

A CONDENAÇÃO CIVIL E O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

*José Marcos Rodrigues Vieira**

SUMÁRIO: 1. A natureza jurisdicional da execução. 2. Autonomia da execução? 3. Evolução do Processo Civil Brasileiro na Execução. 4. Fontes jusromanistas. 5. Coisa julgada e título executivo. 6. Visão da Reforma. 7. *Tempus iudicati* e Efeito processual. 8. Direito material e Direito processual. 9. A Reforma e a Natureza Jurídica da Condenação.

RESUMO

II O autor analisa, com a maior segurança, a delicada questão processual da execução, que teve a sua natureza jurisdicional negada de início, e que passou a ser admitida perante o direito material quando se tratou de emancipá-la da cognição.

Analisa as diferenças estruturais dos dois tipos de processo: o da cognição, exaurido apenas com a declaração e sem a realização do direito e o da execução da sentença, sem a declaração e apenas com a realização do direito.

Passa ao estudo de coisa julgada e título executivo e analisa a Reforma, onde se fundem declaratividade e executividade com a ligação da intimação ao pagamento imediato, não sendo a condenação separada da execução. Elogia a Reforma, pois não vê obstáculos à compatibilidade da doutrina abstrata de ação com a eficácia da pretensão do direito material.

ABSTRACT

The author analyzes, with great security, the delicate procedural question of execution, which had its jurisdictional nature denied in the

* Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da FDUFG e da FMDPUCMG. Procurador Do Estado de Minas Gerais. Advogado.

beginning and that passed to be admitted ahead the material right when it was treated to emancipate it from cognition.

It analyzes the structural differences of the two types of process: the cognition, exhausted only with the declaration and without the accomplishment of the right and of the judgment's execution, without the declaration and only with the accomplishment of the right.

It passes to the study of final decisions and executive titles and analyzes the Reformation, where there is a fusion between declarativity and executivity with intimate linking to the immediate payment, not being the condemnation separated of the execution. Praises the reformation, because it does not see obstacles to the compatibility of the abstract action doctrine with the effectiveness of the material right pretension.

1. A NATUREZA JURISDICIONAL DA EXECUÇÃO

A execução, cuja natureza jurisdicional a princípio foi negada, passou a ser admitida entre os frutos autonomistas do processo perante o direito material, quando se cogitou de emancipá-la da cognição.

Parece ter sido decisiva a contribuição de CARNELUTTI¹, com sua *lide de pretensão insatisfeita*. Desde então não mais se duvidou do caráter contencioso da função executiva, suposta nova pretensão para o acréscimo de nova lide.

A continuidade da evolução da Ciência do Direito Processual, porém, põe ao inverso, as questões. Haveria mister separar-se a execução da cognição, para o aludido caráter jurisdicional? Haveria mister tal separação, para a autonomia da execução? Haveria mister a própria autonomia da execução?

A resposta às indagações impõe análise das deficiências estruturais dos dois tipos de processo: o de cognição, exaurido sem a realização do direito, apenas com a sua declaração; o de execução de sentença, apenas com a realização do direito, sem a declaração, pertencente a prévio processo.

¹ CARNELUTTI, Francesco – “Instituciones del Proceso Civil”, Vol. I, trad. de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1989, pág. 61.

2. AUTONOMIA DA EXECUÇÃO?

A emancipação da execução levou, simetricamente, ao requinte de identidade entre a execução de sentença e a dos títulos extrajudiciais. Sem que se lhes possa negar a similitude, tal simetria acarretou um ônus acrescido à execução de sentença, ao generalizar a imposição da abertura de processo - inauguralmente - executivo: o que, se para os títulos extrajudiciais, correspondentes a adiantamento de cognição, representa vantagem, para os títulos judiciais, formados sob cognição completa, não convém à suficiência e estabilidade da coisa julgada.

De modo um tanto reticente, não se reclama Ação Rescisória, mas os Embargos à Execução de Sentença se prestam, não raro, na hipótese do inciso II, do Art. 741, CPC, a desconstituir a coisa julgada, invadindo o rol restrito de admissibilidade daquela ação autônoma de impugnação. Chegam a ser utilizados, pois, como recursos contra sentença firme, do sistema de alguns processos europeus, ainda que se faça praça de um ilogismo em considerá-los "ação". E, outra vez paradoxalmente, falamos em coisa julgada como integrante do título executivo judicial, quando, na verdade, tal título só se aperfeiçoa no prosseguimento da Execução, após rejeitados (ou não opostos) os Embargos do Devedor.

Deriva daí o drama da eficácia sentencial condenatória, que tudo declara e nada executa. Ou que, por verdadeira ironia, executa *cum damno* ao credor, consistente no ônus da propositura de execução embargável, com nova possibilidade de Sentença.

A Reforma quer inserir como Decisão Interlocutória o julgamento de Impugnação (substitutiva dos Embargos do Devedor). E como Interlocutória, também, a Decisão da Liquidação, acaso necessária. Ambas confirmam a necessidade de provocação do Judiciário a executar, devendo ser do credor o ônus da execução. De fato, a execução civil não deve ser "per officium iudicis". Mas de tal exclusão não se segue que o ônus da execução deva ampliar-se ao de reabertura da cognição de mérito (mesmo que limitada) em confirmação do julgado exequendo.

Demorada reflexão levou a que se postule a aplicabilidade - subsidiária - do procedimento executivo ao executório (terminologias que podem ser revividas). É o que propõe a Reforma processual em tramitação: o legislador retrocederá, no percurso unificador-autonomista antes empreendido.

Poder-se-ia dizer que o Código vigente não se contentou com o caráter de fase processual, atribuído pelo CPC de 1939 à execução de sentença. A nova atitude legislativa, porém, não deixou de ter o seu (alto) custo. Criação do Código de 1973, o Processo de Conhecimento (Livro I), por contraposição ao Processo de Execução (Livro II), restou a regra do Art. 274, discrepante do sistema segundo os comentaristas, a exemplo de WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL².

Em face de tal Art. 274, seria de se perguntar: teria sido, mesmo, superada, no Código vigente, a experiência de 1939 (em que havia fases de cognição e de execução, somadas no rito ordinário)? Não veio a possuir, também o Código vigente, a regra do Art. 273, criando execução interna à cognição? Não é isto o aprimoramento da técnica que conviveu com o velho rito ordinário, insinuada na disciplina das Medidas Preventivas, no Art. 675, mitigado pelo Art. 686, ambos do CPC de 1939? Em outras palavras, não vinha do Código de 1939, o esforço (inacabado) de fazer abrangidas na ordinariedade a cognição e a execução de sentença? Não se insinuava, já, de modo semelhante, a aproximação das eficácias, com o intuito de eliminar o artifício de distinção radical, entre cognição em que nada, absolutamente, se execute e execução em que nada, absolutamente, se conheça?

3. EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, NA EXECUÇÃO

O que, por primeiro, se pode responder às três indagações sobre a autonomia da execução, acima formuladas, é que o próprio LIEBMAN, inspirador da unificação do procedimento executivo, não teria protestado morrer por sua tese. Ao contrário, quis deixar ressalvado *que as duas atividades, de 'conhecer' e 'executar', podem reunir-se e misturar-se em único procedimento, ou separar-se e suceder-se.*³

O confronto entre os dois Códigos evidencia, na evolução do processo civil brasileiro, movimentos de avanço e recuo. Ora exercem, ora desmentem a preferência por processos distintos, de conhecimento e de execução (o mesmo se podendo dizer, com a introdução da Tutela Antecipada e de sua fungibilidade em face das Cautelares, da utilização dos mesmos ou de distintos autos – o que também é objeto de dispositivos da Reforma).

2 PIMENTEL, Wellington Moreira – “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. RT, São Paulo, 2a. ed., 1979, pág. 49-50.

3 LIEBMAN, Enrico Tullio – “Processo de Execução”, Saraiva, São Paulo, 1946, pág. 24.

De todo modo, põe-se definitivamente em xeque a bi-procedimentalidade da execução de pagar quantia certa, que ainda se resolve pela cisão entre cognição e execução (ao contrário do produzido pela Reforma aprovada quanto às execuções específicas).

Qual a razão de poderem ter sido integradas à cognição as execuções específicas, e ainda haver a recalcitrante autonomia procedimental da execução comum? Em resposta, diga-se que, longe de puramente científica, reflete o apego a profunda tradição histórica⁴: a *actio iudicati*, decorrência da *iurisdictio sine imperio* da *extraordinaria cognitio*.

A extraordinariedade jusromanista, âmbito originário da ação-gênero indiferente ao direito material, da qual se fez a ordinariedade atual, abrangia somente a *notio*, a declaração. A eliminação do *imperium*, fazendo reduzida a jurisdição à só declaração, visava a estancar a proliferação de construções pretorianas, as *actiones in factum*, de *direito in concreto*.

Considere-se que o direito pretoriano ou honorário influenciaria até mesmo a regra do Art. 75, do Código Civil de Bevilacqua. Porém, em seu lugar, estamos diante do Art. 189, do Código Civil de Reale, em face do qual caberá restituir a “ação processual” a seu verdadeiro âmbito. Não sendo “*actio in factum*”, deixará de ser moderna “*legis actio*”, com que taxada de investida da doutrina em falsificação histórica da executividade de muitas pretensões materiais - no dizer autorizado de um de nossos maiores processualistas⁵.

A “ação processual”, todavia, não adveio apenas do trabalho acadêmico iniciado pelos Glosadores, mas dos próprios sucessos históricos, podendo-se encontrar a sentença de condenação do processo ítalo-germânico, em que – segundo, ainda, o eminente jurista⁶ - cognição e execução não se apresentavam distintas nem separadas e a provocação da atividade tendente a obter o adimplemento do devedor já estava implícita na petição inicial da cognição. (A Reforma brasileira em tramitação buscará, pois, antiga novidade).

Algo se pode extrair da pesquisa da origem histórica da dicotomia cognição-execução. Com a *extraordinaria cognitio*, surgiu o natural contraste

4 LIEBMAN, Enrico Tullio – idem-idem, ibidem

5 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da – “Reivindicação e Sentença Condenatória”, in “Sentença e Coisa Julgada”, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 3a. ed., 1995, pág. 271.

6 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da – ob. cit., pág. 266.

entre o processo das *legis actiones* (contratualista, convergentes os dois atos da *litis contestatio* sob a inspiração do *pacta sunt servanda*) e o processo das *actiones in factum* (junção da *actio* e da *exceptio*, resultante na *formula*).

Esta conjugação de *actio* e *exceptio*, despersonalizadas a pretensão e a contra-pretensão em ato do pretor, produziu as ações sincréticas (para nos servirmos da expressão cunhada pelo grande processualista, aqui multicitado). Desde a redução da inicial e da contestação a ato único, estava justificada a execução automática, satisfativa *sine intervallo*: por incontroversa, desde a *formula*, para ambas as partes, a conseqüência patrimonial. O processo formular era de cognição includente da execução (sua forma e seu alcance), o que hoje é buscado com enorme dificuldade, no bojo de textos legais que redesdobram o contraditório, ao influxo da *cognitio extraordinem*.

Tão originariamente quanto a exumada *actio iudicati*, adotada sobre o conceito de sentença condenatória (para os direitos pessoais), haveria a (afinal) abandonada *eficácia executiva* (para os direitos reais)⁷, quem sabe desde a definição celsiana do se perseguir o *devido* em juízo. Traduziu-se, leu-se “devido”, por oriundo de dívida, o que já era verberado desde a “Polêmica” entre WINDSCHEID e MUTHER, pelo muito que lhe assinala a “Introdução” italiana, cuidadíssima, de PUGLIESE⁸:

Mas esta atribuição à ‘actio’ de um conteúdo estritamente substancial é causa de graves perplexidades. Perplexidades não dissipadas, senão que se têm feito mais complexas com a advertência de que os romanos, em lugar de expressar com ‘actio’ o que nós expressamos com pretensão, teriam aludido ao mesmo tempo à persecução judicial.

É mesmo o notável ensaio de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁹, ao empreender, arrimado a LIEBMAN, meticulosa análise regressiva dos sucessos históricos, que assinala a inserção doutrinária feita pelos glosadores sobre um texto clássico, transpondo genericamente a atividade de execução às situações de *imperium sine actio*, como pertinente ao mesmo *officium iudicis* da cognição.

7 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da – idem-idem, ibidem.

8 PUGLIESE, Giovanni – “Introdução” à “Polêmica sobre a Actio”, trad. esp. de Tomás Banzhaf, EJEA, Buenos Aires, 1974, pág. XXIX.

9 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da – ob. cit., pág. 266.

Um pouco mais de História, se nos permite o tema jurídico. As Glosas tiveram sede histórico-científica inversa ao presente momento de Reforma processual. É o que se pode deduzir do quadro a que se refere JACQUES PIRENNES¹⁰:

‘Quando, no fim do século XI, a navegação reanimou o comércio, surgiu uma atividade econômica independente, promovida por indivíduos que se libertaram do seu grupo. E para conquistar a sua independência econômica, as burguesias que então se constituíram foram obrigadas a reivindicar a independência social. Reapareceu assim a liberdade individual’.

Então o estudo do ‘direito romano’, dos direitos individuais, exigiu escolas especializadas – primeiro na Itália (Bolonha e Parma), donde ‘passou ao Languedoc, ao centro da França, à Flandres, a todo o Ocidente, e triunfou na Inglaterra’.

É que o direito de ação, hoje, já passa a uma dimensão publicística. Há que se rever a transição que levou do estatal, do oficial, ao social, deste, ao coletivo e ao transindividual e, finalmente, ao individual. Há que se resgatar o percurso, regressivamente, a partir dos direitos individuais, ao direito subjetivo público.

4. FONTES JUSROMANISTAS

A ordinary modernidade, filha da extraordinary jusromanista, teria sido exacerbada a serviço da doutrina abstrata da ação. A “ação processual”, porém, de longe já teria permitido aos Glosadores a apontada inserção - genérica - de executividade. Pode tal inserção, hoje, amadurecida a doutrina da ação, ser retomada (este, o espírito da Reforma), a benefício do aprimoramento da - insuficiente - classificação das pretensões materiais, que amiúde enfrenta as dificuldades do hibridismo.

Lembraríamos passagem em que, não se dando conta, talvez, de que o problema já se transpõe ao Direito Processual, acena o grande LAFAYETTE¹¹ com a criação de um certo direito real com a obrigação de

¹⁰ PIRENNES, Jacques – “As Grandes Correntes da História Universal”, *apud* RAMOS, Emanuel Paulo - Nota “14”, “Introdução Histórica”, in “Os Lusíadas” de Luís de Camões, Porto Ed. Ltda., 3a. ed., s/d, pág. 44/45.

¹¹ LAFAYETTE – “Direito das Coisas”, 5a. ed., Ed. Freitas Bastos, Vol. I, Rio, 1943, pág. 23.

dar. Advertir-nos-ia PONTES DE MIRANDA¹² de que é o mesmo que a confusão existente entre a eficácia real e a eficácia *erga omnes*, que, satisfeitas determinadas exigências, principalmente registárias [que o diga o registro imobiliário da penhora] os sistemas jurídicos permitem a direitos pessoais. Assim, a preferência derivada da penhora, de que trata o Art. 612, do CPC vigente, nasceria do exercício da pretensão de tutela executiva, vale dizer, contra o Estado, não contra o devedor, nem contra outro credor ou credores. E aí, sim, a preferência é efeito processual, embora, como o direito real, oponível *erga omnes*.

Esforço hercúleo, CARNELUTTI¹³ emancipa o direito à condenação do direito à prestação, em face dos respectivos conteúdos: um certo comportamento do devedor, o do segundo; uma certa atividade do juiz, o do primeiro. Se entre ambos há uma conexão (diz), não pode ser exagerada (adverte) a ponto de fundir os dois direitos em um – *como se fazia primeiramente*. (Seria a homenagem às *formulas*). Mas é também CARNELUTTI¹⁴ quem proclama a necessidade de dar autonomia a efeito processual da condenação, advertindo a suficiência do título executivo, com a qual recrimina as noções intercalares:

Direito de agressão, direito à sanção, direito de garantia: formas todas elas que servem para pôr a máscara civilística a um direito processual. A ação executiva tem tanto trabalho em separar-se do direito substancial como o teve a ação própria do processo de cognição.

Da executiva à executória, eis a necessidade de se pesquisar aquela “conexão” entre o direito à prestação e o direito à condenação – ao dizer da possibilidade da execução da sentença condenatória sem a abertura de novo processo. Referimo-nos à hodierna superação da *extraordinaria cognitio*, melhor dizendo, da superação da *iurisdictio sine imperio*, da *actio iudicati*, já denunciada a insuficiência da clássica distinção dos direitos em reais e pessoais (ou em absolutos e relativos).

12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – “Tratado de Direito Privado”, Vol. 27, 3a. ed., 2a. reimp., Ed. RT, São Paulo, pág. 144 e 149, §3.235.

13 CARNELUTTI, Francesco – “Diritto e Processo nella Teoria delle Obligazioni”, trad. espanhola in “Estudios de Derecho Procesal”, Vol. I, EJE, Buenos Aires, 1952, pág. 439

14 CARNELUTTI, Francesco – *idem-idem*, pág. 446-7.

Pela Ciência do Processo (pela “ação processual”, queira-se), concebida uma teoria geral da efetividade, é de ser alcançada, doutrinária e dogmaticamente, a medida geral que possa ser reclamada – sob a coisa julgada – de executividade de todas as pretensões condenatórias – quer refletindo direitos reais (ou absolutos), quer direitos (pessoais) ou relativos.

A classificação dos direitos (das pretensões) em reais e pessoais não faz moça ao caráter abstrato da ação, do qual deriva a neutralidade da execução, não merecendo ser tratada diversamente a coisa julgada, quaisquer sejam aqueles (ou aquelas).

Não deixa de ser interessante, a este aviso, retomar-se o conhecido desvio em que, desde CHIOVENDA¹⁵, trata-se por obrigacional todo direito - no momento do processo: nada menos que a revivescência da *obligatio iudicati*, com que a *extraordinaria cognitio* abandonava a fusão de cognição e execução, da qual comumente se faziam as *formulas*. Não obstante, faça-se justiça ao gênio de CHIOVENDA¹⁶ - ele mesmo enuncia que o processo deve dar a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que o direito mesmo daria!...

Para efeito do cumprimento da sentença (sua “execução”, extraído do étimo o carregado sentido obrigacional), caberá deduzir o caráter processual absoluto de todo direito reconhecido sob sentença condenatória. A coisa julgada, *força* de lei nos limites da lide e das questões decididas, não pode enfraquecer-se (relativizar-se), pelo só fato de ser eventualmente relativo o direito (material) sobre que estabelecida condenação. O momento do cumprimento da sentença é reclamo de atividade estatal realizadora de ato impedido ao autor e substitutivo de ato do réu. A atividade estatal não depende do executado (tanto quanto de prestação não dependeria o direito real). E não depende de mais do que a provocação do interessado.

5. COISA JULGADA E TÍTULO EXECUTIVO

Não cremos que o direito reconhecido na *res iudicata* deva ser menos absoluto que o direito real. (E ninguém põe em dúvida a aptidão deste, mesmo litigioso, para a realização das pretensões possessórias – de discutida natureza real ou pessoal, agora destacadas, *sui generis*, no Código

15 CHIOVENDA, Giuseppe – “Instituições de Direito Processual Civil”, Vol. I, Saraiva, São Paulo, 1942, pág. 55

16 CHIOVENDA, Giuseppe – “L’azione nascente dal Contratto Preliminare”, in “Saggi di Diritto Processuale Civile”, Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pág. 110.

civil de 2002). Para a justificativa de tal proposição, a partir das mesmas raízes jusromanistas que vimos trilhando, será imprescindível a releitura da obra de ALLORIO¹⁷ (aqui transcrito sob tradução livre):

Tudo isto não pode hoje andar bem, porque nós, à diferença dos Romanos, os quais obedeciam a dois diversos ordenamentos jurídicos, o 'ius civile' e o direito honorário, obedecemos a uma única ordem jurídica, a qual se decompõe, é bem verdade, em uma multiplicidade de sistemas; mas não, porém de maneira tal que, entre os vários sistemas jurídicos, em particular entre o direito substancial e o direito processual, falte a vinculação e nissopossa haver conflitos e contradições. Sejam bem distinguidos os conceitos de ordenamento jurídico e de sistema jurídico. Enquanto o último conceito responde a uma mera exigência de partição interna do direito positivo, e esta, de comodidade científica, o primeiro é conceito de direito constitucional, o qual somente na precisa referência à autônoma potestade criadora de um direito de uma independente autoridade provida de 'imperium', encontra a própria justificação.

Em tempo de oferecermos resposta às raízes do problema ontológico da condenação civil, ousamos dizer que a dimensão do direito litigioso não é, somente, a que lhe dê o direito material. A citação, ato processual que faz litigiosa a coisa, nos remete a outro sistema jurídico. Rejeitada, com a condenação, a afirmação de direito da contra-parte, desfaz-se o título de ingresso do bem jurídico no seu patrimônio, tanto quanto o fazem as sentenças executivas e as liminares. Estas operam sobre bem do patrimônio do credor em poder do devedor. A condenação cria direito patrimonial do credor sobre bem do devedor, antes que ocorra a transferência do domínio. Não foi sem razão que cogitamos da solução do problema em termos de teoria geral da efetividade do processo. A constituição de indisponibilidade contra o devedor, efeito processual (que permite a apreensão em fraude de execução), é, já, efeito executivo antecipado. É este a tão propalada garantia (*die Haftung*), em que, ao lado do débito, o alemão BRINZ¹⁸ decompôs a obrigação. A garantia, direito de garantia, é do credor. A execução, pois, apenas realiza efeito executivo integrante da sentença condenatória.

17 ALLORIO, Enrico – “La Cosa Giudicata ed i suoi Limiti Soggettivi”, CEDAM, Padova, ristampa, 1992, pág. 30.

18 BRINZ – “Pandectas”, II, parte 2a., §348, pág. 840, apud CARNELUTTI, Francesco, ob. cit., pág. 476.

A expropriação executiva não é algo, pois, que dependa do apelo doutrinário aos direitos pessoais. Os direitos, no processo, são realizados. A generalização dos direitos em pessoais não ocorrerá mais, com a adoção de categoria p-r-o-c-e-s-s-u-a-l para a sentença condenatória, lembrando-se que a classificação de eficácias é verdadeiramente processual (processuais, também, as eficácias declaratória e constitutiva).

6. VISÃO DA REFORMA

Tal eficácia processual irá eliminar a relativização de direitos, incompatível com o caráter constitucional da coisa julgada – que, mais que poder, é “força de lei”. Do poder à força, a distância é de ser percorrida pelo *tempus iudicati*, transição, não mais de um para outro processo, mas de um para outro efeito processual. Do efeito declaratório para o efeito executivo. Viu-o a Reforma proposta: na condenação transfundem-se declaratividade e executividade. A ponte que as liga, como intervalo intra-autos, é a intimação ao pagamento imediato, sob pena de *prosseguimento*. A execução não é algo estranho à condenação, não é externa a ela – como de equivocada e persistente doutrina.

Louve-se a solução preconizada na Reforma, por sua coragem. Removerá aparente pilar, estalactite-estalagmite jurídica.

Rendemo-nos à “ação processual” (se é que o adjetivo se mantenha, após o Art. 189, do Código Civil vigente). Nós, que vemos ação como direito ao julgamento do pedido conforme o estado do processo¹⁹, não deparamos obstáculo à compatibilidade da doutrina abstrata da ação com a eficácia das pretensões de direito material.

O estado do processo permite o julgamento (gênero, não só sentença) do pedido em dimensão voltada, já, à realização, ao cumprimento da atividade a que processualmente vinculado o sujeito passivo – seja real, seja pessoal, o direito material. Se o julgamento do pedido conforme o estado do processo permite vislumbrar a extinção da cognição (com ou sem exame do mérito), também o estado do processo o permite quanto à extinção da execução (com ou sem provimento de mérito). E o provimento de mérito da execução é a realização do direito material, apreensão do bem jurídico pelo Órgão estatal, tenha tido ou não ingresso titulado no patrimônio do devedor, esteja

¹⁹ RODRIGUES VIEIRA, José Marcos – “Da Ação Cível”, Del Rey, 1a. ed., Belo Horizonte, 2002, pág. 71.

em poder deste com ou sem título jurídico anterior – porque sua desconstituição se transfunde na declaração (de procedência) da ação do credor, tanto quanto na (de improcedência) da impugnação do devedor. A sentença, na redação proposta na Reforma, não mais extinguirá o processo.

Um pouco mais de fundamentos, por amor ao debate. A dicotomia cognição-execução sempre trouxe consigo a - difícil - tarefa de se justificar a sentença condenatória. Tornada, embora, o arquétipo do raciocínio processual, passou por decomposição de eficácia sentencial. É preciso que a doutrina se convença de que a eficácia sentencial não remonta, exclusivamente, a efeitos de direito material. Tal não se dá nem por algum princípio fundamental de direito, nem pela tradição clássica. E a lembrança do velho direito honorário, de cuja sentença se seguia a realização do preceito, mostra como se lhe seguiu a supressão da sanção. Chega-se ao ponto em que hoje se remete ao direito material, porque atinente às sentenças que o defiram (isto é, às sentenças de procedência), uma classificação processual: a classificação tripartite das eficácias sentenciais, toda ela projetada à declaração, eficácia à qual se teima em deixar confinada a coisa julgada.

Algo se tem de retomar, em revisão do tema das classes de eficácia sentencial. É notável o mérito de PONTES DE MIRANDA, não só em fazer notar que não há ações (ou sentenças) puras, mas também e principalmente em discriminar a eficácia preponderante como *força*²⁰:

(.....) uma coisa é força de sentença (eficácia preponderante) e outra a eficácia imediata ou a mediata, sem se falar nas duas menores, com que se completa a constante da eficácia das ações e das sentenças.

A visão pontiana daria 3 de executividade à sentença condenatória, pela necessidade de se propor a execução de sentença. Ao se ajuizar a execução de sentença, esta teria - curioso que o adquira sem qualquer outro ato sentencial - o peso 5 de executividade. (Note-se, sem nada que se lhe acresça, de ato sentencial. Nem a arrojada tese de sentença parcial explicaria o prosseguimento de sua execução, não embargada...).

20 PONTES DE MIRANDA – Francisco Cavalcanti – “Tratado das Ações”, Vol I, Bookseller, Campinas – SP, 1a. ed., 1998, pág. 132.

E assim, a Reforma adota Decisões Interlocutórias, quer para o julgamento da Impugnação (que tomará o lugar dos Embargos à Execução), quer para a Liquidação.

A Liquidação de Sentença, aliás, será mero incidente, *ad instar* do preceituado no Código de Processo Civil Português, Art. 378º a 380º - julgada, como neste, com a causa principal (embora sem as peculiaridades daquele excelente sistema, que adota autos apartados, sob juiz de instrução, sem comprometimento da imparcialidade do tribunal (de primeiro grau), eis que a apuração das conseqüências não envolve juízo de valor sobre a ilicitude, já que feita por outro juiz, que não julga o incidente; e, fora daí, com a liquidação ao início da discussão da causa).

Melhor do que hoje, em que para a execução de sentença se tem de propor outra ação, conceder-se-á que a execução de sentença não tome eficácia que não esteja contida na sentença mesma. Surpreende-se, a propósito, com anterioridade, a seguinte passagem de PONTES DE MIRANDA²¹:

É comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo 'lex specialis'.

Pode-se, portanto, entrever o arremate de toda a análise pontiana, que aplicaríamos ao buscado efeito da coisa julgada condenatória²²:

Quando se classificam as ações pelos pesos da sentença que se pretende, supõe-se que a sentença seja de 'integral satisfação', ou que se tenha como sentença a soma das sentenças que se obtém com o exercício da ação. Se a sentença não é em virtude de cognição completa, a ação tem eficácia mais intensa do que a eficácia da sentença, ou devido a lhe faltar força declarativa, ou mesmo eficácia imediata ou mediata de declaração: a declaratividade, que tem, é suscetível de novo exame [caso da executiva de título extrajudicial, acrescentamos].

21 PONTES DE MIRANDA – Francisco Cavalcanti – ob. cit., pág. 135-6

22 PONTES DE MIRANDA – Francisco Cavalcanti – idem, idem, pág. 140.

Se a cognição é completa, a eficácia da sentença favorável ou a eficácia da soma das sentenças parciais é igual à eficácia da ação.

E assim, merece atenção o vocábulo *força*, usado por PONTES para a “eficácia preponderante”. Considerando que o Art. 468, CPC, trata como FORÇA DE LEI a coisa julgada, a sentença condenatória pode nos remeter a efeitos executivos processuais, tornada a execução de sentença fase do mesmo processo e não processo outro. Não haveríamos de entender a FORÇA DE LEI nos limites da lide e das questões decididas tão-somente como reafirmação, como declaração. Essa inutilidade da sentença condenatória já tem sido sobejamente criticada.

E então, a FORÇA DE LEI somente poderia depender de fato jurídico que ditasse a sua incidência. O fato novo, o fato a desencadear tal força é a incoação a (uma última oportunidade de) pagamento espontâneo. Ocorrente o fato do não pagamento, após o *tempus iudicati*, tem-se o direito absoluto processual, que dita o prosseguimento da execução.

7. TEMPUS IUDICATI E EFEITO PROCESSUAL

Na atualidade, não se perca de vista o Art. 189, do Cód. Civil de 2002. Com ele, a pretensão dedutível em juízo nasce da violação do direito. Para cuidar-se, pois, de “ação” de execução de sentença, ter-se-ia de imaginar a violação da sentença, já que o executar seria nova pretensão. O inadimplemento haveria de ser do comando sentencial, para que se pudesse falar em “ação” de execução de sentença. Violação, porém, do direito corporificado na sentença, eis o fantasma da *actio iudicati*, a supor exortação ao cumprimento, não desejado pela Reforma.

Este, o motivo por que a Proposta de Reforma, sem reviver a *actio iudicati*, revive o *tempus iudicati*. Embora tenha adotado técnica assemelhada à da *condemnatio in duplum* (que lhe inspirou proposta de multa de 10%, acrescida ao débito exequendo pelo só desatendimento à intimação a pagar), não o fez para nova *actio iudicati*, devendo mesmo ficar relegada à memória dos tempos a sua sucessiva eternização.

Que o título extrajudicial deva ser confirmado é compreensível. Daí, a amplitude das teses do Art. 745, CPC. Mas o título judicial, a coisa julgada, deve merecer mais que redução a expectativa de sentença de mérito sobre o título executivo (transposta em sentença sobre Embargos e elevados estes a ação, em desprestígio da coisa julgada).

Tem-se atuação do direito (penhora), antes da composição da lide (sentença dos Embargos). O que faz o legislador, em última análise, na execução de título extrajudicial, é ensejar efeito processual adiantado. Repita-se: efeito processual, que processual é a matéria que se põe antes das ditas “quaisquer defesas suscetíveis de dedução em processo de conhecimento”, como referido no Art. 745, CPC.

Reconheça-se, portanto, que se trata de efeito processual, o *quid* que se agrega a declaratividade, na condenação. E não deveria, neste sentido, haver tanta celeuma. A condenatoriedade não é classe de eficácia material. As teses de Embargos à Execução de Sentença já pertencem a temas independentes do julgado, em geral ulteriores ao mesmo.

Observe-se a extensão dada à cognição, pela realização do direito no campo da execução de sentença de obrigações de prestação específica (dar e fazer). Segundo a justificação da Reforma (para completar tal extensão quanto à execução de sentença de obrigação de pagar quantia certa), abandona-se o preciosismo teórico a benefício da realização do direito.

Resta apenas a admissão do *tempus iudicati* à maneira do intervalo concedido para o adimplemento por ato do devedor, a exemplo da sentença que condena à prestação de declaração de vontade. O traspasse de eficácia, de declaratória (da obrigação) a executiva (da prestação) é automático – evento abrangido no comando sentencial e não externo a ele. O intervalo, *ex sententia*, cria o efeito executivo-obrigacional no processo, sem nada acrescer à reafirmação autoritativa do direito. Não seria para se acreditar na suficiência da cognição somente quanto a um tipo de obrigação. E o caráter absoluto, deduzido processualmente, por sobre a liberdade individual, no campo antes ocupado pelo Art. 879, do Código Civil de Bevilacqua, do *nemo ad factum precise cogi potest*, transcende aos limites ditados pela natureza da obrigação. Foi possível ao Processo superar o tabu das prestações específicas. Mais fácil haverá de ser-lhe superar o obstáculo da prestação em quantia certa.

8. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

A pretensão de realização concreta do direito, após a condenação – seja sobre bem do patrimônio do sujeito passivo (de que se faz a executividade *stricto sensu*), seja sobre bem em poder do sujeito passivo, mas integrante do patrimônio do sujeito ativo (de que se faz a executividade *lato sensu*) - é processual.

Note-se que “condenação” etimologicamente não é só o ato, mas também o efeito de condenar: há que se vislumbrar o efeito condenatório, efeito processual, que não há de ser procurado fora do processo, mas que, projetando-se, embora, a fatos extra-autos, aperfeiçoa o processo, desenvolvendo virtude a ele inerente.

Aquilo que CALAMANDREI chamou de sujeição, em que transformada a obrigação, tem apenas um ponto de contato com a verdadeira natureza da condenação: é que ocorre, realmente, transformação. Aquilo que CARNELUTTI chamou de comando, de ordem de adimplir, tem, também, apenas um ponto de contato com a aludida natureza da condenação. É efeito processual.

E aqui recolhemos de BUENO VIDIGAL²³ uma importantíssima pregação que vale para a ampliação da cognição executiva a todo o direito obrigacional, passível, portanto, de extensão à obrigação de pagar quantia certa:

(...) se nos ativermos à consideração de que é antes ‘a vontade da lei que obriga às partes, e não estas que se obrigam a si mesmas’, a substituição da vontade das partes pela sentença aparece-nos como uma das mais típicas manifestações do processo, segundo o escopo que lhe assinalamos no capítulo III desta dissertação: ‘atuação da vontade concreta da lei’.

Ora, a Condenação cria uma obrigação (processual) de fazer (fazer pagamento), no tocante às prestações de quantia certa. A técnica da execução indireta vem a calhar à superação da relatividade obrigacional.

Falaremos de transporte de um a outro sistema, do de direito material para o de direito processual. A modalidade concreta sobre que recai o julgado, a *res de qua agitur*, tornada litigiosa com a cognição, permanece litigiosa ainda durante a execução, mas a matéria litigiosa é processual.

O mérito dos eventuais embargos à execução (a serem reduzidos na Reforma a simples impugnação) é a expropriação ou seu procedimento. Desde antes da penhora – para usarmos o exemplo geral, da execução comum – o bem jurídico com o qual se realizaria o direito material se converte em efeito processual, passa a integrar outra esfera jurídica. E é sob essa ótica que ele tem de ser visto e estudado.

²³ VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno – “Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade”, in “Direito Processual Civil”, Saraiva, São Paulo, 1965, pág. 166.

Não há mais necessidade de outro processo – porque não se busca eficácia que não esteja contida na condenação e o poder que se exerce, ainda que progressivamente, segue como efeito da condenação: a atuação da sanção, a apreensão dos bens e o ato de desapropriação decorrem da mesma e originária incoação ao processo de cognição. Dizêmo-lo, inspirados em MANDRIOLI²⁴ - de quem só não adotaríamos a unicidade executiva de todas as ações.

Torna-se viva a lição de RAMIRO PODETTI²⁵, para quem a atuação da lei, declarada na sentença, deve ser total, aí incluído o seu cumprimento. Bastaria lembrar que o Projeto de Reforma Processual cuida exatamente do *cumprimento da sentença*, em lugar da execução de sentença (ficando o Livro II, do Processo de Execução, como dito, apenas para os títulos executivos extrajudiciais).

Obstáculo não há, pois, do ponto de vista formal, à fusão entre cognição e execução. (Seguir-se-á, aqui, a demonstração da medida de efetividade, a justificar execução como eficácia condenatória, qualquer seja o processo, bem como a delimitá-la).

Não há senão ver os Embargos à Execução de Sentença como contra-pretensão processual, daí sua redução a Impugnação, com Decisão agravável. Sabido que a suspensão (que decorre dos Embargos à Execução) é efeito processual (e não de direito material, já que assemelhado aos efeitos dos Recursos), a Impugnação, agora, não terá efeito suspensivo (salvo excepcionalidade motivada).

Ao legislador brasileiro, que perdeu o escrúpulo do *nulla executio sine titulo* e concebeu a tutela antecipatória, já não só sobre a lide ou alguma de suas questões, mas mesmo sobre o ponto (para nos valermos da terminologia carneluttiana), porque admitida sua concessão, no todo ou em parte, e em qualquer fase do processo, não poderia assaltar dificuldade ao acabamento da cognição executiva.

Já a execução das obrigações de fazer ou não fazer e das de entregar coisa certa ou incerta tornou-se, por títulos judiciais, eficácia de cognição. Logrou-se com a execução indireta (*astreintes*), a superação do óbice da inconstringibilidade à prestação específica.

24 MANDRIOLI, Crisanto – “L’Azione Esecutiva”, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pág. 111-12

25 PODETTI, Ramiro – “Teoria y Técnica del Proceso Civil e Trilogia Estructural de la Ciencia del Proceso Civil”, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1963, pág. 350.

O desafio a ser enfrentado, para a execução por quantia certa, por cingir-se ao campo tradicional da execução direta, não deveria ser - e não o é - maior. Unir-se-ão (é o que quer a Reforma) o *tempus iudicati* e as *astreintes*.

9. A REFORMA E A NATUREZA JURÍDICA DA CONDENAÇÃO

Neste passo, não se pode deixar de registrar uma passagem, pioneira, de VIDIGAL²⁶, sobre a atividade estatal substitutiva da prestação, quando alude à tese de PUGLIATTI, de que

o fenômeno puramente econômico, em que se assenta a substituição da prestação devida, converte-se em fenômeno jurídico, para estendê-la à substituição do executor da prestação, no plano da fungibilidade, dizendo que considerações semelhantes podem ser feitas em relação à substituição da pessoa do devedor, no cumprimento da obrigação.

Ora, a atividade de substituição é comum a toda a execução forçada. A excussão, por atos do Judiciário, se dá em substituição à pessoa do devedor (não se poderia falar em substituição de dinheiro e a prestação em dinheiro é o protótipo de prestação fungível). Retiraríamos o escólio de que ocorre transformação jurídica.

Transformação jurídica, como técnica do Direito, vertida em técnica processual, perfeitamente possível. A unidade do fenômeno jurídico não permite seja o direito subjetivo agrilhado a fórmulas antes de tudo, doutrinárias.

Em tempo de concluir, diremos, forte em PONTES DE MIRANDA²⁷, que A SENTENÇA CONDENATÓRIA OBJETIVA A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR. Já o Mestre apontava os limites da execução forçada, como tais as regras jurídicas sobre penhorabilidade e impenhorabilidade, ao lado da espécie (agora, convertida em gênero) de ações *condenatórias-executivas* (que o são, quando já se peçam condenação e execução).

Pretensão insatisfeita. In + Satis + Fecta. Do *satis*, forma adverbial, *suficientemente*, tem-se que a execução não é diversa da condenação, do

26 VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno, "Execução Forçada e Direito Material", in "Direito Processual Civil", Saraiva, São Paulo, 1965, pág. 149/150)

27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - "Tratado de Direito Privado", cit., vol. 26, págs. 314, §3.177 e 315, §3.178.

ponto de vista do resultado almejado. A questão é, pois, de *força*, de intensidade do vínculo. Já dissemos que o Processo é a Garantia das garantias²⁸. A eficácia *erga omnes*, transposta às medidas executivas por efeito processual, independentemente de ser pessoal o direito tutelado, mostra que, seja, embora, em fusão de romanismo e germanismo, o processo conseguiu granjear o caráter absoluto de todos os direitos reconhecidos na condenação, pelo mesmo motivo por que LIEBMAN²⁹ revelou que a coisa julgada não se refere só à declaração, como já se pretendeu, mas a todas as eficácias sentençiais.

dois é bom
três é demais
(lenda sertaneja)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma volta ao passado? 3. Algumas observações sobre a terceirização externa. 3.1. Terceirização externa e precarização. 3.2. Terceirização externa e globalização. 3.3. A experiência italiana. 3.4. Autônomos ricos e pobres. 3.5. Terceirização externa e crise sindical. 4. A terceirização e o Direito, de um modo geral. 4.1: Direito e terceirização interna. 5. Terceirização interna e enquadramento sindical. 6. O sindicalismo e a greve. 7. O futuro do sindicato e a terceirização.

RESUMO

A terceirização transformou-se em uma expressão de variados sentidos jurídicos na medida em que as relações de trabalho tomam-se cada vez mais críticas em decorrência das mudanças sociais que se verificam e de velocidade desconhecida.

Correspondendo a esta dinâmica, o "sindicato", por sua vez, sobre o qual o direito laboral foi fortemente assentado, atualmente vê ruírem-se as suas bases anteriormente sólidas.

(*) Este artigo foi resultado de pesquisas feitas com apoio do CNPq – órgão do governo federal brasileiro – no âmbito do projeto de pesquisa "Eficácia e Autoridade da Sentença".

28 VIEIRA, José Marcos Rodrigues – "Da Ação Cível", Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2.002, pág. 92.

29 LIEBMAN, Enrico Tullio – "Eficácia e Autoridade da Sentença", trad. brasileira, Forense, Rio, 2a. ed., 1981, pág. 18-9.