acordo do que uma boa demanda! etc. O processo de execução transformou-se numa arma nas mãos do devedor, capaz de manipular e minimizar, com inúmeras defesas protelatórias, os atos de império do Estado-juiz na vã tentativa de substituir a vontade do devedor e realizar o direito proclamado. “Hoje em dia é bom dever e os credores sequer esperam a solução total da dívida.”¹⁶³

O que se vê é um campo propício para a tirania e ditadura dos devedores. Frente a esse quadro são devidas algumas tomadas de posição. O processo de execução deve ser repensado, acima de tudo, sobre sua viabilidade, capacidade ou não de realizar direitos.

¹⁶¹ Crise, aqui, deve ser entendida no sentido gregoriano, *kraesis*, ou seja, que requer mudança brusca para atingir seu fim.

¹⁶² “Sendo toda crise um sintoma de insuficiência e envelhecimento dos sistemas explicativos da realidade [...]” SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias constitucionais do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 252.

¹⁶³ ASSIS, Araken de. Teoria geral do processo de execução. In : WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo, 1998. p. 19.

É evidente que não há como abrir mão da execução, mas será que é necessário um processo dicotômico, um para conhecer e outro para executar? E, além disso, só permitir execução definitiva, após vencidas todas invenções de defesa por parte do devedor?

A par desses dois raciocínios, acrescidos ao fato de que a crise será sempre do direito processual e jamais do material, é necessário essa análise endógena e exógena do processo de execução, na tentativa de adequá-lo ao seu real objetivo.

Pelo ângulo interno, deve-se buscar maior operacionalidade das medidas executivas, com uma atividade mais contundente por parte do órgão jurisdicional, pois, afinal, a execução caracteriza-se pela coação realizada pelo Estado sobre o devedor. Dessa forma, o Estado não pode deixar somente ao alvedrio do credor toda incumbência da execução.

Uma vez iniciada, é preciso interagir o princípio do impulso oficial com uma maior amplitude do campo de atuação do órgão jurisdicional, conferindo-lhe uma elasticidade para agir de ofício, bem como o seu *longa manus*,¹⁶⁴ sempre voltados para concretização do direito declarado, fim destinado a toda execução.

É comum, dentro do processo de execução, as dificuldades serem criadas em desfavor do credor, tais como: inexistência de bens para penhora, devedor que não é encontrado para citação e/ou intimação e o Judiciário, aguardando ansioso a oportunidade do famoso despacho: aguarde-se o feito em arquivo.

Com a execução voltada realmente para a realização dos direitos subjetivos, o seu lado externo permitirá uma visão de que “O acesso formal, mas não efetivo à

¹⁶⁴ Essa expressão significa que o serventuário da Justiça deve cumprir os atos por determinação judicial, como se fosse a extensão da mão do juiz.

justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.”¹⁶⁵ Visão essa que permita “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹⁶⁶

O alcance da efetividade passa necessariamente por esse viés, não se pode mais conformar-se apenas com a legislação abstratamente considerada, ainda que formalmente perfeita, mas a exigência deve ser, acima de tudo, a busca de uma aplicação capaz de tutelar o direito adequadamente à situação que existia antes da ofensa pela parte adversa.

A previsão legislativa é importante, necessária, mas não pode estar dissociada da possibilidade de uma real aplicação. Reconhecer direitos e não dar condições de aplicá-los é mais ultrajante do que não reconhecê-los. Chegam a causar ojeriza previsões legislativas descomprometidas com a realidade da sua aplicação. Essa mentalidade deve vir desde a Constituição que é, inegavelmente, o berço de todo os direitos.

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “Esta árvore é uma figueira.” Bastará este papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos. **Igual acontecem com as constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder** [sem grifo no original].¹⁶⁷

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, 1988. p. 09.

¹⁶⁶ Idem, ibidem. p. 12.

¹⁶⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro, 1988. pp. 63-64.

Por tudo isso, é chegada a hora de dar ao processo de execução a atenção merecida, interpretando-o conforme a necessidade requer, sem se esquecer de que, como nos outros, há atuação das partes e do juiz, com postulação, conhecimento e decisão. Por isso, a mesma razão que exige do processo de conhecimento rapidez e novas tomadas de posição por parte da doutrina e do legislador deve ocorrer, também, com o processo de execução.

Não é sem outra razão que, segundo Calmon de Passos:

Cumprir proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra *legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo [sem grifo no original].¹⁶⁸

Só mediante a coincidência entre o ter formalmente e o realizar materialmente conseguir-se-á a libertação do discurso sem ouvinte que se tem atualmente.

3. A inefetividade do processo de execução

É entendimento manso na doutrina, seguindo Carnelutti, que “o processo’ de conhecimento transforma o fato em direito, e o “processo” de execução traduz o direito em fatos”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coors.). **Participação e processo**. São Paulo, 1988. p. 95.

¹⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco apud ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo, 1996. p. 63.

Conclui-se, então, que para transformar o fato em direito é necessária toda uma atividade cognitiva por parte do juiz, ao passo que, para traduzir o direito em fatos, basta uma atuação aritmética, material, pois aquilo que demandava mais dificuldade já está acertado, bastando, apenas, realizá-lo como se fosse uma mera administração. A análise de um trecho da obra de Marcelo Lima Guerra é salutar para a compreensão que se pretende expor.

Da mesma forma, no que diz com a sua estrutura, o processo de execução é disciplinado de forma a, em consonância com a sua finalidade eminentemente prática, ser composto, precipuamente, de atos materiais, bem como não ter lugar para controvérsia a respeito do crédito objeto da execução. Não há, portanto, previsão legal de realização de atividade instrutória no processo de execução. Qualquer oposição à execução, seja em relação ao seu conteúdo (crédito exequendo), seja quanto a aspectos meramente formais (regularidade do processo de execução e da propositura da ação executiva), só pode ser formulada pelo devedor “fora” do processo de execução, através de outro processo de natureza *cognitiva*, a saber, mediante a apresentação de embargos do devedor.¹⁷⁰

Como se depreende, a execução é vista como mera consequência do processo de conhecimento, uma atividade compreendida por atos materiais, **realizada pelo órgão jurisdicional**, consubstanciada na satisfação do direito afirmado, existente na sentença trânsito. Segundo Chiovenda, a sentença de condenação é uma exortação ao órgão judiciário para que realize os atos materiais tendentes a satisfazer o reconhecido direito do autor.¹⁷¹

Se a execução se resume nisso, após a longa caminhada para receber do judiciário a “certeza” do direito afirmado pela parte, nada mais caberia ao, agora, credor.

¹⁷⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *op. cit.* p. 25.

¹⁷¹ “Em outro sentido, porém, a sentença de condenação verdadeiramente gera uma nova ordem, a saber, **com respeito ao órgãos encarregados da execução** [sem grifo no original]; e eis aí como se distingue da sentença declaratória.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I, São Paulo, 1965. p. 185.

Poderia ele ficar inerte, esperando os atos materiais serem realizados pelo órgão jurisdicional e a efetiva entrega do seu crédito.

Sem exageros, poder-se-ia até dizer que, aceito o argumento de que a execução não é menos do que simples atos materiais necessários para transformar o direito em fatos, prescindiria, inclusive, da presença do credor, pois seria somente entre judiciário e devedor.

Afinal, o Autor é, nesse momento, um credor de dois devedores: do Estado e do Réu. Aquele, porquanto, ao reconhecer a existência do seu direito, passa a dever a sua realização no plano fático e este porque foi condenado a adimplir a obrigação.

Onde reside, então, a ineficácia do processo de execução se ele tem um fim bem delimitado e apenas operacional? Reside na brincadeira da doutrina de querer admitir um processo de execução apenas como atos materiais, operações práticas para consecução de seus fins, sem qualquer sorte de conhecimento.

É preciso reconhecer, de uma vez por todas, que a ação condenatória só proporciona ao Autor uma esperança de receber o que lhe é devido e que o único e verdadeiro título que ele recebe é o de credor. A ação de conhecimento não passa de um protótipo de título, “[...] tornando a sentença de condenação uma conquista quase romântica, de que o autor vitorioso nada mais poderá esperar a não ser a boa vontade do condenado em cumprir espontaneamente a condenação.”¹⁷²

O fato de se ter um processo distinto para executar, longe de ser uma garantia para o Autor de que seu crédito será observado apenas com uma operação simples,

¹⁷² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo, 1996. p. 80.

pois o que envolvia a verdadeira função jurisdicional já foi definitivamente decidido, é, na verdade, uma ineficácia brutal.

A bem da verdade, a existência do processo de execução, da forma como está engendrado, é um mau para o direito, coloca-o em crise. Ao não admitir essa realidade que até o leigo consegue avistar, a doutrina continua querendo convencer os jurisdicionados que um pé de macieira poderá frutificar figos. Por isso, o esforço em dizer que na execução não há defesa, contraditório, conhecimento, mas tão somente atos materiais.

A ineficácia da execução deve ser pensada, levando-se em consideração o fato de que a parte terá, necessariamente, que passar por dois processos. Sendo que, obtida a condenação, estará ela simplesmente apta a ajuizar a ação executiva, na qual desenvolverá novamente com a outra parte e o órgão judicial todo um procedimento jurisdicional, com as peculiaridades que lhes são inerentes na busca do seu crédito.

Por isso, pouco vale a sentença condenatória. Serve, tão somente, para proporcionar à parte o direito de ajuizar ação executiva. A não ser que ela tenha uma boa dose de sorte e o devedor resolva cumpri-la espontaneamente.

4. Fatores que comprometem a efetividade do processo de execução

São inegáveis, também nesta seara, os inúmeros fatores que comprometem a efetividade da tutela executiva. Porém, há aqueles que se não forem combatidos, de nada adiantará a profilaxia em relação aos demais.

Por isso, é imperioso voltar à questão, já tantas vezes debatida neste trabalho, da incompreensível robustez e permanência do princípio da neutralidade do juiz nos dias atuais.

Essa falsa concepção de que a atividade jurisdicional é neutra, desprendida de qualquer subjetivismo, impede execução precedida de cabal cognição e submete a parte à observância de dois processos, culminando, como é óbvio, na morosidade da prestação jurisdicional e em seus consectários lógicos, fomentando a falta de efetividade da tutela executiva.

Côncio disso, torna-se preciso perquirir as razões que mantêm essa alienação do órgão jurisdicional da tutela executiva sem prévio conhecimento. O direito pátrio, seguindo as orientações do direito continental europeu, dissociou do inglês justamente no ponto que toca à atuação jurisdicional.

Apesar de esses dois ramos do direito buscarem a segurança jurídica, é fato marcante e determinante, aquele ter prestigiado a segurança da lei, aprisionando o juiz, tornando-o neutro, simples aplicador da vontade do legislador, enquanto que esse propugnou pela segurança do direito, da justiça, concedendo ao magistrado maior amplitude, discricionariedade. Ovídio Baptista retrata bem essa situação:

É importante ter presente esta distinção entre os dois sistemas, porque a segurança, *através da lei*, que foi o *ethos* das codificações européias, **com conseqüente aprisionamento do juiz, dentro dos esquemas legais, desenvolveu-se na Inglaterra por canais diferentes** [sem grifo no original]. Depois de advertir que todo ordenamento jurídico deve servir a três objetivos: garantir a justiça, promover o bem comum e criar a segurança do Direito; e de mostrar como o valor *segurança do Direito* foi invariavelmente a preocupação dominante do direito inglês, observa Gustav Radbruch como os dois sistemas se diferenciam, neste ponto essencial: enquanto o direito inglês procura preservar a segurança do

direito, os sistemas legalistas da Europa continental, identificando o direito como a Lei, satisfazem-se com a segurança da lei do Estado, **sem qualquer preocupação por sua eventual injustiça material** [sem grifo no original]. [...] O modo como a juventude britânica tratou o paladino máximo do ideal da segurança jurídica e a exaltação com que ele foi recebido no continente evidenciam a diferença entre a busca da segurança através de lei, sob a forma do absolutismo monárquico, na Europa continental – base na subserviência da magistratura –, e a preservação, na Inglaterra, de uma magistratura independente, com a natural função criadora de sua jurisprudência.¹⁷³

Esse prestígio exagerado à lei, em detrimento de uma postura mais política da atuação jurisdicional, compromete a efetividade do processo de execução ao relegá-lo a segundo plano, sem qualquer preocupação com a existência ou não da efetividade material, pois só terá direito à tutela executiva aquele que, primeiro, se submeteu a um processo prévio de conhecimento ou, então, portador de um título executivo extrajudicial.

Essa exigência de se permitir execução mediante certeza estampada num título é, em última análise, um paradoxo em relação a instrumentalidade do processo, pois se o maior interesse da parte é a realização efetiva do seu direito e isso só ocorre com a ação executiva, a lógica instrumentalista do processo deveria requerer maior atenção para essa função jurisdicional.

Mas, ocorre exatamente o contrário. Festeja-se um processo de conhecimento com ordinariedade de seus atos, somado a neutralidade do juiz, deixando o maior desejo da parte, que é a efetiva realização do seu direito, diferido para um segundo momento processual.

Dificultando ainda mais, esse segundo momento que é preenchido pela ação executiva contém, ainda que a doutrina queira mascarar, conhecimento e, por questão de

¹⁷³ Idem, *ibidem*. pp. 105, 107.

obviedade, viciado daquela neutralidade própria do processo ordinário. Ora, a ação de embargos do devedor, prejudicial da execução,¹⁷⁴ é nitidamente de cognição e, por via de consequência, mantém o juiz neutro, incapaz de executar.

A preocupação em não se permitir conhecimento na execução, levou a engenhosa construção de uma ação dessa natureza, embutida no processo de execução, com capacidade de oferecer ao devedor, além de mais uma oportunidade de defesa, a chance de visitar o tribunal pela segunda vez ou, até mesmo, uma terceira, caso seja necessário um processo de liquidação de sentença.

Dizer que os embargos, por terem natureza de ação, não constituem defesa, mas, sim, ataque, é querer, novamente, convencer a todos que um pé de macieira poderá frutificar figos! É lógico que o devedor se utiliza dos embargos, na execução, como meio de defesa.

Seria, portanto, muito mais coerente e eficaz, proporcionar à parte defesa restrita ao título a ser executado, mas no bojo do próprio processo de execução e não via incidental como é o caso dos embargos.

“Hoje a moderna processualística está, cada vez mais, afastando-se do formalismo irracional e aderindo à formalidade racional e flexiva, tudo isso em busca da efetividade do processo.”¹⁷⁵ Assim sendo, não se pode mais admitir discussão de cunho

¹⁷⁴ “Isto é, a decisão dos embargos, que é logicamente antecedente ao seguimento dos atos expropriatórios da execução, influenciam esta, determinando o seu prosseguimento ou seu âmbito de atuação. Com isso podemos dizer que entre a ação de embargos do devedor e a execução existe conexão por prejudicialidade, uma vez que a decisão daquele influencia o seguimento desta.” OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Conexão por prejudicialidade**. São Paulo, 1994. p. 92.

¹⁷⁵ SOUZA, Gerson Amaro de. **Mérito no processo de execução**. In : WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo, 1998. p. 256.

meramente teórico, envolvendo questões ultrapassadas e que não levam ao resultado eficaz que se espera do processo de execução.¹⁷⁶

Por isso, a insistência nessa questão da neutralidade tem razão de ser à medida que é diretamente responsável por viciar a execução de atos e princípios que só dificultam a efetividade processual. Exemplo típico é a exigência de título executivo para iniciar-se a execução. Esse princípio, segundo o qual não há execução sem título, não pode ser observado, por exemplo, nas tutelas executivas antecipadas, sob pena de total inviabilidade da prestação jurisdicional.

Além disso, essa neutralidade migra do processo de conhecimento para o de execução, irradiando-se nos embargos do devedor, trazendo, conseqüentemente, mais demora para o processo, angústia e insatisfação para a parte. O princípio da neutralidade ofende, inclusive, a clássica separação dos poderes, desrespeitando a independência ao manter o judiciário engessado à lei.

Destarte, os pressupostos para uma execução efetiva, compatível com seu fundamental papel instrumentalista de real entrega do direito declarado, só alcançará seu desígnio se houver convencimento de que é necessário romper com o dogma da neutralidade, permitindo-se concessão de tutela executiva antecipada que não só naqueles casos privilegiados, devidamente escolhidos pelo legislador, como são, por exemplo, as ações possessórias.

¹⁷⁶ “Hoje, parece que a tônica da preocupação dos processualistas, no lugar de tentar responder em que medida se aplica o processo de conhecimento ao processo de execução, é desmistificar a separação absoluta entre os processos de conhecimento e de execução, que, *em estado puro*, só existe no plano das idéias.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In : _____ (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo, 1998. p. 9.

Vencido esse vetusto entendimento, o próximo deve ser analisado a partir da racionalidade, principalmente na execução fundada em título executivo judicial, de se manter uma ação incidental de embargos como remédio processual para impugnar possíveis excessos, nulidades, porventura presentes na ação executiva. Essa questão será enfrentada com mais profundidade no tópico reservado para a execução forçada.

4.1. Desigualdade na atuação processual das partes

O processo de execução é revestido de uma desigualdade flagrante. Nele, o credor não tem, como aprioristicamente pode-se imaginar, direito ao crédito, mas somente a uma ação executiva que lhe permitirá provar que aquele crédito materializado no título executivo é bom.

O credor, não obstante sua posição, se vê submetido à vontade do devedor. Este, ao invés de suportar os atos executórios, é chamado a praticá-los em benefício do exequente e, quando o faz, é de forma morosa e freqüentemente incompleta.

“Hoje, de um modo geral, quem aguarda que seu interesse seja realizado é o titular do direito, cabendo ao devedor – ou ao alienante, se a relação jurídica tiver por escopo a transferência do domínio – praticar a atividade exigida para a satisfação do interesse do credor ou do adquirente.”¹⁷⁷ Ora! Se o Réu não cumpriu com a obrigação quando da prolação da sentença condenatória, não será, certamente, no processo de execução que ele, na condição de devedor, irá entregar ao credor o que lhe é devido.

¹⁷⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo, 1996. p. 53.

Frente a essa realidade, o credor é obrigado a desenvolver inúmeras atividades na tentativa de receber seu crédito, enquanto que o devedor tem a única preocupação de obstacularizar essa atuação.

A tarefa que, em princípio, caberia ao devedor é passada ao credor com o agravante deste ter sempre empecilhos, ora criado pelo devedor, ocultando bens e a si próprio, ora pela própria estrutura do processo de execução que reúne inúmeros atos (penhora, avaliação, arrematação etc.) sempre morosos e frágeis a toda sorte de defesa.

Os meirinhos não efetuam uma diligência sequer, caso o depósito não seja prévia e devidamente efetuado, chegando bem próximo da omissão. O artigo 653 do CPC é um ótimo exemplo do que se está querendo dizer.

Segundo esse dispositivo legal, “o oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução”, porém, no que pese a clareza da norma, o serventuário devolve o mandado no cartório com a malsinada certidão de que não encontrou o devedor, passando novamente a incumbência para o credor, como se o problema fosse exclusivo dele.

Neste caso, o juiz não deveria abrir oportunidade para manifestação por parte do credor, pois é cediço que expediente deste tipo demanda muito desperdício de tempo, principalmente com o ato de publicação. Deverá ele **determinar** que o serventuário aja de ofício, simplesmente cumpra a lei.

Contudo, isso não tem acontecido e abre-se novo prazo para a parte requerer o que já está expresso, com nova publicação, nova demanda de tempo e, só então, o serventuário da justiça, com novas diligências depositadas à custa do credor, irá realizar o ato que deveria ter cumprido de ofício.

Não bastasse isso, há cumplicidade por parte da doutrina, beirando a irritação, ao defender que a medida estampada no artigo 653 do Código de Processo Civil é cautelar e, como tal, deve ser deferida pelo juiz. Ovídio Baptista após elencar outros estudos nos quais debateu veementemente essa questão, põe uma pá de cal no assunto prelecionando que “A providência que se contém nessa disposição legal é penhora e não arresto”.¹⁷⁸

A razão está toda com o processualista gaúcho. Neste caso, não há que se falar em perigo na demora e fumaça do bom direito, requisitos necessários para concessão de uma medida cautelar. O que se tem, em verdade, é um ato para possibilitar a penhora, pois, sem essa, a execução permanece inerte, à mercê do devedor.

O fato de o código ter denominado essa medida de arresto, não autoriza concluir que se trata da cautelar prevista nos artigos 813 ao 821 do CPC, razão pela qual independe de qualquer conhecimento por parte do órgão jurisdicional.

Humberto Theodoro Júnior revela-se contraditório ao prelecionar que tal medida pode ser realizada de ofício pelo oficial de justiça, podendo, porém, a decisão que a conceder ser atacada por agravo de instrumento.¹⁷⁹ Há contradição porque não é necessária nenhuma decisão do órgão jurisdicional, mesmo porque, essa medida irá transformar-se em penhora, sujeita a toda sorte de recurso por parte do devedor, inclusive, podendo indicar bens em substituição, conforme rol do artigo 655.

O entendimento do processualista Araken de Assis é suficiente para resolver qualquer controvérsia:

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro, 1996. p. 232.

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro, 1998. p. 300.

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. Como a pré-penhora pressupõe a ausência do executado, parcela considerável da doutrina brasileira conferiu natureza cautelar à medida contemplada no artigo 653. Ora, a pré-penhora outorga ao credor direito de preferência (art.612) no instante mesmo em que se efetiva o ato. Esta eficácia, ínsita à afetação dos bens do executado e, no caso, antecipada à própria conversão em penhora, operada nos termos do art. 654, é **elemento satisfativo estranho ao verdadeiro arresto (art. 813)** [sem grifo no original]. O autêntico arresto cautelar não se transmuda automaticamente em penhora, conforme resulta do art. 828, ao contrário da pré-penhora. Demais, acentua Ovídio, não há, sequer, “uma fase procedimental para controle de sua legitimidade”.¹⁸⁰

A doutrina parece não ser mesmo complacente com o credor. Imputam a ele uma superioridade que não tem, nem formalmente e muito menos materialmente, ou seja, de resultado prático. “[...]Aliás, a noção errada que têm alguns processualistas sobre a desigualdade existente na execução, onde – dizem eles – o credor tem preeminência sobre o devedor, vem sendo aos poucos reexaminada.”¹⁸¹

Outros entendimentos fortalecem as dificuldades que o credor encontra para materializar seu crédito. A citação é um bom exemplo disso. A única restrição legal acerca deste instituto processual em relação ao processo de execução, vem encartada no artigo 222 do CPC, proibindo que a mesma seja realizada pelo correio, no mais, não há qualquer empecilho. Porém, há quem defenda, seguida por considerável jurisprudência, o não cabimento da citação por hora certa.

¹⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo, 1996. pp. 428-429.

¹⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo, 1997. p. 856.

Marcelo Lima Guerra, apontando várias decisões que não admitiram a citação por hora certa no processo de execução, posiciona-se da seguinte forma: “é no mínimo discutível o cabimento da citação por hora certa no processo de execução. [...] Em sentido contrário, **em posição, ao que parece, isolada** [sem grifo no original], Araken de Assis.”¹⁸²

“Tratando-se de execução por quantia certa contra devedor solvente descabe a citação com hora certa, utilizando-se a citação por mandado e por edital (arts. 653 e 654), **conforme entendimento dominante na jurisprudência** [sem grifo no original].”¹⁸³

Essa, realmente, parece ser a inclinação da doutrina, roborando a desigualdade existente entre as partes no processo de execução. A esse respeito, confessa Francisco Fernandes de Araújo:

Argumento que se me afigura razoável é o de que o legislador, possivelmente, pretendeu melhor proteger processualmente o devedor [sem grifo no original], oferecendo-lhe maior prazo para efetuar o pagamento ou nomear bens à penhora, prazo, esse, de apenas 24 horas (art. 652 do CPC), mas que no caso de citação por edital, começa a fluir depois de terminar o prazo do próprio edital, que poderá variar de 20 a 60 dias, segundo decisão do magistrado (art. 232, IV, do CPP), ao passo que, se o executado for citado com hora certa, o referido prazo de 24 horas contar-se-á da juntada do mandado aos autos.¹⁸⁴

Embora admitindo em outras passagens a predileção do legislador pelo devedor, o autor se posiciona contrário ao cabimento da citação por hora certa,

¹⁸² GUERRA, Marcelo Lima. *op. cit.* p. 27.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro, 1998. p. 101.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Cabe citação com hora certa em execução?* *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 584, 1984. p. 285.

fundamentando que na execução há disciplina legal diferente, razão pela qual não é possível invocar a subsidiariedade do artigo 598 do CPC. Reforça seu pensamento alegando que o prazo de 24 horas é muito exíguo para o escrivão tomar as providências exigidas pelo artigo 229 do mesmo diploma processual.

No entanto, quando o credor é a Fazenda Pública, seus argumentos são deslocados para a permissão da citação com hora certa. Fundamenta, alegando que a Lei 6.830/80, em seu artigo 8.º, III e 1.º, respectivamente, permite a citação por oficial de justiça e manda aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A Fazenda Pública parece ser mesmo uma pessoa jurídica enigmática. Quando é devedora, chega a ser quase intocável, quando credora, ultrapassa limites, capaz de fazer o autor do texto, ora em exame, esquecer-se do fato de que, também na execução comum, há permissão da citação por oficial de justiça, aliás é a mais usual, sendo que a subsidiariedade do artigo 598 é, da mesma forma, evidente.

Indiscutivelmente se afigura que o teor do artigo 598 pode ser aplicado às regras do Livro I na tutela executiva. Autorizando concluir que a ausência de restrição no processo de execução permite que a citação por hora certa possa, subsidiariamente, ser utilizada. Mesmo porque, não permitir esta ilação é coadjuvar o devedor na sua empreitada obstacularizadora.

Por isso, mesmo considerada isolada, deve ser prestigiada a posição do processualista Araken de Assis que coaduna com o escopo do processo de execução de entregar à parte o direito já devidamente reconhecido, com rapidez e economia.

Dos três modos de citação concebíveis, descabe a pelo correio, a teor dos arts. 222, letra “d”, e 224, do CPC, restando a por oficial de justiça (art.

221, II) e a por edital (art. 221 III), segundo a disciplina da Lei 8.710, de 24.9.93. No rito comum da expropriação, a regra consiste na citação por oficial de justiça (art. 224); por isso, aliás, o art. 652, § 1.º, determina a certificação, no mandado, da hora do ato. **A chamada citação por “hora certa” (art. 227) se ostenta lícita, se o credor não preferir desde logo, a pré-penhora [sem grifo no original].**¹⁸⁵

Escorreito esse entendimento, mesmo porque, a citação por hora certa não depende do conhecimento real do citando, tanto que o próprio código a trata como citação ficta e presumida, dando curador especial à parte, caso incorra em revelia, conforme preceitua art. 9º, inciso II.

A esse respeito, confirmando o pensamento esboçado acima, a súmula 196 do STJ preleciona: “Ao executado que, citado por edital ou **por hora certa** [sem grifo no original], permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.”

Pode-se concluir, então, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça admite, como não poderia deixar de ser, o cabimento da modalidade de citação com hora certa no processo de execução.

Também, a exigência do artigo 229 do CPC “[...] é medida complementar obrigatória. Não interfere, porém, na contagem do prazo de resposta (art. 241, I), nem exige a lei que se comprove ter o réu efetivamente recebido a comunicação.”¹⁸⁶

Com tal dispositivo, pretende-se apenas diminuir o risco de que a ocorrência da citação não chegue ao conhecimento do réu. Contudo, “A citação com hora

¹⁸⁵ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo, 1996. p. 418.

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro, 1998. p. 102.

certa considera-se feita com a diligência do oficial de justiça; e junto o mandado cumprido, começa a fluir o prazo para defesa, sem embargo da comunicação que o escrivão deva fazer ao citado, **sempre que possível** [sem grifo no original].¹⁸⁷

Marcus Vinícios Gonçalves admite a citação com hora certa na execução, ressaltando o descabimento, contudo, na espécie por quantia certa. Segundo ele, nesta hipótese, a citação deverá ser realizada por edital.¹⁸⁸

Porém, se é certo que a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso para o devedor,¹⁸⁹ também o é, que não se deve exigir do credor o caminho mais longínquo. Dessarte, se é possível a citação com hora certa, porque utilizá-la por edital se, flagrantemente, o custo – tempo/financeiro – dessa é bem superior àquela.

Análise, ainda que singela, de quaisquer autos de processo, é suficiente para vislumbrar que durante a fase de conhecimento o então Réu é citado sem nenhum embaraço. Transitada em julgado a sentença, a citação na fase executiva do, agora, devedor transforma-se num verdadeiro despautério.

Lá, existe a pena de confesso! Aqui, o campo é propício para suas manobras protelatórias. A balbúrdia na execução chega a tanto que se defende o cabimento dos efeitos da revelia contra o credor, caso ele não impugne os embargos opostos pelo devedor.

¹⁸⁷ SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Cível. Apelação nº 7688. Relator: Desembargador Aniceto Aliende. 19 jun. 1973. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 455, p. 161-162, set. 73.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. *Processo civil : processo de execução e cautelar*. São Paulo, 1998. p. 46.

¹⁸⁹ “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Art. 620 do CPC.

A justificativa para decretar os efeitos da revelia ao credor que não impugna os embargos opostos pelo devedor está na razão de serem eles uma ação, ensejando defesa, contestação, sendo que sua falta, como regra geral, acarreta revelia.

Compartilha dessa mesma posição José Carlos Barbosa Moreira que assemelha tal impugnação a uma contestação e a expressão “intimar”, constante do artigo 740, como sinônimo de citação, retirando daí a pertinência dos efeitos da revelia. São do mesmo entendimento J. J. Calmon de Passos, Moacyr Amaral Santos, Clito Fornaciari Jr.

Nélson Godoy Bassil Dower, por sua vez, revela-se contraditório e um tanto confuso quando se reporta ao tema. Em princípio, cita Humberto Theodoro Júnior para explicar que os embargos são ação de conhecimento e que, por via oblíqua, a impugnação é uma verdadeira contestação sujeita, então, aos efeitos da revelia.

Porém, o processualista mineiro, no que pese reconhecer essa natureza dos embargos, relata taxativamente em seu magistério a sua contrariedade aos efeitos da revelia quando não impugnados pelo credor.

Para ele, tal situação não merece guarida porque o credor é intimado para impugnar, portanto, sem a advertência da 2ª parte do artigo 285 e 225, nº II, no tocante à questão dos efeitos da revelia. Continua sua explanação, alegando que o credor possui uma situação especialíssima na execução, pois é portador de um título executivo, situação bastante suficiente para lhe permitir levar o processo executório às últimas conseqüências, só saindo perdedor se o embargante provar sua desconstituição.

O desfecho do aludido processualista de que os embargos são ação de conhecimento e a impugnação é realmente uma contestação do credor que passa a ser réu no incidente, não autoriza uma conclusão de que seja possível o cabimento dos efeitos da revelia,

vez que, usa, como acima exposto, argumentos que não contrariam seu alegado, mas suficientes para demonstrar a impossibilidade de tais efeitos.

O que mais destoa no magistério de Néelson Godoy Bassil Dower é o fato de ele ser a favor da decretação dos efeitos da revelia quando ausente impugnação do credor ao concluir que incumbe ao autor dos embargos a prova do seu alegado. “Não é demais lembrar, face à impugnação, que ao autor cabe o ônus da prova do fato, objetivando desfazer o título. Se o embargante não provar convincentemente esse fato, será o perdedor da ação de embargos, porque prevalece a presunção de certeza que emana do título executivo.”¹⁹⁰

Parece que esse entendimento é contraditório àquele que aceita os efeitos da revelia, pois ao exigir do autor dos embargos a prova do seu direito, está sendo afastada qualquer possibilidade de considerar como verdadeiros os fatos alegados e não impugnados.

Toda consideração merecem esses doutrinadores, mas não se pode comungar do mesmo entendimento. Deve-se, sim, aplaudir àqueles que dão ao credor pelo menos a oportunidade de só se ver vencido mediante uma efetiva atuação do devedor.

É certo que a revelia ou contumácia, que em relação ao réu são expressões sinônimas, se opera sempre que este não se defender, mas daí à decretação de seus efeitos é algo que precisa ser sopesado, sob pena de se constituir em verdadeira injustiça. O simples estado de revel não significa que seus efeitos serão, necessariamente, operados.

¹⁹⁰ DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Curso básico de direito processual civil**. vol. 3, São Paulo, 1994. p. 291.

A razão assiste àqueles que participaram do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, ao concluírem, por unanimidade, que “não se verificam os efeitos da revelia nos embargos não impugnados.”¹⁹¹

Alexandre de Paula compartilha do mesmo ponto de vista, ao relatar: “Reconsideramos a opinião que, anteriormente, emitimos. A ausência de impugnação aos embargos não isenta o devedor de provar suas alegações, no sentido de desconstituir o título exequendo. A dispensa dessa prova só ocorre naqueles pontos confessados pelo credor. O art. 319 não encontra lugar para aplicação no processo de execução.”¹⁹²

Essa compreensão deve prosperar por razões que são claras e justas. Para que seja possível decretar os efeitos da revelia, é mister que o réu esteja devidamente ciente da consequência da sua inação, mediante a advertência expressa dos artigos 285, 225, n. II, 223, 277, § 2º, 803, acrescentando, ainda, que os artigos 13, n. II e 265, § 2º, sofrerão, no que couber, as regras dos artigos 319 ao 322.

Como claramente se vê, em nenhum momento há no artigo 740 advertência de que a inércia do réu poderá acarretar-lhe consequência da pena de confesso, como nos dispositivos acima citados. E nem poderia, pois tal dispositivo não trata da citação, mas, tão somente da intimação, apenas de uma ciência ao réu, o que lhe deixa a salvo de qualquer ônus, prejuízo, por ter optado em ficar inerte.

¹⁹¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. São Paulo, 1996. p. 508.

¹⁹² PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. vol. III, São Paulo, 1992. p. 2.983.

É certo que a revelia acarreta outros efeitos ao réu, mas no tocante à pena de confesso, não é possível fugir ao seguinte conceito: revel é aquele que, citado regularmente, com a advertência do artigo 285, não oferece resposta tempestivamente. Esta concepção é oportuna e suficiente para demonstrar que os efeitos da revelia só poderão ocorrer quando ciente o réu das conseqüências de sua inação.

Aqueles que defendem a tese em contrário, além de interpretarem o artigo 740 extensivamente, dando à sua redação uma roupagem que o legislador não quis, alegam, também, a aplicabilidade do artigo 598 que disciplina a subsidiariedade do processo de conhecimento no de execução, toda vez que este não tiver normas expressas para o caso.

Porém, este argumento, assim como o outro, não tem consistência, pois não se pode invocar princípios do processo de conhecimento quando estes interferirem no processo de execução de forma a desarmonizar os lá existentes.

O processo de execução, como a própria doutrina exageradamente apregoa, é autônomo e só de forma subsidiária buscará apoio no processo de conhecimento. Ora, não havendo “lacuna” em seu bojo, não há que se socorrer a outro processo, ainda mais para piorar a situação do credor que tantas dificuldades encontra para ver o seu crédito satisfeito.

Por tudo isso, é totalmente fora de propósito querer admitir revelia na execução. A posição do credor, em si, já não é animadora, se prosperarem entendimentos que lhe dificulte ainda mais, a tutela executiva realmente ficará só no plano formal, pois o resultado esperado será mera ficção.

Querer exigir do credor uma impugnação aos embargos, sob pena de se ter como verdadeiros os fatos articulados pelo devedor é, no mínimo, uma desigualdade

evidente, pois o título apresentado demonstra a plausibilidade em favor do exeqüente, cabendo ao executado, reverter tal situação com provas concretas.

Interpretação que fuja a esse espírito, só contribui para aumentar a falta de efetividade do processo executivo, revelando a desigualdade na atuação processual das partes envolvidas, bem como a excessiva proteção que é legada ao devedor.

Essas divergências, consideradas por muitos de somenos importância, mas que, agregadas a outras, convergem para a inefetividade da tutela executiva, devem ser extirpadas, levando-se em consideração, principalmente, que o credor deve gozar de uma presunção de veracidade, própria da natureza do título executivo.

5. Execução forçada

Execução forçada é o meio colocado à disposição do credor para satisfazer o seu crédito e do devedor para opor possíveis impugnações. Não podendo, contudo, este abusar do seu justo direito de pagar somente o que é devido.

Os vários conceitos encontrados na doutrina, no que pese algumas pequenas divergências entre os autores, não destoam em substância desse objetivo. Cândido Rangel Dinamarco a conceitua “[...] 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.”¹⁹³

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo, 1997. p. 115.

Ao seu turno, Marcelo Lima Guerra, reportando-se acerca da ação executiva, discorre: “[...] pois não se pode concebê-la como voltada a outra coisa senão à satisfação prática do direito do credor representado em título executivo, no que consiste, como se sabe, a razão de ser da tutela executiva.”¹⁹⁴

James Goldschmidt pondera dessa forma: “Por la acción ejecutiva se trata de obtener la protección del Estado mediante la ejecución forzosa. Esta es una intromisión coercitiva en la esfera jurídica del deudor con el fin de obtener un resultado real o jurídico a cuya producción esté él obligado o del cual responda.”¹⁹⁵

Para Olavo de Oliveira Neto “a execução forçada deve ter caráter jurisdicional; é realizada coativamente, sem o concurso, ou até mesmo contra a vontade do executado; e, procura satisfazer a obrigação com a constrição que o Estado realiza sobre os bens do executado, visando recompor a situação de equilíbrio existente antes do seu descumprimento.”¹⁹⁶

Realmente, ao analisar o conceito de execução forçada exarado pelos processualistas, de um modo geral, percebe-se, no simbolismo utilizado, o objetivo de realizar atos concretos, através do órgão jurisdicional para materializar o direito formalmente declarado no título executivo.

¹⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *op. cit.* p. 119.

¹⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, 1936. p. 575. No vernáculo: Pela ação executiva se trata de obter a proteção do Estado mediante a execução forçada. Esta é uma intromissão coercitiva na esfera jurídica do devedor com o fim de obter um resultado real ou jurídico cuja produção este é obrigado ou do qual responda.

¹⁹⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo. *Admissibilidade e mérito no processo de execução*. No prelo.

Porém, sua utilidade deve estar na concretização do direito da parte. Não mais aquele declarado na norma, mas o concretizado num título executivo judicial ou extrajudicial. A sua presteza será medida proporcionalmente à capacidade de transformar em realidade material esse comando contido no título.

Acredita-se que a doutrina ao afirmar a “[...] proeminência que o exequente possui em face do executado”,¹⁹⁷ o faz sob a ótica puramente formal, ideológica, pois no plano dos fatos essa ilusória saliência é corrompida pelas idas e vindas do procedimento, transformando o credor num incansável cobrador, sujeito a não receber seu crédito e, ainda, passar de credor a devedor do Estado, tendo em vista as várias custas processuais.

Com esses enfoques é possível analisar a execução forçada com uma visão, no mínimo, despreendida de preconceitos em relação ao credor, somado ao fato de que ele se submete à execução com pretensa superioridade que se esvai já na dificuldade inicial de citar o devedor.

5.1. A simplicidade do processo como fator de efetividade do Direito

Tudo que é complexo, capaz de abranger vários elementos ou partes, acaba convergindo para um resultado idêntico, ou seja: detalhista, moroso etc. Por esta razão, o processo deve buscar, em seus vários níveis, uma simplicidade capaz de fugir aos pormenores responsáveis pela sua incapacidade de realizar direitos.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem.*

O processo de conhecimento está, a seu modo, buscando mecanismos que lhe permitam uma simplicidade procedimental competente para o fim a que se destina: prestar a tutela jurisdicional a quem demonstre necessidade de forma condizente com essa exigência, com rapidez e eficiência.

O de execução deve, da mesma forma, angariar campo propício para concretizar o direito da parte eficazmente. Para tanto, é necessário simplificar o que há de complexo envolvendo essa prestação jurisdicional.

Porém, isso não será possível enquanto não se compreender que o processo civil, instrumento do direito material, deve ser estudado no seu conjunto, jamais em compartimentos estanques: conhecimento, execução e cautelar. Urge interdisciplinar as vias processuais e procedimentais para que o insucesso de um não inviabilize o sucesso do outro e vice e versa.

Por isso é que se defendeu a executoriedade das medidas antecipatórias e monitórias, dentro de seus próprios campos de atuação. Não é lógico e racional querer sustentar processos estritamente puros, só com conhecimento ou, só com execução. A tutela executiva é imprescindível, não bastando o direito normatizado ou simplesmente declarado.

Sem embargo de opiniões em contrário, a crise de efetividade do direito está justamente na incapacidade executória. Razão pela qual deve ser urgentemente repensada. Neste sentido, é importante a seguinte passagem do livro de Roy Reis Friede:

As críticas ao CPC/73 que, em verdade, já são ouvidas desde a primeira metade da década de 80 (o que, inclusive, motivou a criação da comissão governamental de revisão do CPC em 1985), todavia, devem ser consideradas em todos os casos, muito mais evidenciadas no sentido de sua virtual impotência na realização efetiva do direito na prática cotidiana (com a frustração objetiva da operacionalização plena

deste mesmo direito) do que propriamente na direção de sua elaboração legislativa (que, diga-se de passagem, possui comparativamente incontestado grau de excelência) [sem grifo no original]. A questão cinge-se, portanto, ao visível divórcio que o CPC/73 ostenta em face não só da nova realidade sócio-política (e, especialmente, judicial) brasileira, mas, preponderantemente, em relação ao novo e moderno instrumental legislativo extravagante recentemente incorporado ao direito processual civil nacional, o que, em grande medida, tornou tão premente a denominada “reforma do CPC” e a revisão, inclusive na legislação constitucional, de preceitos de ordem processual, sobretudo no âmbito do sistema jurisdicional propriamente dito.¹⁹⁸

Desde o regulamento 737 que a doutrina deita elogios exuberantes a respeito da legislação processual pátria, sem, contudo, conseguir aparelhar satisfatoriamente a previsão formal com o resultado material.

Pois, “O que se tutela e satisfaz é a realizabilidade do direito, **não na sua existência normativa e abstrata do mundo meramente jurídico** [sem grifo no original], mas sim a sua realizabilidade no mundo da realidade social e histórica, no plano da vida real. Em outras palavras, a satisfação só tem sentido na sua dimensão dinâmica, ou seja, no plano da realidade, da vida social.”¹⁹⁹

5.2. A necessidade de revisitar alguns “princípios” da execução

Aceita essa realidade, necessário se faz rever com profundidade todo o processo de execução, transcendendo sua formalidade e perquirindo o resultado que dele se espera, na busca de torná-lo o mais perfectível possível.

¹⁹⁸ FRIEDE, Roy Reis. **Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro, 1995. p. 7.

¹⁹⁹ CASTELO, Jorge Pinheiro. *op. cit.* p. 143.

A coragem deve ser suficiente para questionar, por exemplo, sua real necessidade de ser autônomo e independente do processo de conhecimento. Coragem essa que não faltou ao processualista paulista, José Roberto dos Santos Bedaque:

O que não parece mais possível é a oferta de tantas oportunidades ao devedor inadimplente, que, mesmo após reconhecida esta situação pelo órgão jurisdicional, encontra no sistema processual inúmeras formas de se furtrar ao pagamento. **Nenhum profissional do Direito consegue convencer um leigo da necessidade de, após a sentença que condena o devedor, efetuar-se nova citação deste, com todas as circunstâncias que envolvem esse ato processual. Muito menos explicar-lhe que o executado poderá embargar e suspender a execução, na grande maioria das vezes com intuito nitidamente protelatório. Temos hoje, infelizmente, o processo civil do réu [sem grifo no original].** Na prática retornamos ao direito romano clássico da *actio iudicati*, tantos são os meios protelatórios de que o executado pode utilizar.²⁰⁰

Em apertada síntese, o autor demonstra a falácia que é o processo de execução, com brutal desigualdade, reinando insatisfação e incompreensão. Podendo ser acrescentado que a dificuldade de convencimento da irracionalidade da estrutura processual executiva não se opera só em relação ao leigo, mesmo um jurista, comprometido com a verdadeira necessidade de justiça, estranhará essa arqueologia desequilibrada que beneficia uma parte em detrimento da outra.

Não pode ser desconsiderado também, que se o argumento do jurista não consegue convencer o leigo, é porque o equívoco está com os doutos e não com o jurisdicionado. O trabalho dos operadores do mundo jurídico deve, no mínimo, ser capaz de

²⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** : influência do direito material sobre o processo. São Paulo, 1995. p. 102.

convencer pelo menos o leigo, caso contrário, o problema estará com quem não consegue convencer e jamais em quem deveria ser convencido.

Apesar da clarividência, para comprovar a insuficiência do processo de execução em concretizar direitos, basta analisar a posição do Estado enquanto credor e devedor.²⁰¹ Este, como ninguém, sabe utilizar-se desse “instrumento” de acordo com a posição que ocupar na relação processual.

Como devedor, obstaculariza com facilidade as pretensões do credor e, quando ocupa o pólo ativo, o processo de execução não lhe serve, rechaça tal mecanismo, valendo-se da lei especial 6.830/80, proporcionando-lhe vantagens que mais se assemelham a privilégios.

Essa incompreensível e exagerada desigualdade de tratamento processual não passou despercebido para Araken de Assis que tem demonstrado em sua doutrina tratamento conforme o verdadeiro objetivo que se espera do processo de execução.

Anima o Estado brasileiro, às vezes, certo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda Pública. Investiu-se o Estado, na primeira hipótese, de procedimento especial dotado de inúmeras e radicais simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do crédito, princípio comum a toda execução, se mesclam a privilégios descabidos. [...] A dificuldade particular do comentário da Lei 6.830/80 repousa no desapareço, que a cada passo, ela atrai. O diploma

²⁰¹ “A situação agrava-se ainda mais quando o pólo passivo é ocupado pelo Estado. Além das prerrogativas processuais exageradas (prazo em quádruplo para contestar, p. ex.), conta ele com o beneplácito do legislador material. Basta indicar a absurda situação dos precatórios judiciais, cujos credores adquirem direitos para serem usufruídos pelos bisnetos (v. art. 33 das “Disposições Constitucionais Transitórias).” *Idem*, *ibidem*. pp. 102-103.

combina idéias autoritárias e rançosas a uma linguagem obscura e confusa, denotando, já no projeto, insanáveis vícios de origem.²⁰²

Os expedientes colocados às mãos da Fazenda Pública como forma de agilizar o procedimento deveriam ser, também, acessíveis aos demais jurisdicionados, pois o interesse do Estado em prestar tutela jurisdicional de forma rápida e efetiva deve estar voltado a todos e não exclusivamente a ele.

Não se trata de negar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao contrário, busca fortalecê-lo, pois um processo capaz de atender aos anseios dos cidadãos é, da mesma forma, de relevante interesse coletivo, público.

Toda essa celeuma envolvendo a Fazenda Pública ganha maior amplitude, em total desprestígio à tutela executiva, quando a doutrina, mediante uma interpretação paternalista, dá, além das já existentes, mais proteção ao Estado, inadmitindo, por exemplo, antecipação da tutela, ação monitória etc., sendo réu o Poder Público.²⁰³

No injustificado desejo de proteção, além do necessário, Vicente Greco Filho²⁰⁴ defende o não cabimento de execução em face da Fazenda Pública lastreada em título executivo extrajudicial. Segundo seu entendimento, essa execução não é possível tendo em

²⁰² ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo, 1996. p. 685.

²⁰³ Essa incoerência chega ao ponto de se ter decisões negando penhora dos Títulos da Dívida Pública como garantia de créditos em favor da Fazenda. Esse absurdo é equivalente a um credor se negar a receber como pagamento o próprio cheque. A Fazenda, ao negar o seu próprio título, está a reconhecer a sua inadimplência e, acima de tudo, manifesta má-fé.

²⁰⁴ “Daí a conclusão que parece irrecusável de que a execução contra a Fazenda Pública somente pode fundar-se em título judicial. O detentor de título extrajudicial, como uma exceção à sistemática geral do Código, mas justificada pela peculiaridade do direito público, deve propor ação de conhecimento para a obtenção do título judicial.” GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 3, São Paulo, 1997. p. 95.

vista o artigo 100 da CF determinar pagamento via precatório, oriundo de sentença judicial, o que não é o caso.

Ainda, segundo seu relato, para harmonizar com o sistema, o credor do Estado, de posse de um título executivo extrajudicial, deverá propor uma ação de conhecimento de cunho condenatório para, então, com título executivo judicial (sentença), ajuizar a competente execução de acordo com o preceito constitucional.

No seu desiderato de proteger o Estado, esquece de dois fatores relevantíssimos. Primeiro, o credor não pode ser sacrificado a buscar um caminho mais longo se existe o mais breve. É ilógico e injusto submeter à parte que tem título executivo à via ordinária, forçando-a a observância de, no mínimo, dois processos, quando só teria um. O sacrifício do respeito ao procedimento dos precatórios já é um sacrilégio.

O outro fator considerado irrelevante pelo processualista paulista, consubstancia-se no fato de que o credor de título executivo extrajudicial, ao ajuizar uma ação de cobrança condenatória, será, inexoravelmente, considerado carecedor da ação por faltar-lhe interesse processual.

De fato, a condição da ação referente ao interesse de agir está diretamente relacionada com a devida adequação ao procedimento. Não é possível executar o valor materializado num cheque sem antes levá-lo à cobrança bancária, bem como, propor ação de separação judicial se os conviventes não são casados, pois, apesar de existir o remédio processual, a escolha, a adequação será incorreta. Por isso, quem tem título executivo, a ação é executiva e jamais de conhecimento.

Acerca dessa condição da ação, em síntese, é o que dispõe Antônio Carlos Marcato:

Interesse de agir: Essa condição resulta da soma de dois elementos que lhe são intrínsecos: **a necessidade concreta do processo e a adequação do provimento desejado e do procedimento escolhido pelo autor** [sem grifo no original]. [...] Já o requisito da *adequação* significa, em breves palavras, que o exercício da atividade jurisdicional deve ficar condicionado, em cada caso, à efetiva *utilidade* que o provimento desejado pelo autor possa ter para atingir o escopo de atuação da vontade concreta da lei, “bem como à *justiça* da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo”. Logo, não tem interesse de agir o credor que, possuindo título executivo extrajudicial, promova ação de natureza condenatória em face do devedor, a fim de obter título executivo judicial relativo ao mesmo crédito. Resumindo: o interesse de agir exprime, de um lado, a exigência de que se recorra ao órgão jurisdicional, pleiteando a tutela de direitos, apenas quando não se encontrem, no terreno extraprocessual, outros meios para a satisfação daqueles, ou quando esgotados infrutiferamente os instrumentos de direito material, postos à disposição dos interessados; de outro lado, **que a escolha dentre os diversos meios processuais previstos pelo ordenamento jurídico recaia sobre aquele que assegure a via mais rápida, econômica e coerente para atender utilmente a pretensão deduzida pelo autor** [sem grifo no original].²⁰⁵

Como está, a execução exhibe uma realidade que não tem como ser negada. Privilegia o Estado, fazendo dele um credor especial e um devedor contumaz e, da mesma forma, elege algumas ações condenatórias (despejo, possessórias, alienação fiduciária) que permitem uma tutela eficaz, mediante auto-executoriedade, relegando uma grande faixa intermediária, destinada aos demais jurisdicionados, à execução comum, morosa e vazia de efetividade.

Portanto, aqueles que mais necessitam da tutela executiva estão desprotegidos e longe de uma efetividade prometida, inclusive, pelo legislador constitucional, como já tantas vezes lembrado neste trabalho.

²⁰⁵ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo, 1997. pp. 23-24.

Essa pertinente crítica impele uma revisão na tutela executiva no que tange o seu modo de operação, procedimento, para que o panorama da efetividade, que só é visto nesses especialíssimos casos apontados, seja possível, acessível também aos demais jurisdicionados, afinal não é demais lembrar que todos devem ser iguais perante a lei.

E é justamente em respeito a princípios constitucionais como o da igualdade, ampla defesa, contraditório etc., sendo que todos necessariamente acabam por convergir no gênero, o devido processo legal, que não se pode permitir uma execução à moda romana, com manifesta indiferença à pessoa do devedor, como também, não se pode mais perpetuar a execução hodierna, que sacrifica em demasia o credor, num flagrante desequilíbrio de armas.

Não é possível coadunar idéias antagônicas. Ora, dizer que no processo de execução não cabe defesa, porque não há do que se defender e, ao mesmo tempo fomentar uma ação de embargos do devedor capaz de inviabilizar o direito do credor é, no mínimo, contraditório.

Não se pode olvidar, também, que os embargos do devedor são, reconhecidamente, um novo processo de conhecimento. “Com efeito, opondo os embargos, o devedor provoca, **mediante processo de conhecimento** [sem grifo no original], uma sentença que impeça o processo de execução ou desfaça ou restrinja a eficácia do título executivo.”²⁰⁶

Por mais que os estudiosos se esforcem em demonstrar a natureza jurídica dos embargos como sendo ação, ataque, a verdade é que eles são sim, meio de defesa. É lógico que o devedor é merecedor de defesa. Apenas se quer demonstrar que a sua defesa deve ser proporcional ao ataque que sofre.

Dessarte, se ele já se submeteu a um processo de conhecimento e foi condenado e, se a execução for efetiva apenas com atos materiais, dar a ele um novo processo de conhecimento (embargo do devedor) é o mesmo que municiar uma parte com armas do século XX contra o credor munido de arco e flecha, o desequilíbrio bélico certamente apontará de antemão quem terá condições de oferecer melhores resistências.

Necessário se faz, então, aparelhar a execução a defesas limitadas e necessárias para evitar uma flagrante injustiça. No mais, para que ela realmente seja uma realização de atos materiais tendente a satisfação do credor, é mister que o devedor suporte sem maiores dilações a atuação jurisdicional convergente para tal fim.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, com a autoridade de um processualista preocupado com a instrumentalidade do processo, ensina: “É preciso debelar o *mito dos embargos*, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes.”, concluindo, de forma categórica: “Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.”²⁰⁷

Neste diapasão, o uso dos embargos como único meio necessário para o devedor oferecer defesa à execução, constitui impeço a efetividade do direito. Essa ação deve ser resguardada para casos extremos, sendo capaz de reverter uma situação injusta, mas jamais com o condão de impossibilitar o adimplemento da obrigação, principalmente a reconhecida

²⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol. 3, São Paulo, 1997. p. 400.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo, 1997. p. 451.

num prévio processo de conhecimento que já proporcionou ao devedor todos os meios de defesa possíveis.

Deve essa ação, então, ser utilizada para reverter uma situação já concretizada, como se fosse um tipo especial de ação rescisória. Contudo, aquelas defesas que se apresentam de início evidente, podem e devem ser apresentadas em forma de exceção de pré-executividade, independente de prazo e segurança do juízo.

Por isso, só mediante uma indefessa mudança, que deve passar pela mentalidade dos operadores jurídicos, de um modo geral, até a legislativa, conseguir-se-á uma tutela executiva de acordo com os parâmetros a que foi destinada, ou seja, capaz de realmente realizar o direito declarado no título executivo ou numa medida executiva.

V – PROPOSTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

1. Alterações para agilizar o sistema

Essas alterações, em princípio, podem ser consoantes à legislação existente. Outras, talvez, mais verticalizadas, demandem uma alteração propriamente dita. Reafirmando, as medidas executivas externas ao processo de execução, como as referentes à antecipação de tutela, devem ser executadas independentemente deste, utilizando-o, apenas, como parâmetro operativo.

O artigo 273 receberia as medidas de apoio constantes do parágrafo 5º do artigo 461, dando-lhe, assim, condições do juiz através de ordens, executar as medidas antecipatórias independentemente dos terríveis embargos. Proposição neste sentido contém a

versão final do Anteprojeto de Lei nº 13, que aceitando sugestões da mais abalizada doutrina, prevê essa alteração.²⁰⁸

Com relação ao processo de execução em si, para deixá-lo digno de uma ovação geral, é necessário compreender que ele deve ser, acima de tudo, capaz de transformar, o direito declarado em realidade para a parte, de forma simplificada, rápida. Para tanto, é forçoso vislumbrá-lo como seqüência lógica do processo de conhecimento.

Kazuo Watanabe, citando Pontes de Miranda, adverte que “a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações e que o valor da dicotomia ‘procedimento de cognição, procedimento de execução’, no plano teórico, é quase nenhum, podendo-se tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela.”²⁰⁹

Ainda é sua a conclusão, segundo a qual, “[...]os processos de conhecimento e de execução não podem ser considerados em compartimentos estanques.”²¹⁰ A par dessa realidade, que se procurou vislumbrar por todo o trabalho, e em respeito ao princípio do devido processo legal que deve ser analisado, também, pelo lado do credor, é mister

²⁰⁸ “Art. 273, § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, às normas previstas nos artigos 588, 461 parágrafos 4º e 5º [sem grifo no original] e 461-A” Anteprojeto de Lei nº 13 que complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil.

²⁰⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do cpc). In : TELXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo, 1996. p. 28.

²¹⁰ Idem, ibidem. p. 28.

enfrentar o processo de execução como instrumento hábil a proporcionar efetividade ao direito declarado.

Com razão Luigi Paolo Comoglio assevera que “Si manifesta, cioè, una nuova esigenza di *effettività dei risultati*, attraverso i quali si possibile: - per un verso, realizar nel modo più pieno il diritto azionato dal creditore; - per altro verso, sanzionare con efficacia il comportamento inottemperante del debitore, che non intenda adempiere spontaneamente l’obbligazione a suo carico.”²¹¹

Esse desiderato não será alcançado se a insistência em oferecer ao devedor, que já se submeteu a uma ampla instrução probatória, uma ação de embargos sujeita a um trâmite moroso e ao duplo grau de jurisdição continuar.

Por isso, necessário se faz ir além das reconhecidas ações executivas *lato sensu* e mandamental que, inegavelmente, possuem a auto-executividade que se espera de toda necessidade executiva.

Dessarte, em todas as espécies de execução não se citaria o devedor, mas sim, intimá-lo-ia para cumprir o comando exarado no título sob pena de penhora. E os embargos? Seriam sensivelmente reduzidos a casos especialíssimos. Ficariam reservados à execução dos títulos executivos extrajudiciais, tendo em vista que estes ainda demandam conhecimento. Porém, a execução seria definitiva.

Já, em relação aos títulos executivos judiciais, os embargos seriam totalmente substituídos pela denominada exceção de pré-executividade, consubstanciada na

²¹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi costituzionali e processo di esecuzione. Rivista di Diritto Processuale*. Bologna, 1994. p. 452. No vernáculo: manifesta-se uma nova exigência de efetividade dos resultados, através dos quais seja possível, de um lado, realizar do modo mais pleno o direito do credor e, de outro, sancionar com igual eficácia o comportamento do devedor que não queira adimplir espontaneamente a obrigação a seu cargo.

legalidade conferida ao devedor para impugnar irregularidades na execução, independentemente da oposição da ação de embargos. A pré-executividade caracteriza-se por ser meio de defesa efetuada no próprio processo de execução e não em ação incidental, demandando todos os atos próprios da sua natureza.

Como bem discorre Afranio Silva Jardim, “Não se trata de negar o valor da dogmática, da técnica jurídica, mas sim de bem utilizá-la em favor dos social e economicamente fracos. Na verdade, o sistema jurídico sempre foi partidário. Agora, apenas queremos que ele mude de lado. É preciso afastar o ranço conservador da maioria de nossos juristas.”²¹²

São oportunas essas palavras, vindas de um renomado jurista, livre-docente e membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para robustecer na doutrina a importância de se efetuarem mudanças, inclusive de mentalidade, ainda que, aparentemente, agudas, mas sempre em busca da verdadeira justiça preconizada pelo Estado de Direito.

Marcelo Lima Guerra deixa transparecer uma certa inflexibilidade quando trata do tema: “[...] Na previsão legal, a única via que dispõe para se opor à execução são os embargos até mesmo para argüir vícios que afetam a regular admissibilidade da própria execução. A situação é tanto pior para o executado, porque, como se sabe, a sujeição aos atos executivos, através da “segurança do juízo”, é requisito de *admissibilidade* dos embargos do devedor.”²¹³

²¹² JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro, 1995. p. XIII.

²¹³ GUERRA, Marcelo Lima. **op. cit.** p. 148.

Contudo, a fuga aos embargos e a preferência pela exceção de pré-executividade não demanda reforma legislativa, como à primeira vista possa parecer. O artigo 618 é a válvula de escape para o que se quer implementar. Basta, então, interpretá-lo coerentemente, ampliando-o para dar oportunidade ao devedor de alegar também as matérias constantes no artigo 741 independentemente de embargos.

Mais uma vez é oportuno lembrar a lição de Cândido Rangel Dinamarco citado na nota de rodapé número 196: “Dos fundamentos dos embargos, muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.”

A situação sedimenta-se sem maiores dificuldades. Uma análise singela, perfunctória, basta para concluir que o artigo 618 se assemelha em tudo com o artigo 741 do CPC, permitindo, com isso, uma execução eficaz tanto pelo lado do credor como do devedor.

A situação agrada a gregos e troianos. Ao credor porque fugirá, com total merecimento, a mais uma ação de conhecimento e ao devedor porque poderá enfrentar a execução sem a necessidade de segurar o juízo.

Com toda certeza, não é necessário uma ação de embargos do devedor para, por exemplo, acusar uma execução de indevida tendo em vista a prescrição executiva do título, falta ou nulidade de citação, falta de liquidez, certeza ou exigibilidade, excesso de execução etc. Pela mesma razão, não será, igualmente, preciso movimentar o Judiciário via tribunal para confirmar essas alegações.

Acredita-se que ninguém possa duvidar que o juiz de primeira instância não seja capaz de, sozinho, decidir acerca dessas questões. Entendimento contrário é reduzir o juízo monocrático a simples parecerista, emissor de opiniões. É chegada a hora de munir as

decisões de primeiro grau de maior operatividade, para que essas possam realmente ser úteis a parte que tanto necessita.

Dizer que esse entendimento não pode prosperar porque ofende o princípio do duplo grau de jurisdição é um equívoco que não pode receber relevância. É imperativo compreender que nos casos dos títulos executivos judiciais, o devedor teve oportunidade de discutir amplamente toda a matéria de defesa, inclusive com chances de invocar a prestação jurisdicional em nível de 2º grau.

Transitado em julgado a sentença ou o acórdão, a execução é uma consequência lógica do que se acabou de decidir. Daí porque, a desnecessidade de novamente chamar o tribunal. Além do que, duplo grau não pode significar múltiplos graus, sob pena de total distanciamento da efetividade processual.²¹⁴

Os embargos ficariam, então, reservados para a execução de títulos executivos extrajudiciais, sendo que, em ambos, a execução deve ser definitiva, respondendo o credor objetivamente pelos possíveis danos que possa vir a causar ao devedor, caso utilize do expediente processual inadequadamente.

VI - CONCLUSÕES

O Estado, acertadamente, proibiu aos particulares a realização do direito pelas próprias mãos, chamando para si a responsabilidade de aplicá-lo de forma soberana. A

²¹⁴ A pretensa inconstitucionalidade que alguns insistem afirmar existente nas decisões irrecuráveis não prospera pela simples, mas decisiva razão de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é constitucional. Dizer que o constituinte o previu de forma implícita, ao elencar os tribunais, é desconhecer a própria Lei Fundamental, haja vista que ela disciplina competência que é originária dos tribunais, sem, portanto, alusão ao duplo grau.

partir daí, começou a regradar a vida dos particulares, buscando meios para uma melhor administração da justiça.

Esta, como não poderia deixar de ser, passou por várias fases, na busca de acompanhar os anseios da sociedade. Houve, então, como consequência, uma sensível evolução da justiça pela procura do poder público em atender satisfatoriamente às demandas sociais.

Este estágio evolutivo foi bem acentuado, tanto que aquele caos em que se apresentava a justiça, chegando ao ponto de se permitir a total submissão do devedor ao credor, inclusive no que diz respeito à liberdade e à própria vida, não mais existe, sendo vedada, por norma constitucional e infraconstitucional, qualquer medida vexatória, até mesmo ao mais renitente devedor.

Porém, esta humanização da execução, se bem que estritamente necessária, passou a conviver com outro aspecto: o devedor, ficando desembargado da responsabilidade pessoal, passou a ser um resistente devedor, usando de meios ilegais e imorais para manter-se inadimplente e enriquecer à custa alheia, tornando ineficaz a prestação jurisdicional.

A exceção, contrariando a fisiologia do direito, passou a ser o cumprimento da obrigação e a regra, o descumprimento. Isto ocorre, principalmente com aqueles devedores que podem arcar com os honorários de um bom advogado porque estes, conhecedores dos meandros da lei, orientam os mesmos para o não cumprimento da obrigação, servindo-se, principalmente, da morosidade do Judiciário e dos excessivos recursos e formalismos exagerados existentes na legislação.

Mais uma vez, o legislador tem de buscar meios capazes de solucionar ou, pelo menos, estreitar a distância entre o não permitir uma total submissão do devedor e conseguir dar ao credor a efetiva guarida ao seu direito de crédito.

Nesta tentativa de fornecer uma efetiva prestação jurisdicional, reside toda a sorte da reforma processual. Agora, uma coisa é incontestável: houve o avanço, mas será que foi ou é suficiente?

Infelizmente, conclui-se pela negativa. A simples elaboração de leis não é suficiente para dar aos jurisdicionados um campo fértil para uma boa aplicação do Direito, pois só uma somatória de fatores conseguirá alcançar um ponto próximo do ideal.

Desde a antigüidade é inquirido sobre o que seria melhor: leis justas aplicadas por homens injustos ou, leis ainda que injustas, aplicadas por homens justos. Evidentemente, o ideal é ter leis justas e homens justos. Porém, na impossibilidade, o bom senso e a coerência levam a optar por homens justos, capazes de lapidarem a lei injusta.

Toda a elaboração legislativa, envolvendo o processo civil a partir de 1992, em todos os pontos, foi positiva. Buscou-se uma maior rapidez, conjugada com efetividade. Mas, infelizmente, a prática não acompanhou toda a pretensão dos processualistas. Ainda existe um receio por parte dos profissionais do direito, de um modo geral, na utilização desses novos institutos.

Os juízes são, em sua maioria, omissos, ignorando os pedidos lastreados nestas reformas, preferindo agir à moda antiga. Os professores lecionam a teoria, mas alegam que na prática tudo é diferente. Os advogados não recebem apoio, tais como: cursos especializados, bibliotecas bem aparelhadas que, somados à falta de interesse, levam a um esvaziamento da reforma.

É comum, por exemplo, deparar-se com profissionais que desconhecem as inovações trazidas pelas reformas que, aliás, já não devem ser consideradas novidades. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso,²¹⁵ por votação unânime, negou a tutela antecipatória, antes da ouvida do réu, sobre o pobre pretexto de que se tratava de instituto novo e seria melhor aguardar uma sedimentação por parte da doutrina a respeito do assunto.

Essa timidez deve ser combatida. Como? Polindo as pessoas envolvidas na administração da justiça de uma forma geral: advogados, juízes, promotores públicos, oficiais de justiça, escreventes e, principalmente, os docentes que são diretamente responsáveis pela formação de todos eles. Não há como fugir! Todos os aspectos do inaccessível à justiça e sua correspondente ineficácia, estão ligados a um maior ou menor grau de educação do povo.

As pessoas que atuam no mundo jurídico devem buscar uma justiça efetiva e, para isso, não basta a simples elaboração de leis. Por isso é que se disse que para ter juristas capazes de adequar uma situação fática à legislação existente de forma justa, é mister um ensinamento desde os bancos escolares que não se restrinja ao vetusto dogmatismo.

Não é momento para uma crítica mais acirrada sobre o ensino dogmático, mas parece evidente que as faculdades de Direito não podem formar “robôs” capazes apenas de repetir a legislação codificada, sem discernimento do meio em que vão atuar, ainda mais sabendo como são elaboradas e com quais propósitos a maioria de nossas leis.

Os juízes não podem restringir-se à simples aplicação da lei, pois esta pode ser injusta e, como tal, deve ser rechaçada. Para isso, reside um preceito moral e,

²¹⁵ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça – 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 6.380. Relator: Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho. 12 ago. 1996.

também, legal, uma vez que o artigo 5º da LICC prescreve: “**na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum** [sem grifo no original].”

Porquanto, a mini-reforma pela qual passou o CPC é uma excelente oportunidade para se buscar uma real aplicação do direito. Procurou-se, de uma forma geral, munir os juízes de poderes capazes de oferecer ao postulante uma merecida atenção por parte do Estado-juiz. São exemplos, a antecipação da tutela dos artigos 273 e 461, ação monitória e, principalmente, vozes levantando acerca da melhor executoriedade, tanto das medidas executivas como do processo de execução em si.

Passo importantíssimo foi dado, espera-se que a aplicação destes remédios jurídicos seja compatível com a abrangência da sua elaboração. Neste sentido, é o magistério de Kazuo Watanabe: “É de fundamental importância a *mudança de mentalidade* que seja capaz de reverter as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as conseqüências possíveis para a modernização do nosso processo civil.”²¹⁶ Nessa esteira deve estar, também, a tutela executiva, pois, sem ela, de nada adianta a declaração do direito.

Fica a esperança de que outras reformas venham cunhadas do mesmo espírito, procurando resolver conflitos sociais da mais extrema necessidade, como a questão da sonhada reforma agrária, responsável por conflitos de massa que o direito ainda não sabe como lidar.

²¹⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do cpc). In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo, 1996. p. 48.

Pois, o despejo de uma família, apesar de ultrajante, ainda é pouco frente a uma decisão judicial que manda a polícia retirar, debaixo de vara, centenas de famílias constituídas de crianças, velhos, doentes, mulheres grávidas e jogá-los ao relento, sem qualquer amparo por parte do Estado.

Justamente ele que se comprometeu, na Lei Maior, lutar para construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, tendo como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Ora, se esses fundamentos e objetivos encartados na Constituição caírem na utopia, o sonho do professor Sérgio Bermudes, consistente em ter “um só direito, num mundo único, convertido na pátria sem fronteira do homem, finalmente digno da imagem e da semelhança de Deus”,²¹⁷ será, para o total desespero, impossível.

Finalmente, é preciso que se diga que a efetividade do Direito depende da efetividade do processo e essa, da efetividade da tutela executiva. Mas, desde que essa efetividade executiva esteja ao alcance de todos. E, por fim, essa efetividade executiva só será alcançada com simplicidade procedimental, com capacidade de pronto atendimento ao direito declarado.

²¹⁷ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, 1996. p. 205.

Afinal, é “Esta a missão que nos cabe: criar um novo processo e com ele uma nova “Justiça”, para responder aos desafios de um novo tempo. Para isso, além de esforços, talento e uma nova mentalidade, precisamos acreditar e ter esperança.”²¹⁸

²¹⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In : _____ (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 92.

ANEXO**LEI – DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832**

Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acêrca da administração da Justiça Civil.

TÍTULO ÚNICO**DISPOSIÇÃO PROVISÓRIA ACÊRCA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CIVIL**

Art. 1º. Pode intentar-se a conciliação perante qualquer juiz de paz onde o réu fôr encontrado, ainda que não seja a freguesia de seu domicílio.

Art. 2º. Quando o réu estiver ausente em parte incerta poderá ser chamado por éditos para à conciliação, como é prescrito para as citações em geral.

Art. 3º. Se o autor quiser chamar o réu à conciliação fora de seu domicílio, no caso do artigo 1º, será admitido a nomear procurador com podêres especiais, declaradamente para a questão iniciada na procuração.

Art. 4º. Nos casos de revelia à citação de juiz de paz se haverão as partes por não conciliadas, e o réu será condenado nas custas.

Art. 5º. Nos casos que não sofrem demora, como nos arrestos, embargos de obra nova, remoção de tutores e curadores suspeitos; a conciliação se poderá fazer posteriormente à providência, que deva ter lugar.

Art. 6º. Nas causas em que as partes não podem transigir, como procuradores públicos, tutores testamentários, nas causas arbitrais, inventários e execuções, nas de simples ofício do juiz e nas de responsabilidade, não haverá conciliação.

Art. 7º. Nos casos de se não conciliarem as partes, fará o escrivão uma simples declaração no requerimento para constar no Juízo contencioso, lançando-se no protocolo, para se darem as certidões, quando sejam exigidas. Poderão logo ser as partes aí citadas para Juízo competente que será designado, assim como audiência do comparecimento e o escrivão dará prontamente as certidões.

Art. 8º. Os juizes municipais ficam autorizados para prepararem e processarem todos os feitos, até sentença final exclusive, e para a execução da sentença.

Art. 9º. Os juizes de direito poderão mandar reperguntar as testemunhas em sua presença e proceder a outra qualquer diligência, que entenderem necessária, e julgarão a final.

Art. 10. Ficam abolidos os juramentos de calúnia, que se dão no princípio das causas ordinárias e nas sumárias, ou no curso delas, a requerimento das partes assim como a fiança às custas, ficando o autor vencido obrigado a pagá-las da cadeia quando o não faça vinte e quatro horas depois de requerido por elas.

Art. 11. As testemunhas serão publicamente inquiridas pelas próprias partes que as produzirem ou por seus advogados, ou procuradores e pelas partes contrárias,

seus advogados, ou procuradores, na forma dos arts. 262 e 264 do Código de Processo Criminal.

Art. 12. Os escrivães, que servem perante os juízes municipais e de direito no Fôro Criminal, escreverão em todos os atos, que por esta disposição lhe ficam pertencendo acêrca dos processos, e execuções das sentenças civis, regulando-se pelos Regimentos dos escrivães do cível e das execuções.

Art. 13. Nas grandes povoações onde a administração da Justiça Civil puderam ocupar um ou mais magistrados, haverá um ou mais juízes do civil, a quem fica competindo tôda a jurisdição civil com exclusão dos juízes municipais, cuja jurisdição nessa parte fica cessando. A designação do distrito dêstes juízes será feita do mesmo modo que a jurisdição em comarcas.

Art. 14. Ficam revogadas as leis que permitiam às parte réplicas e tréplicas em embargos antes da sentença final, exceto aquêles que nas causas sumárias servem de contestação da ação. Os agravos de petição e instrumentos ficam reduzidos a agravos do auto do processo: dêles conhece o juiz de direito, sendo interpostos do juiz municipal e a Relação sendo do juiz de direito.

Art. 15. Tôda a provocação interposta da sentença definitiva, ou que tem fôrça de definitiva, do juiz inferior para superior a fim de reparar-se a injustiça, será de apelação, extintas para êsse fim as distinções entre juízes de maior ou menor graduação.

Esta interposição pode ser na audiência ou por despacho do juiz e têrmo nos autos, como convier ao apelante, intimada à outra parte, ou ao seu procurador.

Art. 16. As sentenças que extraírem do processo não conterão mais do que o pedido, a contestação ou o articulado das partes, e a sentença com os documentos a que êle se refere.

Art. 17. Não se julgarão nulas por falta de conciliação as causas intentadas antes da existência dos juizes de paz.

Art. 18. Ficam suprimida a jurisdição ordinária dos corregedores do cível, e crime, e ouvidores do cível, e crime das Relações, compreendendo esta supressão a jurisdição de todos os magistrados, que julgam em Relações tanto em primeira instância, como em uma única com adjuntos. Os processos de responsabilidades e os de apelações em tôdas as Relações regular-se-ão pelas duas espécies de processos que têm lugar no Supremo Tribunal de Justiça, e sempre em sessão pública.

Art. 19. Das sentenças proferidas nas Relações do Império não haverá mais agravos ordinários de umas para outras Relações, e só se admitirá revistas nos casos em que as leis a permitem.

Art. 20. Haverá tantos juizes dos órfãos, quantos forem os juizes municipais e nomeados pela mesma maneira. A jurisdição contenciosa dêstes juizes fica limitada às causas que nascem dos inventários, partilhas, contas de tutôres, habilitações de herdeiros do ausente, e dependências dessas mesmas causas.

Art. 21. O Govêrno na organização da nova forma de serviço que, em virtude do Código Criminal e desta disposição deverá executar-se, poderá empregar em lugares de juizes de direito, tanto no crime como no cível, os desembargadores existentes mais modernos, que o requererem e não forem necessários à dita nova forma de serviço das

Relações; os quais reverterão para elas, quando lhes tocar por suas antigüidades, que lhe é conservada.

Art. 22. Fica extinta a diferença entre desembargadores agravistas e extravagantes e todos igualados em serviço. Igualmente ficam extintos os lugares de chanceler em tôdas as Relações, e estas presididas por um dos três desembargadores mais antigos, nomeado trienalmente pelo Govêrno; e para êste presidente passarão à exceção das glosas, que estão extintas, as atribuições dos anteriores chanceleres.

Art. 23. O mesmo Govêrno na Côrte e os presidentes em Conselhos nas Províncias lhes arbitrarão ordenados razoáveis e acomodados às circunstâncias do tempo e lugar em que servem; ficando dependentes da aprovação do Corpo Legislativo.

Art. 24. Os autos pendentes passarão para o Cartório do Juízo, a que competir a continuação do conhecimento dêles; e os findos dos Cartórios extintos passarão para os Juizes municipais.

Art. 25. Ficam abolidos os inquiridores.

Art. 26. Fica revogado o alvará de vinte e três de abril de mil setecentos e vinte e três, na parte que impõe a pena de nulidade aos processos, escrituras e mais papéis por falta de distribuição.

Art. 27. Ficam revogadas tôdas as leis, alvarás, decretos e mais disposições em contrário.

Manda portanto a tôdas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir, e guardar tão inteiramente como nela se contém. O Secretário de Estado dos Negócios da Justiça a faça imprimir,

publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro aos vinte e nove dias do mês de novembro de mil oitocentos e trinta e dois, undécimo da Independência e do Império.

Francisco de Lima e Silva

José da Costa Carvalho

João Bráulio Moniz

Honório Hermeto Carneiro Leão

BIBLIOGRAFIA

- ABDALA, Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In : RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)**. São Paulo : Acadêmica, 1995. pp. 59-66.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. In : **OAB Ensino Jurídico** : Novas Diretrizes Curriculares. Brasília : Conselho Federal da OAB, 1996. pp. 129-142.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil : parte geral**. 6. ed. rev. e atual., v. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Manual de direito processual civil : processo de conhecimento**. 6. ed. rev. e atual., v. 2, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Cabe citação com hora certa em execução? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 584, ano 73, jun. 1984. pp. 284-287.
- ASSIS, Araken de. **Execução civil nos juizados especiais**. 2. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Manual do processo de execução**. 3. ed. rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

- _____. Teoria geral do processo de execução. In : WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. pp. 17-45.
- ASSIS, Araken de; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (orgs.). **O processo de execução : estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo : Atena, 1960.
- AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2. ed., v. II, Rio de Janeiro : Delta, 1964.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.
- _____. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- BANDEIRA, Manuel. **Itinerário de pasárgada**. Rio de Janeiro : São José, 1957.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Salvador : Progresso, 1951.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo : influência do direito material sobre o processo**. 2. ed., São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

BERMUDES, Sergio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 1996.

_____. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. rev., Rio de Janeiro : Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro : Campus, 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade** : para uma teoria geral da política. 4. ed., trad. por Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1995.

_____. **O positivismo jurídico** : lições de filosofia do direito. trad. e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo : Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed., trad. por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília : Universidade de Brasília, 1996.

BORJA, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**. México : Fondo de Cultura Económica, [s/d].

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do código de processo civil (lei nº 5.869, de 11-1-1973). In : **Código de Processo Civil**. 29. ed., São Paulo : Saraiva, 1999. pp. 1-18.

_____. Exposição de motivos do projeto do código de processo civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro : Companhia Editora Forense, v. 246, ano 70, abr.-maio-jun. 1974. pp. 7-18.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. I, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. trad. por Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Napoli : Morano Editore, 1958.

_____. **Instituciones del processo civil.** traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo, vol. I, Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

CARVALHO, Amílton Bueno de. Direito alternativo e processo. In : RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista).** São Paulo : Acadêmica, 1995. pp. 9-17.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada** : na teoria geral do processo. vol. I, São Paulo : LTr, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** : os conceitos fundamentais – a doutrina das ações. 2. ed., trad. por J. Guimarães Menegale, vol. I, São Paulo : Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de direito processual civil** : a relação processual ordinária de cognição – as relações processuais. 2. ed., trad. por J. Guimarães Menegale, vol. II, São Paulo : Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de direito processual civil** : a relação processual ordinária de cognição (continuação). 2. ed., trad. por J. Guimarães Menegale, vol. III, São Paulo : Saraiva, 1965.

CÓDIGO CIVIL. 50. ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 29. ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 39. ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed., São Paulo : Max Limonad, 1996.
- COELHO, Luiz Fernando. **Uma teoria crítica do direito**. Curitiba : Bonijuris, 1993
(mimeo).
- COHN, Gabriel (org.). **Max Weber**. 4. ed., São Paulo : Ática, 1989.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Principi costituzionali e processo di esecuzione**. **Rivista di Diritto Processuale**. Bologna : Casa Editrice Dott. Antonio Milani, v. 2, Anno XLIX, Aprile-Giugno 1994.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 21. ed. atual. e ampl., São Paulo : Saraiva, 1999.
- COSTA JÚNIOR, Paulo J. da. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, maio de 1992, cad. 2.
- COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed., trad. por Mozart Victor Russomano, Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitória** : lei 9.079, de 14.7.1995. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. **Tempo e processo** : uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba : Juruá, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo : Saraiva, 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo : Dialética, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed., trad. por Hermínio A. Carvalho, São Paulo : Martins Fontes, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros, 1994.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Malheiros, 1996.

_____. **Execução civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1997.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.

DOTTI, René Ariel. A justiça e a linguagem cifrada. **Folha de Londrina**, Londrina, 28 de abril de 1997, cad. 1. p. 4.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Curso básico de direito processual civil : processo de execução e processo cautelar**. 1. ed., vol. 3, São Paulo : Nelpa Edições, 1994.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia**. 5. ed., trad. por Laura Natal Rodrigues, São Paulo : Ática, 1990.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica : implicações e perspectivas**. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo : Malheiros, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aument., 16. impressão, Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1998.

FRIEDE, Roy Reis. **Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995.

_____. **O direito como ciência**. JUSTITIA - Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo : Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, v. 176, ano 58, out./dez. 1996. pp. 92-98.

GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes : o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição**. 10. reimpressão, trad. por Maria Betânia Amoroso, São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Barcelona : Editorial Labor, S. A., 1936.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Processo Civil : processo de execução e cautelar**. São Paulo : Saraiva, 1998 (sinopse).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coors.). **Participação e processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória**. São Paulo : Saraiva, 1996.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. atual., vol. 3, São Paulo : Saraiva, 1997.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada** : controle de admissibilidade. 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Breves notas sobre os modos de solução dos conflitos. **Revista de Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 42, ano XI, abr./jun. 1986. pp. 271-278.

IHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. 2. ed., Salvador : Progresso, 1956.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. 5. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 3. ed., trad. por Walter Stöner, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros estudos sobre a coisa julgada**. 3. ed., trad. por Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro : Forense, 1984.

_____. **Embargos do executado** : oposições de mérito no processo de execução. 2. ed., trad. por J. Guimarães Menegale, São Paulo : Saraiva, 1952.

_____. **Processo de execução**. São Paulo : Saraiva, 1946.

LYRA, Doreodó Araujo (org.). **Desordem e processo** : estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.

LYRA, Roberto. **Guia do ensino e do estudo de direito penal**. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1956.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., São Paulo : Oliveira Mendes, 1998.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. trad. por De Lívio Xavier, 2. ed., São Paulo : Abril Cultural, 1979.

MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo : Malheiros, 1998.

_____. **Procedimentos especiais**. 7. ed., 2. tiragem, São Paulo : Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1997.

_____. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo : Malheiros, 1995.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. **Direito e neoliberalismo** : elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba : EDIBEJ, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 1966.

_____. **O direito processual em São Paulo**. São Paulo : Saraiva, 1977.

MICHAELIS. **Pequeno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo : Companhia Melhoramentos, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed., trad. por Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo : Abril Cultural, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A estrutura do novo código de processo civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro : Companhia Editora Forense, v. 246, ano 70, abr.-maio-jun. 1974. pp. 34-42.

_____. **Temas de direito processual** : sexta série. São Paulo : Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo civil**. 6. ed. atual. e aument., São Paulo : Saraiva, 1995.

OLIVEIRA NETO, Olavo. **Admissibilidade e mérito no processo de execução**. No prelo.

_____. **Conexão por prejudicialidade**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1997.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. trad. por Heitor Cavalcanti Poppe, São Paulo : Editora Globo, [s/d].

_____. 1984. 8. ed., trad. por Wilson Velloso, São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1975.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania tutelada*. In : TUBENCHALAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (coors). **Livro de Estudos Jurídicos**. 1. ed., vol. VII, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. pp. 91-119.

_____. *Democracia, participação e processo*. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coors.). **Participação e processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. pp. 83-97.

_____. **Direito, poder, justiça e processo** : julgando os que nos julgam. 1. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1999.

_____. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado** : arts. 566 a 889. 5. ed. rev. e atual., vol. III, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

PEREIRA FILHO, Benedito. *Embargos do devedor. Ausência de impugnação especificada*.

GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba : Genesis, v. 4, ano II, jan./abr. 1997. pp. 173-183.

_____. *O necessário reconhecimento da união estável*. **Jornal da Fundação**. Marília, n. 12, ano III, maio 1997. p. 2.

PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. trad. por Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos, Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1995.

REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. rev. e aum., São Paulo : Saraiva, 1977.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. anot., corrig. e atual., vol. I, São Paulo : Saraiva, 1968.

RODRIGUES, Aroldo. **Psicologia social**. 16. ed., Petrópolis : Vozes, 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições aternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)**. São Paulo : Acadêmica, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil : parte geral das obrigações**. 22. ed. atual., vol. 2, São Paulo : Saraiva, 1994.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito : o fenômeno jurídico como fato social**. 9. ed., Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade**. 2. ed., São Paulo : Cortez, 1996.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código de processo civil interpretado : arts. 263 a 353**. 6. ed., vol. IV, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual., vol. 1, São Paulo : Saraiva, 1998.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual., vol. 2, São Paulo : Saraiva, 1999.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual., vol. 3, São Paulo : Saraiva, 1997.

SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. pp. 243-278.

SILVA, José Milton da. **Dos recursos no direito processual civil**. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1991.

_____. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil : processo de conhecimento**. 4. ed. rev. e atual., vol. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de processo civil : execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 3. ed. rev. e atual., vol. 2, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Democracia moderna e processo civil. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coors.). **Participação e processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. pp. 98-113.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Sentença e coisa julgada**. 3. ed. rev. e aument., Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.

SOUZA, Gerson Amaro de. Mérito no processo de execução. In : WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. pp. 255-267.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta” (garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba : Genesis, v. 8, ano III, abr./jun. 1998. pp. 248-264.

_____. **Tutela monitória** : a ação monitória – Lei 9.079/95. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In : _____ (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996. pp. 885-906.

_____. **Código de processo civil anotado**. 6. ed. atual. com as leis da “Reforma”, São Paulo : Saraiva, 1996.

_____. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In : _____ (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. pp. 79-92.

_____. (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As inovações no código de processo civil**. 6. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996.

_____. As inovações no código de processo civil, em matéria de execução forçada e procedimentos especiais. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996. pp. 791-808.

_____. **Código de processo civil anotado**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

_____. **Processo de execução**. 17. ed., São Paulo : Leud, 1994.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. **Normas para apresentação de trabalhos** : teses, dissertações e trabalhos acadêmicos. 5. ed., vol. 2, Curitiba : UFPR, 1995.

- _____. **Normas para apresentação de trabalhos : relatórios.** 6. ed., vol. 3, Curitiba : UFPR, 1996.
- _____. **Normas para apresentação de trabalhos : referências bibliográficas.** 5. ed., vol. 6, Curitiba : UFPR, 1995.
- _____. **Normas para apresentação de trabalhos : citações e notas de rodapé.** 5. ed., vol. 7, Curitiba : UFPR, 1995.
- _____. **Normas para apresentação de trabalhos : estilo e orientação para datilografia e digitação.** 6. ed., vol. 8, Curitiba : UFPR, 1996.
- VASSOURAS, Vera Lúcia Conceição. **O mito da igualdade jurídica no Brasil : notas críticas sobre igualdade formal.** São Paulo : V.L.C. Vassouras, 1994.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo de execução e assuntos afins.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo : Saraiva, 1993. pp. 185-196.
- _____. **Jornal O Estado de São Paulo.** São Paulo, 6 de dezembro de 1984. p. 40.
- _____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do cpc). In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil.** São Paulo : Saraiva, 1996. pp. 19-51.