

A NOVA EXECUÇÃO CIVIL: O QUE FALTA MUDAR

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Radiografia de uma falência. 3. As alterações promovidas pelas Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06. 4. Desdobramentos necessários da nova sistemática. 4.1. A importância da questão hermenêutica e o fortalecimento do princípio da efetividade da execução. 4.2. O princípio da efetividade da execução e os meios executivos. 4.3. O princípio da efetividade da execução e as impenhorabilidades. 4.4. O princípio da efetividade da execução e o princípio da boa-fé. 4.5. O princípio da efetividade da execução, o princípio da instrumentalidade e o setor procedimental. 5. Palavras finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Demorou, mas chegou. Demorou, para o programa reformador do processo civil brasileiro, iniciado efetivamente em 1994, alcançar as execuções relativas às obrigações de pagar. Mas finalmente tais execuções, na prática numerosíssimas, experimentaram o sopro da mudança, com a edição das Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06¹. Já não era sem tempo.

De fato, seria muito difícil apontar outro território processual, entre nós, que apresentasse índices tão alarmantes de falta de efetividade. Palco de impressio-

* Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ.

1. A Lei nº 11.232/05 estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Já a Lei 11.382/06 reformulou o Livro II do Código de Processo Civil, agora reservado às execuções fundadas em título extrajudicial, sem prejuízo da aplicação subsidiária ao cumprimento da sentença, "no que couber", das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial (art. 475-R do CPC).

nantes “fracassos” e “amargas experiências”, no dizer incisivo de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO², a execução forçada das obrigações de pagar transformou-se no grande “calcanhar de Aquiles”³ do processo civil brasileiro, nela predominando o sistemático favorecimento do devedor e a larga tolerância em relação a manobras protelatórias e desleais. Aliás, outros personagens da mitologia e da história poderiam ser invocados na descrição do descabro. Ter êxito em uma execução de pagar, aqui, tornou-se autêntico trabalho de Hércules, sendo corriqueira, para milhares e milhares de exequentes, a sina melancólica de uma vitória de Pirro. Ou melhor, Pirro talvez não seja adequado evocar. Afinal, a célebre vitória do Rei Pirro contra os romanos, apesar das baixas excessivas, não deixou de ser uma vitória, artigo raro no reino das nossas execuções...

Especialmente chocante era a falta de efetividade das execuções lastreadas em título judicial, um título “desmoralizado” no Brasil⁴. Depois de uma longa caminhada pelas veredas da cognição (mais longa ainda se envolvesse a necessidade de liquidação da sentença), o titular de um direito já certificado era submetido a uma jornada processual ainda mais crucial⁵. Sobre os exequentes pobres não tinham fôlego para chegar ao fim dessa jornada, submetendo-se muitas vezes a acordos altamente desfavoráveis, verdadeiras extorsões. De nada valia, então, reformar e melhorar o procedimento cognitivo, porque tudo se perdia na hora da execução. Pode-se dizer até que uma certa esquizofrenia tomou conta do nosso processo civil: o lema da efetividade, ao mesmo tempo em que

-
2. Candido Dinamarco, *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*, Nova Era do Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 295. Uma das “amargas experiências” referidas, de resto algo vivenciado cotidianamente pelos operadores jurídicos brasileiros, veio do exercício profissional de Dinamarco e merece reprodução, a título ilustrativo (mesma obra, pp. 295-296): “Depois de um árduo processo de conhecimento, em que o devedor fora condenado a pagar vultosa quantia, deparou o credor com grande dificuldade para encontrar bens penhoráveis no patrimônio do devedor. Descobriu finalmente que este guardava boa soma em dólares americanos em um cofre-forte bancário. Pediu o arrombamento do cofre, a ser feito com todas as cautelas destinadas à idoneidade do ato, responsabilizando-se pelas despesas do arrombamento. O juiz da causa, a quem certamente não importavam os resultados do seu exercício jurisdicional, despachou simplesmente: ‘diga a parte contrária’. É fácil imaginar onde foram parar os dólares! E o credor, vencido por essa atitude burocrática do juiz, viu-se obrigado a renunciar a grande parte de seu crédito, aceitando um acordo pelo qual veio a receber somente quarenta por cento deste.”
 3. Expressão usada por Athos Gusmão Carneiro (Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar, *Revista de Processo*, n. 123, maio 2005, p. 116).
 4. Petrónio Calmon, Sentença e títulos executivos judiciais, in *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 103.
 5. Escreve a propósito, com bastante verve, Athos Gusmão Carneiro (Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei no 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não?, in *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 16): “[...] Os tempos correm, a apelação do réu é por fim rejeitada, recursos de natureza extraordinária são intentados e repelidos, e certo dia — *mirabile dictu* — o paciente autor recebe a grata notícia: a sentença a ele favorável havia transitado em julgado. Alvíssaras, pensou o demandante. Pensou mal. Para receber o ‘bem da vida’, cumpria fosse proposto um ‘segundo processo’ [...]”

influenciava bastante os eventos cognitivos, restava ignorado justamente no momento culminante do processo, a execução forçada.

No presente texto, pretendemos discutir em primeiro lugar, com a necessária concisão, as causas da falência das nossas execuções de pagar. Depois, apontaremos as alterações mais significativas trazidas pelas Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06. À vista daquelas causas e destas alterações, estaremos prontos para defender, na parte principal do trabalho, algumas aplicações da nova sistemática, aplicações que reputamos relevantes ao propósito de imprimir maior efetividade às execuções de pagar. Ou seja, tencionamos falar, de maneira obviamente não exaustiva, do passado, do presente e do futuro dessas execuções. Para o futuro, foco primordial das nossas reflexões, uma coisa é certa: ele só será mais luminoso se à reforma legislativa corresponder uma autêntica alteração de mentalidade daqueles que trabalham no sistema, postulando e decidindo⁶.

2. RADIOGRAFIA DE UMA FALÊNCIA

Por que chegamos, no campo das execuções de pagar, a uma situação absolutamente ruinosa? Várias e complexas são as causas. Não é uma autópsia fácil de realizar. Aqui, dadas as limitações naturais do artigo (e do autor), resta impossível aprofundar a discussão. De qualquer forma, algumas causas da “falência” podem ser sugeridas, arqueologia que se afigura útil para quem deseja evitar os mesmos erros.

De início, deve ser considerado que em lugar algum executar constitui tarefa tranqüila. “Falar é fácil, fazer é que são elas”, consiste em dito popular apoiado no bom senso e com amplas aplicações. Tome-se por exemplo a teoria dos direitos fundamentais. Não por acaso, nunca foi simples a efetividade dos direitos prestacionais, tantas vezes sujeita à “reserva do possível”. No plano das atividades processuais não é diferente. Declarar um direito costuma ser bem menos problemático do que realizar coativamente esse direito. Não bastasse, entre a silogística declaração e a chã realização, a primeira sempre foi vista como atividade bem mais nobre do ponto de vista intelectual, o que aumentou ainda mais as resistências contra a atividade executória. Aqui e alhures, forjou-se mentalidade processual francamente simpática à cognição, em detrimento da função executiva. A função precípua da jurisdição seria exatamente a indicada pela sua literalidade etimológica: dizer o direito, não necessariamente efetivar esse mesmo direito. Eloqüentes, a respeito, são as palavras de ROGER PERROT sobre essa

6. A respeito da necessidade de uma nova mentalidade — pautada no marco teórico-dogmático da moderna teoria dos direitos fundamentais — para o enfrentamento dos problemas da tutela executiva, confira-se Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, especialmente pp. 80-81, valendo aduzir que essa obra primorosa de Lima Guerra ilumina várias passagens do nosso trabalho.

mentalidade que durante muito tempo predominou — e até hoje subsiste — nos meios processuais: “O jurista, e o processualista em particular, pensou por longo tempo que sua tarefa se encerrasse com a prolação da sentença, considerada como a meta final de suas reflexões doutrinárias. Dito o direito, a execução efetiva da decisão judicial parecia-lhe coisa secundária, pertinente a outro mundo: o do *imperium*, estranho à ciência processual e confiado já não ao Judiciário, senão aos agentes da força pública. Tanto isso é verdade, aliás, que com grande freqüência o advogado, uma vez proferido o julgamento, fechava serenamente sua pasta, sem preocupar-se com o resto. Tal visão era duplamente nefasta: para o credor, como é óbvio, mas também para a credibilidade da Justiça em geral”⁷.

Ou seja, causas “naturais” e fatores não privativos da realidade nacional contribuíram para o desmazelo da nossa execução. Sem embargo, maior parece ter sido a contribuição dos fatores nativos. A começar pelas deficiências do modelo de execução implantado pelo Código de Processo Civil de 1973, o “Código Buzaid”.

Fiel a tradições romanistas, o Código de 1973 reservou um processo autônomo para a atividade executiva, mesmo quando o título consistisse em sentença. Para cada atividade tínhamos um processo distinto, eis o modelo do “Código Buzaid” na sua versão original (hoje completamente reformulada). Era um modelo que tinha lá a sua lógica. Mas era uma lógica presa a aspectos conceituais, presa ao império da segurança, presa ainda ao “processo civil do réu”, a quem eram dadas chances excessivas para defender-se — e brechas generosas para evadir-se das obrigações eventualmente impostas. Nem é preciso dizer que essa lógica, justificável sob o prisma dos conceitos e da segurança, mostrava-se nefasta diante de outros crivos. Especialmente sob a ótica do “consumidor” dos serviços judiciários, tão enaltecida por MAURO CAPPELETTI, tratava-se de uma estrutura incompreensível e artificial, que acabava se traduzindo em gravames desnecessários para o detentor de uma sentença favorável⁸. Como bem ressaltado por PETRÔNIO CALMON, crítico severo do fracionamento da pretensão e da jurisdição, “o autor da ação não se dirige à Justiça para buscar uma sentença, mas sim para que se lhe proporcione a *satisfação* de seu direito. A *certificação* é apenas uma exigência do método utilizado pela jurisdição (o processo), já que o juiz não pode proporcionar a satisfação de mera alegação. [...] O mais é pura ficção, cria-

7. Roger Perrot, O processo civil francês na véspera do século XXI, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Forense*, n. 342, abr./jun. 1998, p. 167.

8. Exatas, a respeito, as palavras de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, O contexto da reforma processual civil, in Renault e Bottini (coordenadores), *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 9: “A existência de dois processos distintos, um de conhecimento e um de execução, representava uma cisão de pouca praticidade, porque as partes litigantes eram as mesmas e a pretensão, ainda que tivesse natureza diversa, recaía sobre o mesmo objeto, salvo algumas exceções. E esta cisão apresentava problemas concretos, como a necessidade de citação do réu para a formação da relação processual de conhecimento e, após o

ção da ciência processual, eis que toda pretensão é, pois, em realidade, uma pretensão de satisfação e não de sentença de mérito”⁹.

Além da autonomia vista acima, outra característica negativa das nossas execuções de pagar era (e em parte continua sendo) a rígida sujeição ao modelo da sub-rogação “ao quadrado”, ou modelo “pague sob pena de penhora”¹⁰. Sendo pouco estimulada a penhora de dinheiro, e havendo grande “preconceito”¹¹ contra as medidas coercitivas — de modo especial quanto às execuções de pagar —, praticamente só era oferecida ao exequente a possibilidade de satisfação através da alienação do patrimônio do devedor, o que implicava um procedimento complexo e oneroso, que desaguava — geralmente muitos anos depois de iniciado — na fatídica hasta pública, sinônimo de fracasso e desperdício. A “sorte” é que dificilmente se chegava à hasta pública, já que as execuções rotineiramente estacionavam antes, por falta de bens penhoráveis... Eis aí, por sinal, outra marca do nosso sistema, sobretudo após o advento da Lei nº 8.009/90: a contemplação de inumeráveis casos de impenhorabilidade, bem acima do que seria razoável admitir. Em tempos pretéritos, a vontade humana era considerada intangível. Para a ordem processual brasileira, o patrimônio do devedor é que se mostrava quase intangível (o que não mudou muito)¹².

Dessa forma, tínhamos sistemática legal pesada, ultrapassada, que apresentava índices risíveis de êxito.

término desta etapa, nova citação para o início do processo de execução. Ora, como a citação é pessoal, era imensa a dificuldade de localizar o devedor, especialmente para comunicá-lo do início da execução [...].”

-
9. Petrônio Calmon, *Sentença e títulos executivos judiciais*, cit., p. 96.
10. Na síntese de Cassio Scarpinella Bueno, *Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias*, *Revista de Processo*, n. 113, jan./fev. 2004, p. 35, “Substituí-se a vontade do devedor pelos atos executivos, que agem, exclusivamente, sobre seu patrimônio, e substituí-se seu patrimônio, assim apreendido ou destacado, pelo seu equivalente monetário.” Esse modelo de dupla sub-rogação (ou dupla substituição) tem trazido, de acordo com Scarpinella Bueno (mesmo artigo e página), “graves problemas” para o cumprimento das sentenças condenatórias de pagar (dar) dinheiro, embora seja justificável cultural, histórica, social e tecnicamente.
11. Diz a respeito Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., pp. 41-42: “Infelizmente, ainda se encontra bastante arraigada em segmento expressivo da doutrina, essa concepção que reflete um imotivado juízo negativo de valor em relação às medidas coercitivas, herança, ao que parece, de concepções vigentes no século XIX e em boa parte do século XX, na cultura jurídica européia, que exacerbavam o dogma da intangibilidade da vontade humana [...] Pelo que se disse, percebe-se que idéias como essas devem ser consideradas puro preconceito, uma vez que baseadas sobre uma premissa geral — a de que nas obrigações fungíveis a tutela executiva sempre será melhor prestada através das medidas sub-rogatórias — que simplesmente jamais foi, e nem poderia mesmo vir a ser, verdadeira.”
12. Carlos Callage, logo após a edição da Lei nº 8.009, vaticinava ironicamente (Inconstitucionalidade da Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990: impenhorabilidade de imóvel residencial, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, n. 43, 1991, p. 48): “[...] A não ser que a medida do Governo Sarney signifique um último estágio na história das dívidas. No passado o devedor respondia com o próprio corpo. No presente responde com seu patrimônio e, neste futuro, não responde mais.”

É claro que o quadro descrito não foi desenhado apenas por fatores legais. Os operadores do sistema também ajudaram bastante, naturalmente. Das partes e seus advogados partiram, vezes reiteradas, manobras protelatórias e pouco éticas. Já os juízes assumiram, amiúde, postura passiva, burocrática, desinteressada, impulsionando “sem qualquer apetite”¹³ a execução, como se esta fosse assunto exclusivo das partes, dominado inteiramente pelo princípio da demanda¹⁴. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, avançada em outras questões, fez pior: “sacralizou”¹⁵ o bem de família e deu peso extraordinário ao princípio da menor gravosidade da execução, desequilibrando o sistema.

Nesse ponto, deparamos novamente com a questão cultural, altamente relevante em qualquer matéria jurídica. Da cultura não é possível fugir, positivamente. E a cultura nacional tem ingredientes que não facilitam, muito pelo contrário, o bom desempenho das execuções. Tome-se a nossa índole bacharelesca. Executar é realizar na prática, trabalhar no concreto, colocar a mão na massa. Só que o país adora discursos, na mesma proporção em que despreza trabalhos manuais e técnicos, considerados inferiores. Como a execução pode dar certo? Não é de admirar a ênfase muito maior que sempre foi dada aqui à atividade cognitiva, sendo sintomático o sucesso, entre nós, da chamada “exceção de pré-executividade”, que significa exatamente o avanço da cognição em pleno território executivo¹⁶.

13. Leonardo Greco, A crise do processo de execução, *Estudos de Direito Processual*, Campo dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 8. Em seu ensaio, Greco desfia inúmeros fatores que prejudicam a atividade jurisdicional no campo executivo. A título de exemplo, registre-se que o ilustre processualista critica vigorosamente a pouca atenção dada, na execução, ao princípio da oralidade e seus consectários: “O processo de execução que passa de mão em mão burocratiza o juiz, descompromissando-o da busca perseverante dos resultados almejados e transformando-o em instrumento dócil da chicana e dos incidentes procrastinatórios” (p. 20).

14. Mais uma vez é útil ouvir Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 155: “[...] Aliás, cumpre observar, nessa ordem de idéias, que não se justifica a permanência de uma mentalidade, infelizmente muito comum entre os juízes brasileiros, que tolere uma atitude de total passividade e inércia do devedor, ao mesmo tempo em que exige do credor todas as diligências necessárias a preparar a expropriação forçada. Essa mentalidade se manifesta, por exemplo, na recusa do magistrado, bastante freqüente, em expedir ofícios a cartórios, órgãos públicos e qualquer outra instituição, no sentido de colher informações sobre a situação patrimonial do devedor, sob a alegativa de que incumbe ao credor esse tipo de diligência. Essa mesma mentalidade é a que aceitaria, sem maiores investigações, a nomeação à penhora de bem diverso que dinheiro, se o credor não localizar, em atividade verdadeiramente detetivesca, o respectivo numerário no patrimônio do devedor.”

15. Jandyr Maya Faillace, Da alteração do processo de execução: sobre o PL 4.497/2004, in Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (coordenadores), *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 89. Faillace ilustra seu texto com exemplos da “sacralização” do bem de família, aduzindo que “no Tribunal Superior do Trabalho não há registro de anomalias jurisprudenciais semelhantes”.

16. Sintomática, a propósito, era a redação do antigo art. 463 do CPC (alterado pela Lei no 11.232/05), pela qual ao “publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional...”, como se o zênite da atividade jurisdicional fosse a simples declaração de direitos, mesmo que desacompanhada de efeitos práticos.

Mais deletério ainda, para as execuções, é o acendrado individualismo do homem “cordial” brasileiro, incapaz de enxergar ordenações coletivas¹⁷. Esse individualismo cria enormes resistências à imposição de qualquer sanção, por mais necessária que seja. Faz parte do nosso código genético a leniência com o erro, ou melhor, a leniência em relação a quem erra. Especialmente individualista se mostra a cultura jurídica nacional, nela predominando um garantismo que por um lado é oportuno, dadas as nossas raízes autoritárias, mas por outro lado é amigo da impunidade e do clima de vale-tudo que desgraça este solo há séculos¹⁸. *Fiat justitia* (individualmente), *pereat mundus* é o que súgerem muitas das doutrinas e jurisprudências mais incensadas entre nós. Veja-se o que ocorre sempre e ocorreu novamente nas últimas eleições (2006), apesar da vigilância da opinião pública: com o beneplácito do Tribunal Superior Eleitoral, notórios malfetores, presumidamente inocentes — condição que decerto nunca perderão, mesmo porque até hoje o Supremo Tribunal Federal nunca condenou um parlamentar¹⁹ —, puderam assumir seus cargos eletivos, para mais um mandato de patifarias. Veja-se ainda o que está acontecendo na área criminal. Com uma defesa eficiente e ativa em todas as instâncias, autores de crimes gravíssimos, como homicídio e assalto aos cofres públicos, dificilmente vão para a cadeia ou cumprem penas proporcionais aos seus delitos, valendo-se de dádivas garantistas patrocinadas com entusiasmo pelo Supremo Tribunal Federal, para perplexidade da massa ignara do lado de fora. Ou seja, muitas vezes não conseguimos sancionar devidamente nem mesmo quem tira uma vida humana (quicá a vida de uma criança) e destrói uma família por motivos abjetos²⁰. Se assim é, como

17. Quando falamos em homem “cordial” brasileiro, referimo-nos naturalmente à concepção de Sérgio Buarque de Holanda, lavrada em *Raízes do Brasil*, uma das obras fundamentais da nossa literatura no século passado. A cordialidade do brasileiro, na visão de Buarque de Holanda, representa não só emotividade, mas também características menos abonadoras, como a aversão a comandos impessoais e a dificuldade de compreender a distinção entre os domínios do privado e do público. De acordo com Buarque de Holanda (*Raízes do Brasil*, 26. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 205), “essa cordialidade, estranha, por um lado, a todo formalismo e convencionalismo social, não abrange, por outro, apenas e obrigatoriamente, sentimentos positivos e de concórdia. A inimizade bem pode ser tão cordial como a amizade, nisto que uma e outra nascem do coração, procedem, assim, da esfera do íntimo, do familiar, do privado.”
18. A propósito, escreve José Carlos Barbosa Moreira a respeito da exacerbação do garantismo no campo probatório (A Constituição e as provas ilicitamente obtidas *Temas de Direito Processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997): “Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada” (p. 123).
19. A propósito: Alan Gripp e Carolina Brígido, STF jamais puniu um parlamentar: congestionamento de processos beneficiaria investigados, que têm foro privilegiado, *O Globo*, 18/03/07, p. 3.
20. Na semana em que concluímos este artigo, foram aprovados pelo Congresso Nacional alguns projetos endurecendo o sistema penal. Foi uma resposta ao bárbaro trucidamento do menino João Hélio no mês passado (fevereiro de 2007), na cidade do Rio de Janeiro. Para muitos, resultado do clima de “histeria” causado pela morte de João Hélio. Com a vênia de quem entende assim, pensamos diferente. No dia em que um crime como o que vitimou aquela criança não causar

esperar que ilícitos menos dramáticos, no plano cível, sejam tratados com um mínimo de rigor? Fazemos juras de amor eterno aos direitos fundamentais, mas só aos de primeira geração. Valores individuais tendem a sobrepujar bens coletivos. Explica-se perfeitamente, dessa forma, que o princípio da efetividade da execução, salutar do ponto de vista social e coletivo, leve goleadas tremendas do princípio da menor gravosidade da execução, este último um princípio francamente liberal e individualista²¹.

3. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS Nºs 11.232/05 E 11.382/06

Portanto, inúmeras razões — universais ou domésticas, legais ou culturais — levaram-nos ao fundo do poço em matéria de execução das obrigações de pagar. A situação tornou-se insustentável. Ficou claro que os percalços da execução estavam prejudicando a própria economia do país, emperrando o seu crescimento. Também em favor de alterações profundas no campo da execução, veio a Emenda Constitucional 45/04 (a chamada “Reforma do Judiciário”), encarecendo o acesso à justiça e assegurando a todos “a razoável duração do processo

comoção, aí sim, estaremos irremediavelmente perdidos. E nem se trata de comoção bissexta, porque os crimes brutais têm ocorrido com alarmante freqüência. Se queremos realmente valorizar a vida, como impõe a nossa Constituição, não podemos deixar que “matar alguém” (ou qualquer outra ação típica contra a vida) se torne um delito banal, sem uma resposta adequada do sistema. Sancionando mais adequadamente quem atenta contra a vida humana é obvio que não estaremos resolvendo o problema assaz complexo da criminalidade, mas ao menos estaremos mitigando o sentimento de impunidade que tomou conta da nossa sociedade, um sentimento amargo, doloroso e extremamente nefasto do ponto de vista coletivo.

21. No terreno da economia, confirmam-se Armando Castelar Pinheiro e Fabio Giambiagi, *Rompendo o Marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, pp. 24-27, discorrendo sobre a “cultura do coitado” que prevalece no Brasil. No terreno específico das execuções judiciais, vários autores percebem a influência dos fatores culturais e ideológicos. Jandyr Maya Faillace é contundente a respeito (Da alteração do processo de execução..., cit., p. 91): “Existe na cultura pátria um acentuado viés pró-devedor. Uma cultura na qual se considera que nada há de errado ou, muito menos, imoral, em dever, ter como pagar, ainda que com sacrifício, mas não pagar. Esta cultura se observa em diversos níveis. [...] A isso se soma, lamentavelmente, um sistema judiciário fortemente contaminado pela mentalidade de que é algo mesquinho insistir até o fim na cobrança de dívida e de que o devedor deve ser tutelado de todas as formas. E se o devedor zomba da ordem judicial de pagar considera-se isto problema particular do credor, e não, como verdadeiramente é, questão que afeta a ordem social, a ordem econômica e põe em risco a credibilidade das instituições, em especial do Poder Judiciário.” Também Luiz Rodrigues Wambier (A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la, *Revista de Processo*, n. 109, jan./mar. 2003, p. 134) fala no “crescimento — entre nós, no Brasil — de postura ideológica que visivelmente privilegia o devedor” e acaba favorecendo o “calote”. Por seu turno, Leonardo Greco (A crise do processo de execução, cit., p. 8) destaca o advento de “um novo ambiente econômico e sociológico”, no qual “o espírito empresarial e a sociedade de consumo estimulam o endividamento das pessoas e o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser vexatório e reprovável, o que multiplica as ações de cobrança e execuções, através das quais o sujeito passivo ainda usufrui vantagens, às custas do credor”.

e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Como resultado de todas essas pressões, editaram-se as Leis ns. 10.232/05 e 10.382/06, reformulando por completo a execução das obrigações de dar dinheiro, tanto as oriundas de títulos judiciais quanto as derivadas de títulos extrajudiciais. É bem verdade que mudar a lei não basta, vez que fatores extralegais, como visto, conspiram intensamente contra a efetividade das execuções. Mas mudar a lei é também uma tentativa de influenciar a cultura, conscientizando os operadores do sistema sobre a necessidade de dar efetividade às execuções, em prol do acesso substancial à justiça²².

Tantas foram as modificações empreendidas que seria inviável, aqui, descrevê-las de maneira exaustiva. Neste espaço, basta citar as alterações mais significativas. Pois bem, alteração marcante, representando autêntica mudança de paradigma, foi a eliminação quase total do processo autônomo de execução fundada em título judicial (remanescendo apenas em algumas poucas hipóteses), restando igualmente suprimidas as sentenças condenatórias “puras”, aquelas que simplesmente propiciavam a deflagração de uma nova ação, em outro processo. No mesmo contexto, ditado pela Lei nº 11.232/05, foi suprimido o processo autônomo de liquidação de sentença. Nas palavras de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, abandonamos o sistema romano da *actio iudicati* — um sistema “formalista, demorado e sofisticado” — e retornamos em parte ao direito comum medieval, com a sua expedita execução *per officium iudicis*²³. Fechamos assim um ciclo virtuoso: primeiro veio a Lei nº 8.952/94, que abriu as portas para a expansão dos processos interditaes, mas só no âmbito das obrigações de fazer e não fazer; depois tivemos a Lei nº 10.444/02, fulminando de vez as execuções autônomas de condenações relativas a obrigações de fazer e não fazer, bem como as condenações relativas a obrigações de entregar coisa; finalmente, a Lei nº 11.232/05 estendeu o mesmo tratamento para as obrigações de pagar resultantes de sentença.

22. Críticas sensatas têm sido ouvidas em relação à frequência excessiva das alterações da lei processual. Nesse sentido, advertem José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 10): “[...] E que não se veja na alteração ininterrupta dos textos da lei a solução para os problemas da justiça brasileira, até porque, verdadeiramente, não é a mera alteração legislativa que fará com que o sistema funcione mais adequadamente aos seus fins.” Por seu turno, assinala Luciana Drimel Dias (O caso das recentes reformas do CPC sob o enfoque da pós-modernidade e globalização, *Revista de Processo*, n. 121, mar. 05, p. 106, grifado no original): “[...] Entretanto, num mundo da glocalização [neologismo referente à coexistência de tendências globalizantes e localísticas] não podemos mais nos contentar com um projeto iluminista esperançosos em ‘códigos salvadores’ [...] Por mais sofisticadas que sejam as reformas legislativas não se pode esquecer que os fatores essenciais nos quais se apóia a administração da justiça são: homens (sociedade) e estruturas. A crise é fato (constante) daí porque novas perspectivas (sempre variáveis) são essenciais.” Também nós entendemos que o processo reformador deve aquietar-se, pelo menos durante algum tempo. Sem embargo, em relação à execução, dado o caos que reinava, as reformas legislativas faziam-se realmente indeclináveis. Mas é claro que não bastam, e esse, exatamente, é o mote principal do presente trabalho.

23. Gusmão Carneiro, Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei n. 11/232/05..., cit., p. 15.

Outras inovações, estas dizendo respeito não só aos títulos judiciais mas também às execuções estribadas em título extrajudicial, merecem destaque. O modelo da “sub-rogação ao quadrado” restou mantido, porém em termos menos rígidos. De fato, a reforma fomentou a penhora de dinheiro, a ser efetivada principalmente por meios eletrônicos (estimulados bastante, como não poderia ser diferente), autorizando-se de maneira expressa, e em termos bem favoráveis, a já conhecida penhora *on line*, cabendo ao executado o ônus da prova quanto à impenhorabilidade das quantias depositadas em conta corrente. Também foi autorizada expressamente a penhora de percentual do faturamento de empresa. E, não havendo a apreensão de numerário do devedor, a adjudicação foi eleita o mecanismo preferencial de expropriação dos bens do executado (na forma do art. 685-A e §§ do CPC, dispositivos criados pela Lei nº 11.382/06 que evidenciam a valorização desse meio expropriatório, inclusive se ampliando a respectiva legitimação), passando a hasta pública para o terceiro lugar na lista das preferências, atrás ainda da alienação particular. Tudo isso, insista-se, contribuiu para suavizar o modelo vigente, diminuindo os casos em que se faz necessário, para a satisfação do exequente, converter em pecúnia o patrimônio do executado.

Sem embargo, continua sendo inevitável muitas vezes a conversão de patrimônio em pecúnia. Algumas inovações vieram para tornar esse caminho menos tortuoso. Assim, afrouxaram-se alguns casos de impenhorabilidade, tornando-se penhoráveis, por exemplo, bens móveis residenciais que sejam “de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida” (art. 649, II, do CPC, com redação da Lei nº 11.382/06)²⁴. Outrossim, foi aprimorada a sistemática da alienação dos bens do executado, estimulando-se a alienação por iniciativa particular e permitindo-se a substituição da hasta pública por alienação realizada através da rede mundial de computadores.

Dentro do mesmo espírito de melhorar o desempenho do sistema executivo, tratou-se de endurecer o regime processual relativo ao executado, diminuindo-se o espaço para fraudes e manobras procrastinatórias. Com efeito, perdeu o executado a faculdade de indicar os bens a ser penhorados; ao mesmo tempo, apertou-se o dever de lealdade e veracidade que lhe toca, podendo-se exigir dele, agora, informações precisas acerca do patrimônio penhorável²⁵; além disso, reti-

24. A respeito, já defendia Luiz Rodrigues Wambier (A crise da execução..., cit., pp. 144-146), quanto aos limites da impenhorabilidade dos bens que guarnecem o imóvel de residência da família, a consideração da “*média nacional de conforto*, isto é, o padrão de vida médio da sociedade brasileira” — que poderia ser aferida objetivamente, de acordo com dados coletados pelo IBGE —, ficando fora do regime de impenhorabilidade os bens acima dessa média. Assim, teríamos uma execução equilibrada, permitindo a todos a manutenção de um “padrão médio de dignidade”, sob pena de estar-se, mais uma vez, “*privilegiando os já privilegiados* e incentivando o ‘calote’.”

25. A propósito desse endurecimento do dever de lealdade e veracidade, vale ouvir Cândido Rangel Dinamarco (Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 295), que, antes mesmo das alterações legislativas, reformulou a opinião que tinha a respeito: “vinha então

rou-se o efeito suspensivo automático das defesas do executado; e passaram a ser permitidas — boa medida para coibir a fraude — averbações em registros públicos, relativas aos bens sujeitos a penhora ou arresto, logo no início da execução, antes de qualquer ato construtivo.

Timidamente que seja, buscou a reforma, ainda, aumentar a taxa de cumprimento não resistido das obrigações exequêndas, através de medidas de estímulo ao pagamento e de desestímulo à inadimplência²⁶. Entre as primeiras está a redução pela metade da verba honorária e a possibilidade de parcelamento do débito²⁷. E para desestimular a inadimplência temos a imposição de multa de dez por cento sobre o valor do débito²⁸.

Portanto, não chegou a haver uma revolução no campo da execução, mas progressos sensíveis ocorreram. E não tivesse a Lei nº 11.382/06 sido atingida por dois vetos bastante questionáveis, apostos pelo Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, o resultado teria sido ainda melhor²⁹. Seja como for, mesmo não havendo revolução, mesmo tendo havido os vetos, evoluímos enfim no campo da execução das obrigações de pagar quantia. Uma evolução legislativa que reflete anseios irresistíveis e, além disso, passa a representar um dado hermenêutico de enorme relevância, no sentido da ampliação da efetividade da atividade executiva, ficando para trás o tempo da soberania do devedor.

postulando uma compreensão para com aquele que deixa de colaborar para a satisfação do direito do credor, na consideração de que toda resistência meramente passiva seria legítima porque ninguém poderia ser obrigado a atuar contra seus próprios interesses. Hoje [a primeira tiragem da obra é de 2003], impressionado com os fracassos da execução por quantia certa, já não tenho aquela preocupação, porque nenhum princípio é absoluto e não há por que dar tanto valor ao do contraditório, a dano da efetividade da tutela jurisdicional”.

-
26. No ordenamento processual brasileiro se vêem outras hipóteses interessantes de desestímulo à litigiosidade. Nesse sentido, o art. 1.102-C, § 1º, do CPC, prevendo a isenção de custas e honorários advocatícios quando o réu cumpre o mandado de pagamento na ação monitória, e o art. 61 da Lei nº 8.245/91, favorecendo o locatário que, em algumas hipóteses específicas de despejo, manifesta sua concordância com a desocupação do imóvel.
27. Destaque-se essa possibilidade de parcelamento do débito em até seis vezes, condicionada ao depósito inicial de 30% do valor em execução, conforme previsto no novo art. 745-A do CPC. Agora se tornou direito o que antes, sem base legal, era freqüentemente requerido pelos executados. Para Humberto Theodoro Júnior (*A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 217), a possibilidade não se aplica à execução por título judicial, já que “não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento.”
28. Também serviu ao mesmo propósito a elevação dos juros legais promovida pelo Código Civil de 2002.
29. Os vetos mencionados protegem devedores privilegiados dentro da população brasileira, impedindo a penhora de imóveis residenciais de valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos (sendo que só reverteria para a execução o que superasse tal valor depois da transformação em pecúnia) e de rendimentos superiores a 20 (vinte) salários mínimos mensais (aqui só seria considerado penhorável até 40% do total recebido acima de 20 salários).

4. DESDOBRAMENTOS NECESSÁRIOS DA NOVA SISTEMÁTICA

4.1. A IMPORTÂNCIA DA QUESTÃO HERMENÊUTICA E O FORTALECIMENTO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

Saliente-se a questão hermenêutica, mencionada no final do tópico anterior. A questão assume enorme importância no campo da execução. Mais do que em outros campos jurídicos? Talvez. Na execução, afinal, assiste-se a um duelo acirradíssimo entre dois princípios antagônicos, o da efetividade da execução e o da menor gravosidade para o executado — projeção daquela disputa maior, assídua em todos os trechos do direito processual, entre efetividade e segurança³⁰ —, envolvendo implicações sérias, até dramáticas: para o executado, a atividade executiva pode significar a perda compulsória de bens; para o exequente, a frustração definitiva — e inexplicável — de um direito já certificado. É um contexto processual de alta densidade axiológica (e alta temperatura também), no qual os princípios assumem papel decisivo, vendo-se amortecida freqüentemente a força da lei formal. Não admira, então, que as agruras vividas no plano da execução derivem apenas em parte, como foi visto, de fatores legais. Nesse plano, insista-se, a questão hermenêutica é fundamental³¹.

Se a questão hermenêutica revela-se tão importante assim, deve merecer máxima atenção. Dessa forma, tem grande apelo hermenêutico o efeito maior da nova sistemática, a saber, o fortalecimento do princípio da efetividade da execução, com o conseqüente enfraquecimento do princípio da menor gravosidade para o executado (explicitado no art. 620 do CPC). Já vimos, com efeito, que a execução mudou em virtude da generalizada reprovação ao sistema anterior, bastante simpático ao executado. Não se querendo trair os valores subjacentes à reforma, a interpretação das normas relativas à nova execução deverá necessariamente exaltar o princípio da efetividade.

É claro que, antes mesmo das reformas, já seriam possíveis releituras ousadas da lei processual com base no princípio da efetividade da execução. Tais possibilidades foram exploradas avidamente, na doutrina brasileira, por MAR-

30. Esse conflito entre efetividade e segurança foi magistralmente abordado por Francesco Carnelutti, há quase meio século (*Diritto e Processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 154): “Lo slogan della giustizia rapida e sicurache va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.”

31. Sobre a importância da hermenêutica no Direito atual, confira-se Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 866: “À luz da Nova Crítica do Direito que aqui proponho, desaparecem os mitos da univocidade signíca, da interpretação unívoca, da vontade da lei, do espírito do legislador, da essência da norma, da clareza da lei, e tantos outros construídos e consolidados no interior do imaginário dos juristas. Interpretar é dar sentido. Interpretar é aplicar. As tentativas de construção de linguagens rigorosas para o Direito fracassaram! De igual modo a metodologia jurídica não conseguiu construir um arcabouço ‘técnico’ apto a dar a ‘certeza do sentido gramatical ou sistemático do texto’, isto porque o método é o supremo momento da subjetividade. [...]”

CELO LIMA GUERRA, para quem o direito à tutela executiva constitui autêntico direito fundamental, componente obrigatório que é do direito fundamental ao processo devido, dotado este de conteúdo vasto, revelador de várias exigências específicas³². Assim, o direito à tutela executiva submete-se ao regime próprio dos direitos fundamentais, sendo munido de força positiva e aplicabilidade imediata. Mais ainda, a eficácia do direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz “o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos”³³. Ou seja, mesmo diante de um quadro legal adverso, o hermeneuta atento aos valores constitucionais já conseguiria “subverter” a tradicional inépcia do sistema executivo brasileiro, dele extraindo uma dose bem maior de efetividade.

Se antes das reformas já era assim, depois não há mais o que discutir. As reformas legais deixaram bastante explícito o intento de virar o jogo no campo da execução. Eloqüente a esse respeito é a norma do art. 655-A, § 2º, do CPC (dispositivo trazido pela Lei nº 11.382/06), referente à penhora *on line*: “Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.” Como se sabe, a questão do ônus da prova muitas vezes não opera de forma neutra, correspondendo em vez disso a uma técnica colimando a proteção de determinados valores. No sistema consumerista, por exemplo, inverte-se o ônus da prova para favorecer o consumidor. Aqui, igualmente, é bem reveladora da inspiração das reformas essa atribuição do ônus da prova ao executado (quanto à impenhorabilidade de quantias depositadas em conta corrente). Também sintomática se mostra a nova redação do art. 668 do CPC (com redação da Lei nº 11.382/06): “O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620).” Aduza-se que, além dos encargos probatórios que acabaram de ser declinados, previstos expressamente na lei, outros podem ser atribuídos ao executado no propósito de facilitar a efetividade da execução, na medida em que essa efetividade tornou-se o valor mais prestigiado do sistema.

32. Diz Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 102: “No presente trabalho, o que se denomina direito fundamental à tutela executiva corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende ‘individualizar’, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no *due process*, denominando-a direito fundamental à tutela executiva e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva [...]”

33. Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 104.

Mais transcendente ainda foi a reforma constitucional, trazida pela Emenda 45/04, positivando o direito fundamental à “razoável duração do processo” e aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). É certo que também esse direito fundamental, posto que não explicitado, já se aninhava tranqüilamente no rol dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento brasileiro, nele se identificando mais uma exigência inerente ao acesso substancial à justiça. De toda sorte, a explicitação constitucional de um direito significa indiscutível *plus* em termos de eficácia normativa, reforçando sua exigibilidade e ampliando sua força argumentativa. Ora, execução insatisfatória e lenta não combina, positivamente, com o direito à duração razoável do processo, agora explicitado na Constituição. A efetividade da execução é um efeito elementar desse direito constitucional, que, se não tiver aplicação na seara da execução, não frutificará em seara alguma.

Sem dúvida alguma, portanto, restou encarecido o princípio da efetividade da execução, a tradução normativa de valores enfim predominantes. Ao mesmo tempo, subtraiu-se oxigênio daquela mentalidade excessivamente simpática ao executado, a qual repercutiu bastante no plano hermenêutico, como não poderia deixar de ser. Cumpre observar que tanto protecionismo — e até mesmo uma certa glamourização da figura do devedor — alimentou-se muitas vezes de piás intenções. Como inumeráveis execuções concernem a créditos de grandes entidades financeiras, repletos de encargos proibitivos, a falta de efetividade das execuções teria um reflexo social salutar, evitando a concretização de iniquidades. Em verdade, nunca se justificou tal pensamento, que tem várias falhas. Esquece-se primeiramente que também pessoas carentes executam — o que ocorre cada vez mais, em virtude da ampliação do acesso à justiça —, sendo justamente as que mais sofrem com os problemas das execuções. E mesmo que assim não fosse, a soma de dois erros não produz um acerto. Se o direito material tem problemas, as energias devem voltar-se para o aprimoramento do direito material, nunca para o desvirtuamento das funções do processo. Não parece, demais, que se possa construir um país melhor com base na inadimplência e no calote³⁴.

34. O pensamento que combatemos é defendido em texto de Amilton Bueno de Carvalho, Lei nº 8.009/90 e o *Direito Alternativo, Direito Alternativo em Movimento* (coletânea de artigos do autor), 5. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, valendo assinalar que o texto foi publicado pela primeira vez em 1991. Pelo menos no tocante ao Judiciário Comum Civil preconiza Bueno de Carvalho o aumento cada vez maior da classe dos bens impenhoráveis, em prol sobretudo da classe média (pp. 49-50): “Não há dúvida que a Lei 8.009 protege, via de regra, a classe média contra seus credores (normalmente empresários e banqueiros). É que o Judiciário Comum Civil não tem como litigantes os pobres (a não ser no direito de família); estes não logram obter crédito, eis excluídos do processo produtivo, e quando em débito os credores sequer tomam medidas judiciais, pois inócuas. [...] Mas se a classe média, na relação processual, é a parte frágil, aquela que busca o resgate do valor dignidade humana, se há de acudi-la, há que se comprometer com ela, mesmo porque nos dias atuais sofre crescente grau de proletarização e seus integrantes invadem inclusive o mercado da economia informal.” Dentro dessa visão, o crédito é visto como algo um tanto pecaminoso, originado sempre de uma relação opressiva, sem benefício algum para o devedor (p. 52): “fique claro que restringir a dignidade do devedor é, por certo, aumentar os proveitos do

Vale a ressalva de que não se quer, em absoluto, combater a inclinação social do processo civil brasileiro, um viés que decorre diretamente da nossa Constituição social, representando objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição, art. 3º, I). E nem se quer negar a importância do princípio da menor gravosidade, de meritória tradição humanitária, hoje enriquecido pelo imperativo constitucional da dignidade humana e pela doutrina do mínimo existencial³⁵. O princípio da menor gravosidade pode mesmo, em determinadas situações, sobrepujar o princípio da efetividade, até porque existem vários “estilos” de execução, a merecer tratamentos diferenciados — por exemplo, a execução do grande banco em face de um pequeno devedor assalariado atrairá com muito mais facilidade o princípio da menor gravosidade do que uma execução entre partes equivalentes sob o prisma material. Sem prejuízo das observações precedentes, o direito processual existe basicamente para realizar o direito material³⁶. Resta inevitável, portanto, a supremacia do princípio da efetividade da execução, que só excepcionalmente poderá ser desconsiderado. Na dúvida, deve ser adotada a solução mais favorável ao exequente³⁷.

credor. Os interesses estão em luta: diminuir de um é crescer ao outro. Queira-se ou não, seja consciente ou não, há em qualquer das hipóteses opção de classe. E a alternatividade tem a clara e definida escolha: sempre e sempre está ao lado do mais fraco.” Desconhece-se se Bueno de Carvalho manteve a mesma posição em relação à Lei 8.009/90. De toda sorte, em trabalho posterior (apresentado originariamente em 1993) e encartado na mesma coletânea — “Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou Uma práxis em busca de uma teoria)” —, o autor cuida do amadurecimento do movimento do direito alternativo, superando (p. 79), “a visão até certo ponto infantil que se teve no início do movimento. Há, efetivamente, certa predisposição em favor do frágil, mas não de forma dogmatizada, eis, por óbvio, muitas vezes o aparente oprimido tem comportamento eticamente deplorável agredindo os princípios gerais do direito.”

-
35. A respeito do tema, vale consultar Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990, e Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, especialmente pp. 140-154, 179-184 e 206-230. Confira-se também Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002. Nessa obra, a autora desenvolve, no seio da dogmática contratual, o “paradigma da essencialidade”, que terá grande importância hermenêutica, autorizando uma interpretação diferenciada para contratos atinentes a bens considerados essenciais à dignidade da pessoa humana.
36. Sobre essa óbvia vocação do direito processual, fala bem o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 159.930-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento por maioria em 06/03/03): “O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize.”
37. A propósito da supremacia do princípio da efetividade, atente-se para a crítica de Cândido Rangel Dinamarco à posição jurisprudencial (bastante forte no Superior Tribunal de Justiça) hostil à penhora sobre o faturamento de empresas (Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 300): “Reputo exagerada essa posição, porque lança a proposta de privilegiar sempre o devedor, sem atenção aos direitos do credor. Amenizar, sim, privilegiar, não. Esse é o espírito do art. 620 do Código de Processo Civil. [...] Não havendo outro meio razoável e ameno para satisfazer

Mas quais são, afinal de contas, as repercussões da supremacia do princípio da efetividade da execução? Listá-las de maneira exaustiva mostra-se obviamente impossível, porque são elas ilimitadas, desdobrando-se na pluralidade dos casos concretos. No entanto, algumas aplicações mais vistosas podem ser mencionadas. É o que se verá abaixo.

4.2. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E OS MEIOS EXECUTIVOS

Tome-se inicialmente a crucial questão dos meios executivos. A esse respeito, emitiu a reforma da lei processual mensagens relevantes. Em primeiro lugar, rebaixou-se sensivelmente a importância da hasta pública: de meio expropriatório preferencial passou ao terceiro lugar na lista de preferências, atrás da adjudicação e da alienação particular, podendo ser substituída, ainda, por alienação realizada pela rede mundial de computadores. Outrossim, surgiram medidas inéditas de estímulo ao cumprimento das obrigações exequêndas (redução pela metade de verba honorária, possibilidade de parcelamento do débito) e desestímulo à inadimplência (imposição de multa de dez por cento sobre o valor do débito). Leitura conjunta das inovações mencionadas indica um norte bastante sensato: para a efetividade da execução, convém investir na “cooperação” do devedor, vez que não é bom negócio apostar nas vias sub-rogatórias tradicionais, manifestamente complexas, pesadas e caras. Novamente, aliás, deparamos com as deficiências flagrantes do modelo da sub-rogação “ao quadrado”. Sempre que possível, dele se deve fugir.

Insista-se pois nessa tecla decisiva: nada melhor, para a execução das obrigações de dar dinheiro, do que evitar a execução forçada, no seu sentido sub-rogatório tradicional³⁸. Antes que se faça necessário o recurso às vias sub-rogatórias, cumpre quebrar a resistência do devedor. Logicamente, sem poder

o credor, que se penhore toda a empresa, ou seu estabelecimento mesmo, ou mesmo que se transfiram a terceiro (mediante o procedimento da expropriação, inerente à execução por quantia certa) as próprias atividades da empresa devedora. Tudo, menos deixar o credor insatisfeito.”

38. O sentido tradicional é declinado por Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 36. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 8: “Do ponto de vista estritamente técnico, entende-se por execução forçada a atuação da sanção por via dos meios de sub-rogação. [...] Quer isto dizer que sem agressão direta sobre o patrimônio do devedor, para satisfazer o direito do credor, não se pode falar tecnicamente em execução forçada.” Na atualidade, é de se rejeitar tal pensamento, como informa Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 32: “[...] No entanto, essa concepção, que restringe o conceito de execução forçada — e, conseqüentemente, a própria noção de tutela executiva — à satisfação do credor obtida através de medidas sub-rogatórias, revela-se totalmente inadequada a uma compreensão abrangente dessa modalidade de tutela jurisdicional, principalmente em ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, onde a lei, agora, em face de recente reforma processual, atribui ao órgão jurisdicional amplos poderes para impor medidas coercitivas no processo de execução.”

estatal não existe execução digna deste nome. Entretanto, a experiência tem revelado, sobretudo nos países em que a máquina pública está longe de ser exemplar — certamente o nosso caso —, que é como potência que o poder estatal aparece em sua melhor forma³⁹. No próprio plano do direito administrativo, incentivam-se cada vez mais atuações de alguma forma consensuais⁴⁰. Mais amplamente, pode-se dizer que a época atual prefere a prevenção à repressão, e à força prefere o convencimento e o consenso. Reprimir e usar a força, conquanto inevitável em inúmeras situações, encerra custos bastante elevados. Grande exemplo disso é o procedimento sub-rogatório tradicional das execuções de pagar, fonte de exasperante morosidade.

À vista das premissas postas, como se deve expressar o princípio da efetividade no plano dos meios executivos? Não parece difícil concluir que o princípio da efetividade vem estimular a utilização intensa dos meios executivos coercitivos, que têm exatamente a função de “convencer” o devedor, favorecendo o cumprimento das obrigações. Inegavelmente, não pode haver projeção mais favorável para as execuções de pagar do que essa projeção de um alto índice de cumprimento das obrigações, sem a necessidade do uso de meios sub-rogatórios, tornados subsidiários em razão do poderio dos meios coercitivos adotados. Ocorre que, como já foi assinalado, no Direito brasileiro perdura grande resistência em relação ao emprego de meios coercitivos nas execuções de pagar. Nesse contexto, afigura-se dúbia a previsão de multa de dez por cento sobre o valor da condenação judicial, para a hipótese de não ser pago o débito em quinze dias (art. 475-J do CPC): por um lado, tem-se aí a introdução de um primeiro mecanismo coercitivo nas obrigações de pagar; por outro, porém, fica parecendo que o sistema comporta exclusivamente essa acanhada multa de dez por cento (que, prevalecendo o entendimento no sentido da não-incidência de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, pouco sentido prático tem).

Com o reconhecimento de um patamar mais qualificado para o princípio da efetividade da execução, insta repensar a animosidade das execuções de pagar em relação aos meios coercitivos. Relembre-se a propósito a lição de MARCELO LIMA GUERRA: sendo o direito à tutela executiva um direito fundamental, protegido constitucionalmente, ficam autorizadas medidas executivas não previstas

39. Comentando a parte processual do Código do Consumidor, Kazuo Watanabe (Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 707) fortalece a nossa argumentação, sustentando que “o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização.”

40. A esse respeito se manifesta Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 303-304: “A atividade administrativa consensual era desconhecida do direito administrativo clássico. A partir da década de 1970, no entanto, a Administração Pública deu-se conta da necessidade de negociar com os administrados e de buscar parcerias para a execução das tarefas públicas. A consensualidade se apresenta, assim, como um instrumento capaz de aumentar a eficiência, a transparência, a legitimação e a estabilidade da função administrativa.”

e até mesmo vedadas em lei. No tocante às multas coercitivas, não há qualquer vedação quanto ao seu uso em execuções de pagar. Pelo contrário, tais multas vêm-se estimuladas pelo art. 14, inciso V c/c parágrafo único, do CPC, que traz prescrições bastante abrangentes (incorporadas ao nosso estatuto processual pela Lei 10.358/01)⁴¹, valendo aduzir que no art. 656, § 1º, do CPC, referente à execução por quantia certa, a reforma inseriu expressa remissão ao art. 14, parágrafo único. Dessa forma, o uso de multas coercitivas no âmbito das execuções de pagar não parece sequer ousado. A tendência é muito clara no sentido de que tais multas sejam aceitas cada vez mais, mesmo nas execuções de pagar.

Vale a ressalva de que o tema dos meios executivos coercitivos é daqueles que atraem intensamente a sobrenorma da proporcionalidade. Por tal motivo, a multa cominatória deve ser reservada para os casos, por sinal corriqueiros, de resistência injustificável à execução, casos em que o executado tem possibilidade de pagar seu débito, só não o fazendo por motivos pouco valiosos do ponto de vista jurídico⁴². Casos de “inadimplemento voluntário e inescusável” da obrigação, pegando de empréstimo a oportuna letra do dispositivo constitucional que permite a prisão civil do devedor de alimentos (art. 5º, LXVII). Caracterizado o inadimplemento voluntário e inescusável de qualquer obrigação de pagar, nada parece impedir a imposição de multa cominatória. De fato, não valeria muito o princípio da efetividade da execução — e valeria menos ainda o direito à duração razoável do processo — se o juiz não pudesse em casos determinados, positivada a malícia do devedor, impor multa cominatória em relação a obrigações de pagar. Situação diversa é a do devedor carente, que realmente não tem condições de pagar o débito exequendo sem se privar do essencial à subsistência. Nesse último caso, a imposição de multa perde as bênçãos do princípio (ou regra) da proporcionalidade⁴³.

41. Nesse sentido, pronuncia-se Cândido Rangel Dinamarco, Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 293: “Essas disposições [art. 14, inciso V e parágrafo único, do CPC] endereçam-se particularmente à execução específica, sem atenção especial à execução por quantia certa, mas a parte final do novo inc. V do art. 14 comporta interpretação razoabilíssima no sentido de uma abrangência total, valendo também para as obrigações pecuniárias. [...]”

42. Diz Luiz Guilherme Marinoni, O custo e o tempo do processo civil brasileiro, Revista Forense, n. 375, set./out. 2004, p. 102: “[...] parece que a sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro ganharia em efetividade se fosse possível a ordem de pagamento sob pena de multa. Como é lógico, jamais seria admissível a ordem de pagamento sob pena de multa contra aquele que não dispõe de patrimônio. De modo que a ordem sob pena de multa somente poderia ser endereçada à parte que detém patrimônio, e portanto desobedece à sentença ainda que podendo cumpri-la.”

43. Para Marcelo Lima Guerra, que há muito defende a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas nas execuções por quantia certa, tais medidas “podem ser empregadas tanto como coadjuvante da expropriação forçada, quanto como alternativa a ela”, sempre à luz das circunstâncias concretas do caso (*Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 153). Complementa Lima Guerra (mesma obra, p. 155): “[...] a exigibilidade da multa diária — como, de resto, é o caso em qualquer medida coercitiva — está subordinada à possibilidade material do devedor cumprir os atos, cuja prática se busca compelir, precisamente, através da multa. Não parece, contudo, razoável que se atribua ao credor, exclusivamente, o ônus de demonstrar tal possibilidade, justificando-se que se atribua ao devedor o ônus de demonstrar a impossibilidade

À vista do comportamento reprovável e emulativo do devedor, outras medidas coercitivas além da multa podem ser cogitadas, até mesmo medidas completamente atípicas, utilizando-se para tanto a norma aberta do art. 461, § 5º, do CPC, que consagra verdadeiro “poder geral de efetivação”, aplicável às execuções de pagar, alguns chegando a sugerir a possibilidade de inclusão do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito (como é o caso do conhecidíssimo SPC)⁴⁴. Quando houver necessidade de vencer a resistência de devedores manifestamente recalcitrantes, tal possibilidade não deve ser descartada. É claro que as medidas coercitivas mais duras só serão legítimas se vierem acompanhadas do procedimento devido, garantido o contraditório prévio. Aliás, embora o citado art. 461, § 5º, do CPC autorize o atuar de ofício do juiz, é conveniente que se evite ao máximo essa atuação, a ser guardada para casos excepcionais, em função da indisponibilidade dos interesses em jogo. Ou seja, à luz do princípio da efetividade da execução, não há óbice à determinação de medidas coercitivas duras nas execuções de pagar, contanto que sejam proporcionais e tenham sido autorizadas no bojo de um procedimento legítimo, ou melhor, legitimante.

E quanto ao meio coercitivo mais drástico de todos, a privação de liberdade? Mesmo que não houvesse impedimento constitucional, a privação coercitiva de liberdade em execuções de pagar dificilmente passaria pelo teste da proporcionalidade. À evidência, prender alguém para obter o pagamento de uma dívida pecuniária não se afigura razoável. A não ser que... A não ser que se trate de dívida alimentar, envolvida com a subsistência do credor. Cuidando-se de dívida alimentar, a própria Constituição ressalva a possibilidade de prisão (art. 5º, LXVII), pela óbvia razão de que o direito à liberdade, embora valiosíssimo, não chega a ombrear-se ao direito à vida. Assim, o devedor de alimentos — obrigação de pagar —, não fica sujeito apenas a desconto de salários e penhora de bem de família, como autorizado de modo expresso pelos arts. 649, § 2º, do

material em praticar os respectivos atos, a fim de afastar a incidência da multa.” Teríamos aí, então, a atribuição de mais um encargo probatório para o executado, atribuição esta que, como já demonstramos em outro ponto do trabalho, afina-se perfeitamente com o princípio da efetividade da execução.

44. A expressão “poder geral de efetivação” é usada por Fredie Didier Jr., Esboço de uma teoria da execução civil, *Revista de Processo*, n. 118, nov./dez. 2004, p. 26. Um pouco à frente, no mesmo escrito, informa Didier Jr.: “No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, consagrou-se prática de execução indireta para pagamento de quantia não-tipificada: a inscrição do devedor/executado nos cadastros de proteção ao crédito [...]” Marcelo Lima Guerra menciona a mesma possibilidade, aduzindo (*Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 157) “que o uso de medidas coercitivas inominadas, diversas da multa diária, pode ser de grande eficácia, também para contornar os problemas associados aos casos de insolvência formal do devedor, em descompasso com sinais de riqueza aparente. [...] Em tais casos, a cominação de medida coercitiva pode gerar o mesmo efeito ‘mágico’, de fazer surgir do ‘nada’ o dinheiro devido, que causa, em hipóteses semelhantes, na execução de prestação alimentícia, a ameaça de prisão do devedor.” No mesmo sentido, a interessante monografia de final de curso de Paulo Henrique Camargo Trazzi, *O amplo uso de meios atípicos de coerção, inclusive a negativação do nome do devedor no “SPC”*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2007.

CPC e 3º, III, da Lei 8.009/90, respectivamente. Fica sujeito ainda à prisão coercitiva. E isso não só quando os alimentos derivarem do direito de família, mas também quando a gênese for a responsabilidade civil. Tal abrangência já é reconhecida em relação ao desconto de salários e à penhora de bem de família⁴⁵, devendo doravante ser reconhecida também no tocante à prisão civil. Do ponto de vista axiológico, com efeito, não há por que privilegiar o credor de alimentos oriundos do direito de família. E nem a nossa Constituição o faz. O direito à vida embutido no crédito alimentar não distingue a origem dos alimentos. Seja qual for a origem, o direito à vida implicado no crédito alimentar deve prevalecer sobre o direito à liberdade, respeitadas as condições impostas constitucionalmente (inadimplemento voluntário e inescusável de dívida atual). Eis aí uma tese ainda minoritária, mas que, com o apoio hermenêutico do princípio da efetividade da execução, deve ganhar expressão e espaço⁴⁶.

Antes de passar adiante, assinala-se que efetividade gera efetividade. Quanto mais diversificado e eficiente for o arsenal executivo, menos compensadora será a resistência do devedor, e melhor funcionará o sistema. É essa corrente virtuosa que os meios executivos coercitivos podem ajudar a acender.

4.3. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E AS IMPENHORABILIDADES

Restou assentada acima uma repercussão muito importante da supremacia do princípio da efetividade da execução: o estímulo aos meios executivos coercitivos, evitando-se a utilização dos meios sub-rogatórios, amiúde problemática. Não se conseguindo todavia escapar da execução sub-rogatória, nem por isso deixará de ser sentida a influência do princípio da efetividade.

Sobretudo a penhora é um território fértil para a força normativa do princípio da efetividade da execução. Afinal, como já enfatizado, o sistema brasileiro mostra-se, em mais esse terreno, excessivamente favorável ao devedor, alargan-

45. No caso dos descontos, confira-se o Recurso Especial 194.581-MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgamento unânime em 19/05/05: "Responsabilidade civil. Lesões corporais seguidas de morte. Indenização por ato ilícito. Danos morais. Cabimento. Pensão de natureza alimentar. Pagamento através de desconto em folha. Admissibilidade. Inteligência do art. 1.537, II, do antigo Código Civil." Já no que concerne à possibilidade de penhora de bem de família, confira-se o Recurso Especial 437.144-RS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgamento unânime em 07/10/03: "O comando do art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito — acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora — e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que [se] mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência."

46. A tese é brilhantemente defendida por Eduardo Talamini, Prisão civil e penal e "execução indireta" (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal), *Revista de Processo*, n. 92, out./dez. 1998.

do demais as hipóteses de impenhorabilidade⁴⁷. Temos aí um sinal claro da doença do nosso sistema executivo: a exceção não é a impenhorabilidade, mas sim a penhorabilidade! Confira-se a propósito, no excelente *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, de THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, uma lista de bens considerados impenhoráveis pelos nossos tribunais. Figuram nessa lista: antena parabólica, aparelho de som, freezer, máquina de lavar louças, máquina de lavar roupas, microondas, secadora de roupas⁴⁸. Ao ângulo subjetivo também houve significativos alargamentos. Para afirmar a impenhorabilidade do bem de família do solteiro, o Superior Tribunal de Justiça chegou a recorrer a um certo sentimentalismo: “não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão”⁴⁹. Pior de tudo, a aplicação das impenhorabilidades foi feita muitas vezes de maneira intransigente, criando situações de clamorosa injustiça. Ilustração campeã, nesse departamento, é dada pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade, por força da Lei nº 8.009/90, de o fiador executar bem residencial do locatário afiançado⁵⁰. Ou seja, o fiador paga a dívida do locatário (pagamento que pode envolver a perda de bem residencial do fiador) mas não pode recuperar o que pagou, mesmo o locatário afiançado tendo patrimônio. Difícil, positivamente, imaginar situação mais afrontosa a uma noção elementar de justiça.

Além de criar um legião imensa de exequêntes “sem-penhora” — contribuindo decisivamente para o fracasso da nossa execução expropriatória e subrogatória —, esse protecionismo ilimitado no campo da impenhorabilidade revelou, com eloquência, um traço marcante das execuções no Brasil: a quase “invisibilidade” do credor, tornado um figurante secundário da cena processual, titular de uma abstração igualmente despienda: o crédito⁵¹.

47. Embora seja ponderosa a norma da menor onerosidade, “é preciso estar atento a não exagerar impenhorabilidades, de modo a não as converter em escudos capazes de privilegiar o mau pagador” (Cândido Rangel Dinamarco, *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*, cit., p. 298). Por conta dos excessos nesse campo, surgiu a proposta da “média nacional de conforto”, já mencionada antes, para regular adequadamente a aplicação concreta das impenhorabilidades (Luiz Rodrigues Wambier, *A crise da execução...*, cit.). Além de Dinamarco e Wambier, vários outros autores ilustres já reclamaram de excessos no campo da impenhorabilidade.

48. Theotônio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36. ed. (atualizada até 10/01/04), São Paulo, Saraiva, 2004, p. 1.245.

49. EREsp 182.223-SP, Rel para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgamento por maioria em 06/02/02.

50. Nesse sentido, Recurso Especial 255.663, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julgamento unânime em 29/06/00 e Recurso Especial 263.114-SP, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, julgamento unânime em 10/04/01.

51. Bem reveladora da pouca importância dada ao crédito e a seu titular é a ementa do Recurso Especial 162.205-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgamento unânime em 06/06/00: “Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Não podem ser objeto da constrição judicial os móveis que guarnecem a casa destinada à moradia do casal ou da entidade familiar. Excluem-se os veículos de transporte, as obras de arte e adornos suntuosos. Não há como ampliar essas exceções, com base em equivocado entendimento de que a impenhorabilidade só alcançaria o indispensável às necessidades básicas, ligadas à sobrevivência.” Como se vê, prevalece a unilateralidade. Não se enxerga a mais remota preocupação com os interesses do credor, com a efetividade da execução e com a necessidade ética de respeitar e garantir o crédito.

Felizmente, as reformas abrandaram esse protecionismo exagerado (progresso que poderia ser mais acentuado não fossem dois vetos apostos pelo Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em relação ao texto da Lei nº 11.382/06). Persistem, porém, hipóteses questionáveis de impenhorabilidade, as quais podem gerar, concretamente, graves injustiças. Saliente-se, a propósito, que as impenhorabilidades incidem mesmo na presença de ilícitos extracontratuais, por mais condenáveis que sejam e por mais graves que se revelem as suas conseqüências (regime só excepcionado, como já mencionamos, quando estão em jogo créditos alimentares). No entanto, graças à incidência do princípio da efetividade, também a área das impenhorabilidades pode experimentar releituras bastante proveitosas.

O princípio da efetividade da execução inspira-se em outros princípios e valores extremamente caros à nossa ordem constitucional, como o acesso à justiça — aí embutida a garantia da duração razoável do processo —, a moralidade, a vedação do enriquecimento sem causa. Demais, onde a execução não é efetiva, não se cumprem os escopos políticos da jurisdição: o Estado não afirma o seu poder-dever de pacificar os conflitos e acaba favorecendo reações sociais pouco desejáveis (descrença no sistema e/ou busca de justiça pelas próprias mãos). Não bastasse, a efetividade da execução remete a uma regra universal — e elementar — de direito e justiça: aqui ou na Lua, as obrigações existem para ser cumpridas. Só que as impenhorabilidades agridem todos esses valores alocados no princípio da efetividade da execução, repercutindo negativamente no campo econômico também, na medida em que desprestigiam o crédito⁵². Tantas agressões podem ser toleradas? Sim, mas só se estiverem estritamente a serviço da dignidade do devedor, da proteção do seu mínimo existencial. Presente essa valia, admite-se a violação, ou melhor, o recuo, o afastamento temporário, dos relevantíssimos valores defendidos pelo princípio da efetividade da execução. O problema, reitera-se, é que certas hipóteses de impenhorabilidade tendem a desbordar da missão de proteger a dignidade e o mínimo existencial do devedor, tornando-se ilegítimas, inconstitucionais. Recorde-se a lista de bens considerados impenhoráveis pelos nossos tribunais e indague-se: será realmente que a posse de máquina de lavar louça é imprescindível a uma vida digna? Não se está banalizando e “consumerizando” em excesso a noção de dignidade? Por outro lado, será que o crédito vale tão pouco assim no Brasil? Um país que trata tão mal o crédito tem condições de progredir econômica e moralmente?

Qual é então o papel do princípio da efetividade no setor da penhora? Primeiro: assentar firmemente a noção de que as hipóteses de impenhorabilidade, na medida em que afetam valores os mais relevantes da nossa ordem jurídica (e

52. Não é preciso ser *expert* em economia para perceber que dificuldades excessivas na recuperação dos créditos não solvidos tendem a encarecer a concessão dos créditos em geral, em detrimento do conjunto da população. Esse é um dos traços negativos da concepção individualista que preconiza a defesa intransigente do devedor.

de qualquer ordem jurídica), devem ser consideradas excepcionais e assim interpretadas, só se admitindo a impenhorabilidade quando realmente útil à proteção da dignidade e do mínimo existencial do devedor. Segundo: servir à “fiscalização” do caráter necessariamente excepcional das impenhorabilidades.

Como operaria a “fiscalização” mencionada? Através do princípio da efetividade da execução, solidamente arrimado em normas constitucionais, poderíamos chegar à inconstitucionalidade abstrata de algum inciso do art. 649 do CPC ou de algum dispositivo da Lei nº 8.009/90 (que continua de pé, sofrendo apenas derrogação)? Não chegamos a tanto. Declarar a inconstitucionalidade abstrata parece um passo ousado demais, e portanto inconveniente — se a jurisdição constitucional ousa demais, corre o risco de desvalorizar-se, tornar-se voluntarista. No entanto, entendemos possível, sim, reconhecer concretamente a existência de *incidências inconstitucionais* das regras de impenhorabilidade, possibilitando o afastamento dessas regras em casos determinados⁵³. Tal afastamento concreto será especialmente lícito e desejável quando: a) a impenhorabilidade invocada pelo devedor não se revelar essencial à proteção da sua dignidade; b) o exequente mostrar-se hipossuficiente, sob o prisma substancial, em relação ao executado; c) houver algum tipo de malícia na conduta do executado. Dos requisitos listados acima, o primeiro sem dúvida é o mais relevante, mas os outros dois eventualmente poderão tornar-se decisivos, como no caso que passaremos a analisar.

Pois bem, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, algumas vezes aqui criticada, comparece com ótimo precedente acerca da possibilidade — e necessidade — de relativizações concretas das regras de impenhorabilidade. Trata-se do Recurso Especial 554.622-RS, Rel. o Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento unânime em 17/11/05. Na ementa do excelente acórdão, ficou assentado: “A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei 8.009/90, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva.” Em seu voto, declarou o Relator: “Tudo tem limites, todavia, e nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva [...]”. Por seu turno, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, para ratificar as conclusões do Relator, explorou as peculiaridades do caso: “No caso, há uma inversão de bem de família, ou seja, o devedor tirou o bem de família do credor e, nessa medida, o bem de família que

53. Confirmam-se a propósito os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in Luís Roberto Barroso, org., *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 375): “[...] Essa situação — aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultados inconstitucionais — começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional in concreto, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha.”

foi retirado por um ato que configurou uma enganação, um rompimento da boa-fé objetiva, não está alcançado por aquele precedente que, de forma geral, entendeu que, na verdade, não pode haver a renúncia do bem de família, mas isso, é claro, admitindo-se a hipótese da normalidade. Quando se enfrenta uma peculiaridade dessa natureza, que está configurada nos autos, ou seja, três famílias pobres e, portanto, sem cultura, sem saber específico, que habitam em uma mesma casa pequena e são procuradas por uma empresa de engenharia, que lhes oferece uma permuta de bem, pega o terreno para construção e lhes oferece dois apartamentos nesse mesmo prédio, não vindo a cumprir a obrigação, e já tendo sido retirado o bem de família dessas pessoas, que hoje são as credoras, evidentemente não se pode aplicar a solução técnica em um caso no qual não havia tal peculiaridade." Por último votou o Ministro Humberto Gomes de Barros, que afirmou: "[...] houve uma fraude, e nós juízes existimos justamente para preservar a lei contra as fraudes."

Melhor caso não poderia haver para demonstrar o caráter não absoluto das impenhorabilidades, independentemente do que diga a lei. Note-se que não se tocou na questão da dignidade ou do mínimo existencial dos devedores, porque outros valores falaram mais alto, a saber, a hipossuficiência dos credores e principalmente a necessidade de fazer valer o princípio da boa-fé. Ou seja, a penhora que foi autorizada pode até ter afetado a dignidade dos devedores. Se fosse, porém, reconhecida a impenhorabilidade, lesão muito mais grave adviria, atingindo-se em cheio a dignidade dos credores, hipossuficientes e inocentes. Mais uma vez resta demonstrado que a tese do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana é uma tese bem-intencionada mas ingênua, olvidando a realidade: muitas vezes a preservação da dignidade de um violenta intensamente a dignidade de outro, ou de muitos outros⁵⁴.

O precedente do Superior Tribunal de Justiça acima citado deixa patente a importância do trabalho hermenêutico na área das execuções de pagar. Daí o mérito da introdução de cláusula relativizadora no âmbito da impenhorabilidade dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, permitindo-se a penhora dos bens que sejam "de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida" (art. 649, II, do CPC, com redação da Lei nº 11.382/06). Em vez de uma impenhorabilidade rígida, a própria lei oferece a possibilidade de modulação concreta da extensão da impenhorabilidade, viabilizada pela textura aberta da cláusula relativizadora. Tratando-se de cláusula aberta, o juiz não fica nem um pouco engessado, podendo sopesar com maior liberdade os valores em jogo e

54. Ao mesmo tempo em que defende a ampliação da incidência da Lei nº 8.009/90 no âmbito do Judiciário Comum, Amilton Bueno de Carvalho, no texto já anteriormente citado — Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo —, sustenta, p. 56, que "no Judiciário Trabalhista não se aplica, de regra, a Lei 8.009", apresentando-se situação em que "as 'dignidades' estão em conflito", a do devedor versus a do trabalhador, ficando o direito alternativo ao lado do último. Essa posição de Bueno de Carvalho reforça a necessidade de relativização dos comandos consagradores de impenhorabilidades.

considerar os quesitos da proporcionalidade. Sobretudo, pode o juiz avaliar concretamente se a impenhorabilidade invocada pelo devedor não extrapola a sua legítima destinação. Nem é preciso dizer que esse esquema normativo potencializa a aplicação do princípio da efetividade da execução, ao mesmo tempo em que inibe a ocorrência de injustiças, notadamente naqueles casos em que as impenhorabilidades vêm socorrer um devedor malicioso e mais abastado do que o credor. Tudo isso sem prejuízo do que sustentamos no parágrafo anterior: mesmo à míngua de uma cláusula relativizadora expressa, como a inserta no art. 649, II, do CPC, o juiz está autorizado pelo princípio da efetividade a mitigar concretamente outras hipóteses de impenhorabilidade (aplicação que naturalmente exigirá dose maior de cautela, aí incluída a necessidade de fundamentação mais elaborada na decisão em favor da relativização).

Em suma, na seara da penhora, o princípio da efetividade da execução atua com grande desembaraço na hipótese do art. 649, II, do CPC, aproveitando a cláusula expressa de relativização existente. Nos outros casos de impenhorabilidade, mesmo sem o apoio de ressalva legal expressa, o princípio da efetividade pode interferir. Valendo-se da sua força constitucional, o princípio proporciona ao sistema uma *cláusula implícita de relativização*, sempre ao alcance do juiz.

4.4. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Nas duas seções anteriores, especialmente na última, verificou-se que a solução das controvérsias na órbita da execução pode envolver aspectos ligados à boa-fé. De uma forma geral, o princípio da menor gravosidade da execução deve arrefecer quando o executado assume postura emulativa, ou seja, quando resiste à satisfação do crédito exequendo mesmo tendo recursos, querendo assim “cansar” o credor, até o levar à exaustão. Por identidade de razões, é o princípio da efetividade que deve recuar se a conduta maliciosa parte do exequente. Percebe-se claramente, portanto, que a questão ética não é irrelevante no plano da execução, muito pelo contrário.

Sensível à questão ética e atenta às regras de experiência — as quais demonstram que partem do pólo passivo os deslizos mais freqüentes —, a reforma impôs deveres de lealdade e veracidade mais rigorosos ao executado. A título de ilustração, confira-se a nova redação do inciso IV do art. 600 do CPC: tornou-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que, “intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores”⁵⁵. Ou seja, estabeleceu-se para o executado um dever positivo de transparência. Ele fica obrigado a prestar informações preci-

55. Saliente-se que a redação do art. 600, IV, do CPC não mudou tanto assim. Antes da modificação, era considerado atentatório o ato do executado que “não indica ao juiz onde se encontram os bens

sas sobre o patrimônio penhorável, mesmo que tais informações venham a prejudicar — é o que normalmente ocorrerá — a sua estratégia defensiva. Restou prestigiado, dessa forma, o princípio da boa-fé, algo que pode ser considerado mais um efeito notável da reforma.

Em outras esferas, o princípio da boa-fé já vem há muito exercendo papel transcendente. Grande exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor, cuja sistemática ancora-se em boa parte no princípio da boa-fé objetiva. A própria Constituição brasileira impulsionou bastante o princípio da boa-fé, ao proter um Estado profundamente ético e frisar a exigência de moralidade em várias ocasiões⁵⁶. No terreno das execuções de pagar, contudo, o princípio tem atuado com excessiva parcimônia. Não são comuns precedentes como o examinado há pouco, enaltecendo a boa-fé. Ao contrário, práticas bastante reprováveis têm sido toleradas e chanceladas pela jurisprudência. O abuso do direito de defesa, conquanto sancionado no plano da antecipação de tutela (art. 273, II, do CPC), vem repercutindo escassamente no círculo da execução forçada.

No excepcional artigo aqui citado inúmeras vezes, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO apresentou boa ilustração desse quadro de pouco apreço pelo princípio da boa-fé: “[...] O outro fato a que me refiro é um acórdão no qual um tribunal paulista afirmou ser legítima e não constituir litigância de má-fé a prática consistente em resistir indefinidamente à execução, inclusive mediante recursos protelatórios; sustentou o voto condutor desse acórdão que ao devedor é lícito ganhar tempo à espera de melhores oportunidades para pagar mais comodamente, ou para criar

sujeitos à execução.” Com essa redação, no entanto, o dispositivo quase não era aplicado. Agora, o dispositivo ganhou redação mais incisiva. Além disso, a Lei no 11.382/06 incorporou ao nosso estatuto processual outros comandos no mesmo sentido, quais sejam, o art. 652, § 3º — “O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora” — e o art. 656, § 1º — “É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).” Com esse conjunto de inovações, espera-se que comece a haver, na prática, um rigor maior em relação à conduta processual do executado.

56. Evidentemente, toda ordem jurídica tem compromisso com a moral. Todavia, no caso da Constituição brasileira, uma constituição altamente axiológica e substancialista, a aliança entre direito e moral mostra-se bastante forte. Sobre o tema disserta muito bem Diogo Figueiredo Moreira Neto (A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995). Para ele, não temos ainda um Estado de Justiça, “o advento da plenitude ética na política” (p. 19), mas a Constituição brasileira avançou bastante no caminho da submissão do poder à moralidade, cuidando ela não só da legalidade e da legitimidade mas também da licitude, presente esta “em nada menos que cinquenta e oito menções à moralidade no seu texto, sendo que dez dedicadas à moralidade na administração pública.” Destaque-se a respeito, para fins de ilustração, dois dispositivos constitucionais: o art. 5º, LXXIII (tornando causa específica de ação popular a lesão à moralidade administrativa) e o art. 37, *caput* (elevando a moralidade à condição de um dos princípios magnos da administração pública).

condições de obter um bom acordo... naturalmente, à custa do cansaço do credor e das suas angústias por receber ao menos parte do que lhe é devido”⁵⁷.

Ilustrativas, outrossim, são algumas posições pretorianas. Tome-se mais uma vez a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima das questões infraconstitucionais. Lá é possível ver, sem dúvida alguma, orientações sensíveis ao princípio da boa-fé⁵⁸. Mas existem também, reconheça-se, linhas jurisprudenciais pouco simpáticas ou no mínimo indiferentes ao princípio da boa-fé. Um primeiro exemplo está no enunciado 195 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.” De acordo com tal enunciado, motivos puramente processuais têm o condão de impedir sejam reprimidas fraudes perfeitamente identificadas⁵⁹. Também mostra indiferença em relação ao princípio da boa-fé o entendimento de que “a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei n° 8.009/90”, pois o benefício seria indisponível, coberto por normas de ordem pública, em favor não só do devedor mas também da sua família⁶⁰. Há até motivos nobres a justificar esse entendimento, mas ele inegavelmente se presta a práticas protelatórias e pouco nobres, contra as quais o exequente praticamente não possui defesa, já que muitas vezes não terá como identificar no bem dado à penhora um bem de família, situação que pode depender de comprovação mais demorada⁶¹.

Agora, tudo pode, e deve mudar de figura. As alterações legais havidas têm o efeito de fortalecer o princípio da boa-fé na seara da execução (o que, aliás, já

57. Cândido Rangel Dinamarco, Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 296.

58. Confira-se por exemplo o Recurso Especial 170.140-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgamento unânime em 07/04/99: “De acordo com a orientação jurisprudencial que se firmou na Quarta Turma, se o bem penhorado retorna ao patrimônio do devedor em virtude da procedência de ação pauliana, não tem aplicação a impenhorabilidade preconizada pela Lei n. 8.009/90, sob pena de prestigiar-se a má-fé do devedor.”

59. José Luiz Bayeux Filho sustenta brilhantemente a possibilidade de reconhecimento da fraude contra credores alegada pelo exequente em embargos de terceiro (Fraude contra credores e fraude de execução, *Revista de Processo*, n. 61, jan./mar. 1991, pp. 255/256): “Os entes processuais não têm uma existência física, que obrigue o intérprete a aceitar que uma sentença seja declarativa ou constitutiva, com a mesma rigidez que se aceita que uma vaca é uma vaca e não um cavalo. [...] Mais razoável nos parece interpretar-se essa situação jurídica à luz do princípio maior: *fraus omnia corrumpit*. Se *fraus* se comprovou, o ato está corrompido, e assim pode ser declarado. [...] E é em nome dessa ‘Raison Reasonable’, em nome da tão decantada *instrumentalidade do Direito Processual*, que advogamos a tese daqueles que admitem, em caráter excepcional, que, desde que *provada*, desde que *evidenciada*, nos embargos de terceiro, a ocorrência de fraude contra credores, esta deve ser pronunciada, rejeitados os embargos e mantida a penhora.”

60. Recurso Especial 511.023-PA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgamento unânime em 18/08/05.

61. Também dá margem a fraudes o entendimento de que a “circunstância de já ter sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou de ficar no patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído” (Recurso Especial 121.797-MG, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento por maioria em 14/12/2000).

deveria ter ocorrido há muito tempo, mesmo sem ação legislativa, até porque o velho art. 125, III, do CPC atribui ao juiz o dever de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”). Além das alterações legais, a valorização da efetividade da execução tonifica ainda mais o princípio da boa-fé. A exigência de boa-fé, já o dissemos, é bilateral. Mas sem dúvida a aplicação do princípio contribui preponderantemente para o aumento da efetividade das execuções. Por isso, pode-se dizer que os princípios da efetividade e da boa-fé freqüentemente terão atuação conjunta, este auxiliando aquele. A malícia do devedor não pode ser estimulada ou premiada, devendo atrair, ao revés, enérgicas medidas sancionatórias, as quais direta ou indiretamente ajudarão a efetividade da execução.

Enfim, a hora é de levar a sério o princípio da boa-fé também no campo das execuções de pagar, a bem da efetividade dessas execuções, em atenção ainda à força normativa da Constituição pátria.

4.5. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO, O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E O SETOR PROCEDIMENTAL

Por último, aborde-se o setor procedimental, que igualmente não pode escapar à influência do princípio da efetividade da execução. Para que tal influência se concretize, mais uma alteração de rota mostra-se crucial, qual seja, a valorização da instrumentalidade das formas no campo executivo. Eis aí mais uma das idiosincrasias das execuções de pagar: enquanto em outros recantos processuais a presença da instrumentalidade tem sido marcante, no sítio da execução ela comparece de forma discreta, o que representa mais uma causa de inefetividade.

Como se sabe, efetividade e instrumentalidade são figuras intimamente ligadas, aparecendo ambas como protagonistas das grandes conquistas metodológicas do direito processual nas últimas décadas. Todavia, a distinção entre os dois termos não costuma ser estampada com clareza. Essa questão terminológica tem alguma relevância, mas aqui não há espaço para aprofundá-la. Diga-se simplesmente que, a nosso juízo, a instrumentalidade — no sentido de flexibilidade de formas, fungibilidade de meios⁶² — representa o caminho, a

62. Explorando magistralmente o princípio da fungibilidade, que a bem da instrumentalidade do processo não pode ficar restrito à seara recursal, confirmam-se os seguintes ensaios da Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier: Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001; O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo, Revista dos Tribunais, n. 821, mar. 2004 (versão atualizada e ampliada do primeiro texto); e O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade, Revista de Processo, n. 137, jul. 06. Nesse último texto, diz Teresa Wambier: “O de que a doutrina ainda não se deu conta de forma satisfatória é que este princípio tem um espectro de incidência muito mais amplo. Esta afirmação é decorrência direta e inexorável da razão de ser deste princípio, tão afeiçoado à

trilha, enquanto a efetividade constitui o porto final da jornada, a destinação teleológica última⁶³.

Dessa forma, a valorização da instrumentalidade no campo executivo significa a escolha das formas e das técnicas mais afeiçoadas ao propósito da efetividade da execução. A propósito, ensina JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, citação obrigatória quando se debate a questão da efetividade do processo⁶⁴, que é falsa a idéia de uma oposição entre efetividade e boa técnica: “[...] quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades”⁶⁵. Usamos aqui um adendo ao ensinamento do grande mestre. Em regra não existirá, realmente, incompatibilidade entre técnica e efetividade. Casos há, no entanto, em que a técnica não se mostra unívoca, podendo levar tanto ao sul como ao norte. Nesses casos, um e outro viajantes, embora separados por milhares de quilômetros, podem dizer-se acompanhados pela técnica. Isso porque há técnicas e técnicas, umas levando ao Oiapoque, outras ao Chuí. Ou, se preferirem, existem diferentes leituras da técnica processual, conforme os fins a instrumentalizar. Em consequência, nem sempre uma solução considerada técnica será a mais indicada, vez que o só fato de ser abençoada pela técnica não garante a sua adequação teleológica. Continua importante verificar se a solução dada a um determinado problema está de acordo com o figurino técnico, mas isso não basta nos dias atuais; há de se ver também se a técnica adotada mostra-se compatível com as finalidades do sistema. Sem o referencial dos fins, a técnica

processualística contemporânea: não pode a parte ser prejudicada pela circunstância de doutrina e jurisprudência não terem chegado a um acordo quanto a qual seja o meio adequado para se atingir, no processo, determinado fim. [...] Não só na esfera dos recursos ocorrem situações como esta. Com efeito, às vezes a parte fica em dúvida até quanto ao tipo de ação deve manejar!...” (pp. 134-135).

-
63. Com o imprescindível amparo de Cândido Rangel Dinamarco (*A Instrumentalidade do Processo*, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 391), vale consignar que a “*instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo*. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir [...]”; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.
64. Os cinco requisitos básicos para um processo merecer a qualificação de “efetivo”, listados e desenvolvidos por Barbosa Moreira em texto clássico (*Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*, *Temas de Direito Processual: terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984), até hoje são vistos como índices obrigatórios em qualquer discussão sobre a questão da efetividade processual.
65. Barbosa Moreira, *Efetividade do processo e técnica processual*, *Temas de Direito Processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 28.

não se sustenta, sendo uma noção insuficiente. A dogmática processual não ficou indiferente ao exuberante pluralismo dos dias contemporâneos. Os conceitos e a técnica continuam sendo elementos importantes no mundo do processo, mas cederam espaço, muito espaço, para hermenêutica centrada nos valores e fins que se extraem do sistema.

Aplicando o que acabou de ser dito ao campo da execução, miremos novamente o modelo da pureza funcional, de que resultava a exigência de um processo autônomo para a atividade executiva. Era um modelo técnico e lógico? Certamente. Mas a técnica usada estava muito mais a serviço da segurança do que da efetividade. Quando chegou a estação da efetividade, o modelo tornou-se indesejável, em que pese a sua inspiração técnica. Considere-se outro exemplo, mais específico: a discussão acerca do termo inicial do prazo de quinze dias previsto no art. 475-J do CPC (prazo para pagar o valor da condenação estipulada na fase cognitiva, sob pena de multa de dez por cento). Para o prazo fluir, deve haver alguma intimação? Havendo intimação, a quem se destinará? À parte ou ao seu advogado? Doutrinadores ilustres defendem a necessidade de intimação pessoal da parte, já que o ato a ser praticado — o pagamento — é ato da parte, não do advogado⁶⁶. Tal entendimento reverencia a técnica? Sem dúvida (basta ver o gabarito dos seus defensores). Do ponto de vista teleológico, no entanto, o entendimento deixa a desejar. Se pudesse prevalecer, frustraria uma das medidas mais elogiadas da reforma, o cancelamento do processo autônomo de execução por título judicial (ressalvadas algumas poucas exceções). Deveras, mesmo nominalmente existindo um processo só, a necessidade de intimação pessoal faria com que tivéssemos, em termos práticos, a mesma situação e o mesmo embaraço do tempo do processo autônomo de execução. Seria muito mais uma mudança de nomenclatura, entrando “intimação” no lugar de “citação”, com ganho quase nulo em termos de celeridade⁶⁷.

Portanto, a instrumentalidade consiste em forte aliada da efetividade da execução, sendo o norte da efetividade que deve regular as técnicas e as formas do campo executivo. Aqui, reitera-se esperança já manifestada no tópico anterior, versando sobre o princípio da boa-fé: a esperança de que tendências muito fortes em outras terras do mundo jurídico empolguem também o país da execução.

66. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara, *A Nova Execução de Sentença*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 113-114; e também José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento de sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/05), *Revista de Processo*, n. 136, jun. 2006.

67. É claro que, prevalecendo o entendimento por nós considerado correto, é bem provável que venha a se multiplicar o número de renúncias por parte dos advogados dos executados, exatamente para forçar a intimação pessoal, o que será lamentável (e eventualmente caracterizará ato atentatório à dignidade da justiça). É o que teme também Carlos Alberto Carmona, *Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005*, in *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 68.

Por último, aponha-se a ressalva, ditada pela prudência, de que a flexibilização das formas é salutar até um certo ponto, podendo deparar com barreiras insuperáveis, fixadas constitucionalmente. Flexibilizações radicais devem ser rejeitadas, na medida em que prejudicam um dos pilares maiores de qualquer sistema processual: a previsibilidade dos seus comandos. Sem previsibilidade, o devido processo legal fraqueja e se acentuam em demasia os poderes judiciais, ficando comprometida a legitimidade das medidas executivas. Em qualquer compartimento processual, o equilíbrio é de ouro. Assim, algumas medidas mais ousadas propostas neste trabalho em prol da efetividade da execução só podem materializar-se após o cumprimento inflexível das garantias ligadas ao devido processo legal.

5. PALAVRAS FINAIS

Esperamos ter demonstrado o óbvio: mudar a lei foi um passo importante que se deu, mas ainda insuficiente. Sob pena de fenecerem os ideais que presidiram as reformas, é preciso haver mudança correspondente na mentalidade dos que operam o sistema, abrandando-se o excessivo protecionismo em favor do executado. A partir dessa mudança de mentalidade, deverão prevalecer interpretações mais preocupadas com o aspecto da efetividade da execução, índice decisivo para se aferir a efetividade geral do processo civil brasileiro. De fato, sem uma execução efetiva não há o desejável "processo de resultados", tão encarecido na quadra atual do processualismo, mas sim um processo de grandes frustrações e de *maus* resultados. Assume especial relevância hermenêutica, então, o fortalecimento do princípio da efetividade, a incidir em todas as frestas do campo executivo, atraindo para a lida outros princípios de grande envergadura, como os princípios da boa-fé e da instrumentalidade, de resto princípios bastante prestigiados fora da área executiva. Percebe-se, aliás, que nem estamos pedindo muito para a área específica das execuções: queremos apenas que ela seja "contaminada" pelos avanços e conquistas ocorridos em outros setores do Direito.

Com o pretendido fortalecimento do princípio da efetividade, é natural que reflua o princípio da menor gravosidade da execução para o executado. Ressalve-se, porém, que o princípio da menor gravosidade, embora menos valorizado, deve continuar ativo e alerta. À base desse princípio, afinal, encontram-se idéias humanistas e generosas que não podem ser abandonadas, ainda mais em um país como o nosso, repleto de miséria e desigualdade. A desmesurada proteção do devedor, no entanto, deve ser evitada. Ela deprecia o crédito, atinge valores fundamentais e desmoraliza o Estado-juiz, não dando conta a jurisdição dos escopos políticos com que está comprometida.

O que se deseja enfim é uma execução equilibrada, como preconizam enfaticamente vários dos autores aqui citados. Equilíbrio é a palavra de ordem. Para chegarmos a esse equilíbrio, no atual momento histórico, faz-se imperioso

incrementar a efetividade da execução, restabelecendo-se a visibilidade jurídica e a dignidade processual da parte exeqüente.

Niterói, março de 2007

6. BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAYEAUX FILHO, José Luiz. Fraude contra credores e fraude de execução. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, jan./mar., 1991.

BRÍGIDO, Carolina, GRIPP, Alan. STF jamais puniu um parlamentar: congestionamento de processos beneficiária investigados, que têm foro privilegiado. *O Globo*, 18/03/07, p. 3.

BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, jan./fev. 2004.

CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990: impenhorabilidade de imóvel residencial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, n. 43, 1991.

CALMON, Petrônio. Sentença e títulos executivos judiciais. In *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232. In *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 123, maio 2005.

_____. Do "cumprimento da sentença", conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não? In *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, Amilton Bueno. Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo. *Direito Alternativo em Movimento*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou Uma práxis em busca de uma teoria). *Direito Alternativo em Movimento*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIAS, Luciana Drimel. O ocaso das recentes reformas do CPC sob o enfoque da pós-modernidade e globalização. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, mar. 2005.

DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 118, nov./dez. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAILLACE, Jandyr Maya. Da alteração do processo de execução: sobre o PL 4.497/2004. In *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. *Estudos de Direito Processual*. Campo dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 375, set./out., 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento de sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/05). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 136, jun. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36. ed. (atualizada até 10/01/04). São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI, tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 342, abr./jun. 1998.

PINHEIRO, Armando Castelar, GIAMBIAGI, Fabio. *Rompendo o Marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm, BOTTINI Pierpaolo Cruz. O contexto da reforma processual civil. In *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e execução “indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). *Revista de Processo*. São Paulo, n. 92, out./dez. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. II, 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990.

TRAZZI, Paulo Henrique Camargo. *O amplo uso de meios atípicos de coerção, inclusive a negatificação do nome do devedor no “SPC”*. Monografia de final de curso. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*, coordenadores Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 821, mar. 2004.

_____. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, jul. 2006.