

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

EDUARDO TOMASI

**RESPONSABILIDADE E A GARANTIA DE CRÉDITO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Recife

2012

EDUARDO TOMASI

**RESPONSABILIDADE E A GARANTIA DE CRÉDITO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Ciências Jurídicas

**Orientador(a):** Prof.(a) Msc.(a) Renata Andrade

Recife

2012

**Tomasi, Eduardo**

**Responsabilidade e a garantia de crédito no processo de execução. / Eduardo Tomasi: O Autor, 2012.**

**53 folhas.**

**Orientador(a): Renata Andrade**

**Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.**

**Inclui bibliografia.**

**1 . Direito 2. Obrigação 3. Descumprimento 4. Execução 5. Garantia de Recebimento 6. Insuficiência.**

**340 CDU (2ªed.)**

**340 CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas**

**TCC 2012-107**

**Eduardo Tomasi**

**Responsabilidade e a Garantia de Crédito no Processo de Execução**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** Orientador: Prof. Msc. Renata Andrade

---

**1º Examinador:**

---

**2º Examinador:**

---

Recife

2012

## RESUMO

O momento atual revela diversas críticas ao Código de Processo Civil e ao Código Civil Brasileiro, seja por sua insuficiência, seja por sua ineficácia em algumas de suas linhas. De fato ocorre que, apesar de uma codificação minuciosa, algumas de suas disposições se revelam ineficazes pelo decurso do tempo ou pela ineficácia diante do caso concreto. Nas relações obrigacionais em que se estabelece um elo entre credor e devedor, relação esta estabelecida pelo Código Civil, se mostra devidamente regulamentada, entretanto, deixa a desejar no momento do descumprimento da obrigação. Seja em um contrato que, quando firmado, faz lei entre as partes, ou em um ato gerador de dano, é obrigação do devedor se responsabilizar pelo adimplemento, entretanto, situações há que a inadimplência do devedor opera na relação, seja por dificuldades financeiras do próprio devedor ou ainda por má-fé ao preferir não adimplir a obrigação que assumiu. Daí surge a problemática a ser abordada. Em busca da garantia de recebimento, o Código de Processo Civil estabelece o procedimento de execução para a recuperação do crédito devido, entretanto, na prática não tem surtido efeito, especialmente quando é necessária a localização de bens do devedor para satisfazer o débito, seja em valores ou em bens físicos.

**Palavras chave:** Obrigação; Descumprimento; Execução; Garantia de recebimento; Insuficiência.

## ABSTRACT

The current situation reveals several criticisms of the Code of Civil Procedure and the Civil Code, or by their failure, either for its ineffectiveness in some of his lines. In fact is that despite a thorough coding, some of its provisions prove ineffective by lapse of time or by the ineffectiveness of the case before. In obligational relationship which establishes a link between lender and borrower, a relationship established by the Civil Code, is duly regulated, however, leaves much to be desired at the time of the breach of the obligation. Be in a contract which, when executed, causes the law between the parties, an act or event of damage, it is the obligation of the debtor is liable for due performance, however, there are situations that default by the debtor operates in the relationship, whether by financial difficulties of debtor himself or by bad faith by preferring adimplir not the obligation assumed. Hence the problem to be addressed. In search of the guaranteed payment, the Code of Civil Procedure establishes the procedure of application for the recovery of the debt due, however, in practice it has proven effective, especially when it is necessary to locate the debtor's assets to satisfy the debt, either in values or physical assets.

**Keywords:** Obligation; Breach; Execution; Guarantee receipt; failure.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>CAPÍTULO 1 CONFIGURAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES</b> .....	08
1.1 Elementos das relações obrigacionais .....	11
1.2 A obrigação como processo .....	13
<b>CAPÍTULO 2 A RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR E O ADIMPLEMENTO</b> .....	21
2.1 O modo atual de reparação de danos e a insuficiência para garantia de ressarcimento .....	23
	23
<b>CAPÍTULO 3 A CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO E SUA EFETIVIDADE</b> ..	27
3.1 Resultado e efetividade processual .....	39
<b>CONCLUSÕES</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

Em um momento de grande crescimento econômico e com o aumento de renda populacional, estar-se a verificar uma grande facilidade para a aquisição de crédito no mercado, com financeiras oferecendo juros baixos e longos prazos para pagamentos. Ainda em relação aos novos investimentos, tem-se o movimento empresarial com empresas se endividando para acompanhar o constante crescimento da economia.

Todo esse movimento gerado tem aumentado dia a dia as relações obrigacionais firmadas entre investidores e pessoas em busca do crescimento patrimonial. Enfim, formam relações de obrigação entre credor e devedor.

A compra da casa própria é um exemplo da busca pela aquisição de bens, inclusive sendo intensamente apoiado pelo Governo Federal com grandes incentivos junto a Caixa Econômica Federal para o fornecimento de empréstimos à população que com o crescimento de sua renda vai atrás da realização do sonho da casa própria.

Há de se ressaltar aqui que o empréstimo é apenas um exemplo de relação obrigacional, pois, além dele, temos diversos títulos de créditos que são emitidos diariamente como cheques, duplicatas, emitidas nas mais diversas relações econômicas interpessoais.

Formada a relação jurídica, de um lado tem-se o credor e de outro o devedor, têm ambos deveres a cumprir.

Dentre as obrigações firmadas pelo devedor podem ser citadas a obrigação de dar, fazer e não fazer, todas elas, quando assumidas pelas partes, devem ser cumpridas integralmente sob pena de acarretar o inadimplemento, nos termos do contrato firmado entre as partes, bem como da legislação vigente.

Ora, a princípio deve-se esclarecer ser o adimplemento a melhor forma de manter a paz social, bem como a boa relação entre as partes, entretanto, não é o verificado em algumas das relações obrigacionais firmadas, sendo daí necessário a ação do Poder Público através do Poder Judiciário.

Quando da firmação da obrigação, a princípio, tem-se ambas as partes agindo com boa-fé e bom senso, tendo o credor e o devedor consciência de que terá de cumprir o firmado, bem como que terá condições de cumprir aquilo a que se responsabilizou. Por outro lado, o credor tem a responsabilidade de verificar as possibilidades do cumprimento da relação a ser firmada por parte do devedor. Na verdade, trata-se de uma relação social onde uma parte tem o dever de zelar pela outra.

Assim, a inadimplência gerada por uma das partes deve recair sobre o seu

patrimônio, não incidindo a punição pessoal e corporal utilizada por exemplo na prisão civil do depositário infiel.

No Direito brasileiro, até um tempo atrás, existia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, entretanto, com o Pacto de São José da Costa Rica essa possibilidade foi extinta do ordenamento jurídico. Resta ainda outra possibilidade da prisão civil por dívida que é o caso do débito de pensão alimentícia, não existindo razão maior senão a saúde e manutenção do menor alimentado.

De logo, é importante observar que a instituição da prisão civil do depositário infiel, apesar de extinta do ordenamento há algum tempo, se mostra bastante atual se observado o índice de inadimplência.

Aliás, basta citar como exemplo os contratos de alienação fiduciária firmados entre financeiras e consumidores onde, não por outro motivo as instituições financeiras acrescentam uma taxa de juros sobre risco do financiamento, taxa tão reclamada pelos consumidores.

Outrossim, nesse inadimplemento das obrigações estão diversas ações judiciais como de Execução de Título Extrajudicial, Busca e Apreensão e Cobrança, sendo utilizado pelos credores na tentativa de ver o seu crédito quitado.

A última esbarra na questão da tão questionada demora judicial; a segunda, algumas vezes não encontra o bem colocado como garantia do crédito ou mesmo encontra-o em péssimas condições não atendendo ao débito cobrado; e o primeiro, matéria a que se aterá o presente trabalho de monografia, além de esbarrar na demora processual, ainda encontra um óbice nas normas processuais.

Diante dessas questões, até que ponto a responsabilidade contratual pode chegar? O credor deve ser responsabilizado pela inadimplência do devedor? O devedor deve ser responsabilizado com a prisão civil por dívida ou responder apenas com o seu patrimônio, mesmo que inexistente este? As normas processuais existentes são suficientes para garantir a recuperação do crédito?

## 1 CONFIGURAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O direito das obrigações é mais amplo do que se imagina. Pode ser observado desde o Direito de Família na relação entre alimentando e alimentado, tendo aquele a obrigação de fornecer alimento necessário ao alimentado e este direito ao recebimento do alimento, às relações comerciais. Na verdade, de um modo geral, a relação obrigacional cuida não apenas das obrigações civis, mas de uma generalidade de vínculos patrimoniais diversificados em vários ramos do Direito.

A princípio deve-se observar que a relação obrigacional formada entre duas ou mais pessoas, seja física ou jurídica, pode-se compreender entre um dever moral, tendo em vista que as partes envolvidas se obrigam uma com a outra, sendo uma credora e a outra devedora, formando aí um vínculo obrigacional.

Observa-se que o dever moral aqui compreendido é incidente não apenas na relação formada entre as partes obrigadas, mais sim uma obrigação perante a sociedade, perante a qual, em prol do bom relacionamento, deve-se agir de modo a não contrariá-la.

No Direito antigo a relação entre credor e devedor se dava como uma garantia pessoal, respondendo aquele que se achasse inadimplente perante o outro com o próprio corpo, não importando as conseqüências. Note que para a época eram medidas socialmente aceitáveis, podendo o credor constranger o devedor ao pagamento da forma como lhe bem aprovesse. (RODRIGUES, 2007, p. 4).

No Direito Pré-clássico, em Roma, a obrigação não é vínculo jurídico, mas sim material, “pelo qual o próprio corpo do devedor respondia pelo débito”. (CHAVES, *apud* NADER, 2009, p. 33).

Essa espécie de cumprimento da obrigação de forma forçada durou por bastante tempo até que o direito do credor passasse a recair sobre seu patrimônio.

A Lei das XII Tábuas foi extremamente severa contra os devedores *ex delicto* e *ex contractu*, impondo-lhes a servidão (*corpus obnoxium*). Tal situação perdurou até o ano 428 a.C., quando foi promulgada a Lei *Poetelia Papiria*, a partir de quando a ação do credor se direcionou contra o patrimônio do devedor [...]. (NADER, 2009, p. 33).

Ao contrário do período do Direito antigo, no Direito brasileiro “o último

resquício que dava apoio a tal concepção, prisão civil por dívida, já desapareceu em nosso Direito.” (NADER, 2009, p. 33).

A forma de cumprimento da obrigação inadimplida tem aparências com o Direito Penal na medida em que o credor, em substituição ao Estado soberano com suas leis, estabelecia a forma como penalizaria o devedor de modo a este quitar a dívida contraída e não paga.

Ainda sobre a relação material do vínculo obrigacional e a forma de pagamento do débito inadimplido pode ser citado o seguinte trecho:

No período das *legis actiones*, a execução se processava normalmente contra a pessoa do devedor, através da *legis actio per manus injectionem*. Confessada a dívida, ou julgada a ação, cabia a execução trinta dias depois, sendo concedido esse prazo a fim de o devedor pagar o débito. Se este não fosse solvido, o exequente lançava as mãos sobre o devedor e o conduzia a juízo. Se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exequente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou algemando-lhe os pés. A pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado durante sessenta dias. Se o devedor não se mantivesse à sua custa, o credor lhe daria diariamente algumas libras de pão. Durante a prisão era levado a três feiras sucessivas e aí apregoado o crédito. Se ninguém o solvesse, era aplicada ao devedor a pena capital, podendo o exequente matá-lo, ou vendê-lo *trans Tiberim*. Havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado; se fosse cortado a mais ou a menos, isso não seria considerado fraude. (BUZAID, *apud* RODRIGUES, 2007, pp. 4 e 5).

Diante da citação acima, observa-se que a forma de adimplemento utilizada pela sociedade era assumida pelo Direito antigo como forma legal de quitação e o único meio capaz de impor ao devedor tal obrigação. Há de se ressaltar que nessa época sequer se cogitava o que se chama hoje de direitos humanos, sendo mais importante socialmente o cumprimento da obrigação contraída.

Segundo Paulo Nader, a teoria atualmente mais aceita teve origem em Roberto de Ruggiero, onde as relações obrigacionais se fundam na distinção entre dois elementos: *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade). Nessa teoria coloca-se como foco principal a posse por parte do sujeito passivo da relação de um débito e de uma responsabilidade. (2009, p. 34).

Esses dois elementos da obrigação seriam essenciais, estabelecendo o primeiro a obrigação do devedor de satisfazer sua dívida pagando a prestação devida e o segundo é apenas uma forma de coação, vindo a se tornar força efetiva à partir do inadimplemento quando da presença da coação jurídica. Segundo Díez-Picazo e Antonio Gullón, essa responsabilidade “consiste na submissão ou sujeição ao poder coativo do credor”. (*apud*

NADER, 2009, p. 34).

Ainda sobre a existência de débito e responsabilidade no vínculo obrigacional a citação abaixo esclarece ser possível a existência de um sem o outro:

Seria possível obrigar-se sem responsabilizar-se e vice-versa, dizem. Haveria obrigação sem responsabilidade, por exemplo, na obrigação natural (quando credor não pode coagir devedor), na dívida de jogo, na dívida prescrita etc. E haveria responsabilidade sem obrigação, por exemplo, para o fiador, para aquele que dá hipoteca em garantia de débito alheio. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 247).

Note que não mais se fala no adimplemento pela penalização do corpo ou da indiscriminada e total submissão do devedor ao credor, mas meramente em uma responsabilidade capaz de coagir o devedor ao adimplemento. Aliás, é o descrito no trecho abaixo:

No Direito contemporâneo, conforme destaca Puig Brutau, o poder do credor não recai sobre a pessoa do devedor, nem possui domínio direto e imediato sobre o patrimônio deste, salvo, neste último caso, na hipótese de descumprimento da obrigação. Há situações excepcionais, todavia, em que a responsabilidade se apresenta independentemente do não-cumprimento da obrigação, como se dá na hipótese de fraude contra credores. (NADER, 2009, p. 34).

Como visto, as relações obrigacionais estão presentes na sociedade desde os tempos antigos, tendo um relevante valor social em razão de sua constante utilização na vida humana, sendo difícil imaginar uma situação em que não se observe a relação entre credor e devedor. Na verdade, trata-se de uma necessidade do convívio com o meio social a assunção de obrigações a fim de gerir a própria vida e administrar os próprios interesses.

Diante desse cenário e da relevante posição que essas relações tomam perante a sociedade, um fator jurídico primordial observado é o econômico. A necessidade humana de prover suas carências se mostra como um dos motivos a trazer esse fator econômico a tão elevado patamar. Um exemplo disso são as relações de consumo, onde cada vez mais o direito nacional se preocupa com a parte economicamente mais fraca que, em busca de seus anseios, tem se endividado mais e mais com compras em cartões de crédito.

Além do mais, essas relações estão cada dia mais fáceis de serem firmadas, não

sendo necessário sequer colocar o pé na rua, sendo possibilitado pelos comerciantes e vendedores as aquisições via internet ou mesmo por telefone com anúncios pelos meios de comunicação.

Ademais, relações há que não decorrentes de relações obrigacionais originadas de contratos expressos diante da sociedade. Esse é o caso da garantia constitucional da reparação civil por danos morais, onde aquele que causa algum constrangimento a outrem se obriga a indenizar o prejudicado. Observa-se ainda a obrigação de indenizar não decorrente de um ilícito civil, mas sim de um ilícito penal, tendo o devedor que indenizar a vítima ou mesmo a família da vítima.

Paulo Nader, utiliza a citação de Colin e Capitant para declarar a imensidão do campo das obrigações: “as relações obrigacionais entre indivíduos constituem a trama da vida jurídica”. (2009, p. 32). Já Orlando Gomes, vai ainda mais longe ao declarar ser através das relações obrigacionais que se estrutura um regime econômico. (2004, p. 6)

Orlando Gomes afirma ainda sobre a importância das relações obrigacionais ser o direito das obrigações formador das mais desenvolvidas projeções da autonomia privada na esfera patrimonial ao dizer: “O Direito das Obrigações não tem limites senão em princípios gerais que deixam à vontade individual larga margem à provocação de efeitos jurídicos consoantes os mais variados interesses que tutela.” (2004, p. 8).

## **1.1 Elementos das relações obrigacionais**

Em princípio e, sobretudo, observa-se em toda e qualquer relação formada entre pessoas, física ou jurídica, em que se lhe possa atribuir obrigações há a existência de um credor e de um devedor, participantes que sem os quais a relação de obrigação não pode existir. Outros elementos há que existentes pela natureza e estrutura da relação bipolar formada entre credor e devedor, quais sejam, vínculo jurídico, prestação e garantia mediante patrimônio. Nesse ínterim, é importante destacar a cada um individualmente sobre sua importância e significado para essa matéria.

Quanto ao vínculo jurídico, inicialmente, pode-se observar, conforme demonstrado no subitem sobre a evolução histórica, a existência de relação de obrigação formada entre um indivíduo e outro sobressaltando sobre os partícipes da relação a obrigação moral ao cumprimento ao que foi firmado.

Para Roberto de Ruggiero, o vínculo:

É um laço que limita a liberdade individual do devedor e confere ao credor um direito contra o obrigado, em virtude do qual este é constrangido a determinada atividade positiva ou negativa e aquele pode, na falta, pagar-se pelo patrimônio do outro. (*apud* NADER, 2009, p. 13).

Outrossim, vale citar um trecho de Sílvio Rodrigues:

Note-se que na espécie surge uma limitação à liberdade do devedor, que deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem. Mas tal limitação ou adveio de sua vontade, ou de seu comportamento desastrado (hipótese do ato ilícito), ou derivou de imposição legal. Em qualquer dos casos, entretanto, está ele legalmente vinculado e, na hipótese de inadimplemento, pode o credor colher, judicialmente no patrimônio do devedor, recursos para a satisfação de seu direito (2007, p. 4).

Em segundo plano, ainda sobre o elemento vínculo jurídico, e aí sim é onde pode ser encontrada a base de garantia para essas relações, é onde se encontra o Direito, as leis que permitem a formação e o poder de coerção do negócio firmado ou mesmo da ação ilícita ou desastrada do agente caracterizadora também de uma obrigação. Aliás, é o que afirma Paulo Nader na seguinte frase: “Para ser jurídico, o vínculo precisa ter a chancela da lei, pois é a força desta que impõe a firmeza e a coercibilidade na relação” (NADER, p. 13).

Quanto aos negócios jurídicos, aqui falando em contratos e outros meios de formação de obrigação que não o ato ilícito, vale ressaltar alguns dos requisitos exigidos pela lei para a validade do mesmo, estando eles descritos no artigo 104 do Código Civil Brasileiro, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002)

De um modo mais simplista pode-se afirmar ser vínculo jurídico por possibilitar ao credor a busca do crédito inadimplido junto ao Poder Judiciário, conforme citação abaixo:

Esse vínculo se diz jurídico porque, sendo disciplinado pela lei, vem acompanhado de sanção. Com efeito, se o devedor que legalmente se obrigou deixar de efetuar o pagamento, a lei abre as portas dos pretórios ao credor, para que este, por meio da execução patrimonial do inadimplente, obtenha a satisfação do seu crédito. (RODRIGUES, 2007, p. 4).

Em relação ao credor, também chamado de sujeito ativo da relação, este é o possuidor do crédito, detentor de direitos em relação ao devedor, sendo a pessoa a favor de quem a obrigação deve ser cumprida. Segundo Paulo Nader, “o credor possui a pretensão, que é o poder de exigir do devedor o cumprimento da obrigação.” (2009, p. 14)

A outra parte que também com a sua ausência não poderia se falar em relação obrigacional é o devedor, também chamado de sujeito passivo, sendo esta a parte com a responsabilidade de cumprir a prestação a que se obrigou em favor do credor.

Funcionando como objeto da relação obrigacional tem o que se chama de prestação, consistente no ato do sujeito passivo dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor do sujeito ativo. Nesse ponto é necessário não confundir o objeto da obrigação com o objeto do negócio jurídico, uma vez ser o primeiro aquilo que o credor pode exigir do devedor e o segundo é o objeto pelo qual o negócio foi firmado.

## **1.2 A obrigação como processo**

A constituição de obrigações fez e sempre fará parte do cotidiano das relações travadas pelas pessoas, seja física ou jurídica, razão pela qual tem relevante papel a sua codificação e o tratamento cada vez mais especializado e cuidadoso com o fim de evitar lesão a direito.

A todo instante são firmadas e encerradas diversas relações, seja na compra realizada em uma padaria ou em um acidente de trânsito. Enfim, são todas as relações derivadas de um contrato ou de uma responsabilidade civil.

As relações civis tem forte cunho patrimonializante, tendo entre seus principais institutos a propriedade e o contrato, que são modos de aquisição de propriedade. Não pode ser deixada de lado ainda a responsabilidade civil, principal constituidora de direitos entre os atos geradores de dano.

Como dito, a constante crescente da economia tem aumentado a cada dia o poder aquisitivo da população, conseqüentemente gerando cada vez mais relações de obrigações estatuídas pelo Código Civil, causando o endividamento da população, pois “a sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia.” (LÔBO, 2005, p. 1).

Apesar da liberdade individual está presente em toda e qualquer relação individual firmada entre as partes, esses direitos constituídos jamais se afastam dos princípios e regras

constitucionais, tendo em vista que a base de um Estado é firmada por sua Constituição.

Neste sentido, o trato do Direito Civil e, mais especificamente, das relações humanas na constituição de obrigações não poderia ser de forma diversa:

Sua unidade não está mais enraizada nos códigos civis, mas no conjunto de princípios e regras que se elevaram à Constituição e aos tratados internacionais, em torno dos quais gravitam os microssistemas jurídicos que tratam das matérias a ele vinculadas. No que respeita ao direito das obrigações, exige-se a mediação da Constituição, para o diálogo entre o Código Civil e os microssistemas jurídicos, principalmente o direito do consumidor, além de legislações sobre certos tipos de obrigações que não se enquadram na sistemática do Código. (LÔBO, 2005, p. 1).

Sendo assim, toda e qualquer interpretação que seja extraída das relações obrigacionais deve ser vista à luz da Constituição Federal, especialmente quando se fala nos fundamentos de validade jurídica, isto porque, o direito deve estar focado no social, visando a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, fundamentos constitucionais há que baseiam a constituição das obrigações, especialmente quando se fala na ordem econômica e social do Estado. Para o desenvolvimento do Estado há a necessidade da produção e distribuição de bens e serviços a fim de atenderem as necessidades humanas e sociais.

No que se refere aos contratos, tem-se:

Na acepção tradicional e liberal tem-se o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual de harmonização de interesses antagônicos, segundo o esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. (LÔBO, 2005, p. 9).

Na visão tradicional, vê-se então que a formalização do contrato além de vincular as partes de modo a constringer o devedor de forma moral ao seu integral cumprimento, o contrato ainda está revestido de inviolabilidade, tanto em relação ao Estado como em relação à coletividade, vinculando “o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia.” (LÔBO, 2005, p. 9).

A autonomia privada, com a liberdade contratual, a liberdade de exercício da propriedade e a liberdade do comércio e profissional, foram as principais reivindicações do programa liberal que se proponha a alcançar o bem-estar liberando as forças morais, políticas e econômicas do indivíduo. (REISER, *apud* LÔBO, 2005, p. 10)

E Paulo Luiz Netto Lôbo continua:

Ante esse paradigma, compreende-se que, na Constituição liberal, o contrato esteja ausente; não apenas ele, mas toda a ordem econômica. Essa visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo. (2005, p. 10).

O que se pode dizer de um Estado que autoriza ao credor fazer cumprir o adimplemento do contrato firmado com o devedor com a morte deste último? Ou colocá-lo ao trabalho forçado? Realizar torturas? Essas são as características trazidas nos itens anteriores na demonstração de um Estado liberal. Foram políticas que impunham interferência mínima nas relações particulares, estabelecendo liberdade ao mercado em sua forma negocial, e dispensando-se a intervenção do Estado na ordem econômica.

Em contrapartida ao Estado liberal, o constituinte brasileiro preocupou-se em regulamentar o contrato como aquele que cumpre com sua função social, limitando a liberdade individual ao condicionar o interesse das partes ao cumprimento desse requisito. Esse foi o entendimento firmado ainda no Código Civil atualmente vigente, sendo a função social determinante para constituição do conteúdo contratual e estabelecendo limites a liberdade individual.

A fundamentação do contrato no princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto, tenta introduzir as relações negociais uma obrigação de lealdade, cooperação e boa-fé, que deve ser exercida tanto pelo credor como pelo devedor durante a execução do contrato, com o fito de estabelecer uma relação social onde o credor se preocupa com as necessidades do devedor e vice versa.

Outro princípio decorrente da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana é o princípio da equivalência material das prestações, onde aqui se preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, visando manter a proporcionalidade dos direitos e

obrigações e corrigir desequilíbrios que posteriormente possam vir a interferir na execução do contrato.

Com o passar do tempo, o mais relevante na relação contratual deixou de ser o seu cumprimento, antes cegamente buscado pelo Estado liberal, para ser a sua forma de execução de modo a não causar excessiva vantagem para um ou para outro contratante.

Um instrumento normativo que vislumbra muito bem os princípios constitucionais e demais princípios formadores das relações negociais trata-se do Código de Defesa do Consumidor. Com a intenção de regular os interesses de consumidores e fornecedores de produtos e serviços, este código se utiliza de forma severa de princípios, sendo instituídos, apenas em seu artigo 6º, nove incisos declarando os princípios incidentes em suas relações.

Nessa relação contratual firmada entre consumidores e fornecedores existe uma figura marcante, exercida em boa parte das relações negociais, que é o chamado contrato de adesão. Trata-se de um contrato firmado de forma individual, sendo partes contratante e contratado, mas que, na sociedade, em razão da prática constante, envolve um número imenso de pessoas. Esse é o caso dos contratos de plano de saúde, por exemplo.

Imagine uma situação hipotética, primeiro no Estado liberal e depois no Estado constituinte brasileiro, em como seria a situação de um paciente em estado terminal necessitando de um tratamento médico e o plano de saúde se negando a fornecê-lo em razão de não ter sido previsto contratualmente o tratamento para aquela doença. Considerando o Estado liberal, onde não se fala em princípios básicos das relações negociais, a força do contrato seria máxima, não importando a função social do contrato. Já no Estado brasileiro, baseado em diversas normas principiológicas, respeitaria a função social do contrato, beneficiando o consumidor.

Quanto a responsabilidade civil, esta também está protegida constitucionalmente. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a proteção constitucional não se limita apenas a estabelecer a indenização pecuniária:

A Constituição adota diversas modalidades de reparação, que não se resume apenas à tradicional indenização pecuniária. Dentre elas: a) fica assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo recebido pelo ofendido, que em determinadas situações pode ser mais adequado e reparador que a indenização em dinheiro, máxime em se tratando de violação à dignidade da pessoa humana; b) a reparação deve ser completa, não se atendo aos danos materiais; c) a reparação pode consistir em prestação de fazer, ainda que decorrente de fato lícito, a exemplo da recuperação do meio ambiente, após concluída a exploração de jazida mineral, mediante atividade empresarial lícita e autorizada. (2005, p. 13)

Há ainda a proteção assegurada aos danos morais, devendo neste caso ter ocorrido violação aos direitos da personalidade, não servindo apenas de instrumento de valorização do interesse patrimonial. Vale ressaltar que a aplicação da norma constitucional não está vinculada a valores quantitativos, sendo tarefa do Poder Judiciário estabelecer a quantificação ao caso concreto de modo que não seja tão baixa que não cumpra com o caráter educativo da indenização ou tão alta que cause o enriquecimento injustificado do lesado.

A indenização referente à responsabilidade civil, assegurada constitucionalmente, está baseada em três valores básicos: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social. Há de se ressaltar que a própria Constituição Federal assegura indenização em desfavor do Estado, estabelecendo para tanto a responsabilidade objetiva, tanto em relação à Administração direta como à indireta.

É importante notar neste ponto, não tratar-se de um direito líquido e certo do suposto lesado, sendo necessário, antes de tudo, até que atinja o patrimônio do devedor, uma cognição mediante o devido processo legal para que se constitua uma obrigação certa.

Neste sentido o direito das obrigações, pode ser assim definido:

O direito das obrigações, na atualidade do sistema jurídico brasileiro, compreende as relações jurídicas de direito privado, de caráter pessoal, nas quais o titular do direito (credor) possa exigir o cumprimento do dever correlato de prestar, respondendo o sujeito do dever (devedor) com seu patrimônio. (LÔBO, 2005, p. 16).

O Direito das Obrigações tenta, portanto, pôr fim aos conflitos de interesse, entretanto, “as soluções que o direito contemporâneo ainda utiliza têm origem nas resoluções dos conflitos que os antigos romanos cristalizaram em suas normas jurídicas e, sobretudo, nos trabalhos deixados por seus jurisconsultos”. (LÔBO, 2005, p. 17).

Vale asseverar que outros ramos do direito há que não ligados diretamente aos pressupostos do Direito das Obrigações que, entretanto, assim podem ser enquadrados.

É certo que há obrigações em outros ramos do direito, mas que não se remetem ao direito das obrigações, no sentido ora empregado, salvo em caráter supletivo. [...] No âmbito do direito privado, as obrigações de direito de família não correspondem aos pressupostos das obrigações em sentido estrito, especialmente as de caráter genuinamente pessoais, como os deveres comuns dos cônjuges (art. 1.566 do Código Civil) ou os deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.634 do Código Civil); [...], ainda que de caráter econômico, refogem às fontes reconhecidas do direito das

obrigações, porque dizem respeito diretamente à tutela jurídica das pessoas. (LÔBO, 2005, p. 17).

Vale notar ser as obrigações relacionadas ao Direito de Família, bastante ligado ao dever moral de assistência, onde é impensável na atitude de uma pessoa sensata deixar de prestar assistência ao cônjuge com quem conviveu tantos anos objetivando a construção de uma família sólida. Ainda mais quando se fala em um filho, pessoa incapaz e indefesa até certo ponto, não receber a proteção devida pelo pai ou pela mãe.

Outro aspecto interessante é o Direito Tributário, onde se atribui ao contribuinte o dever e obrigação ao pagamento em dia dos tributos cobrados e estabelecidos em lei, sendo rechaçado pelo direito o inadimplemento de tais obrigações e, em alguns casos, determinada a prisão do contribuinte inadimplente quando ligado a crimes de sonegação.

Sendo assim, “obrigação, no sentido estrito e preciso do termo, é apenas o dever ou a dívida que podem ser exigidos pelo credor. Pode haver dívidas que ainda não sejam exigíveis, não se convertendo em obrigações, porque não surgiu a pretensão.” (LÔBO, 2005, p. 23). A pretensão, por sua vez, “constitui o grau de exigibilidade do direito (subjetivo) e a obrigação de submissão ao adimplemento.” (MELLO, *apud* LÔBO, 2005, p. 23).

De modo a exemplificar a situação da obrigação e da pretensão, prossegue Paulo Luiz Netto Lôbo:

Tenha-se o exemplo de negócio jurídico cuja execução esteja dependente de termo inicial fixado pelas partes: há direito e dever, mas não há, ainda, pretensão e a respectiva obrigação. Nesse sentido, excluem-se do conceito de obrigação as obrigações que estão fora do direito das obrigações e evitam-se as confusões com o conceito de dívida. (2005, p. 23).

Diante de tais esclarecimentos, pode-se concluir que para a existência de uma obrigação, primeiramente há a necessidade da existência de uma dívida, consistindo esta na relação obrigacional e estando ligada diretamente ao dever de prestar o que se obrigou. Casos há em que se constituem ao mesmo tempo, como no caso de uma compra e venda, obrigando-se o comprador a pagar o preço e ao vendedor entregar a coisa.

Segundo Pontes de Miranda:

Os três sentidos de ‘obrigação’ continuaram na terminologia jurídica, a despeito de se haverem precisado os conceitos de dever (dívida) e de obrigação e de se terem apontado as obrigações que estão fora do direito das obrigações. (PONTES DE MIRANDA, *apud* LÔBO, 2005, p. 23).

Assim, considerando a existência do direito das obrigações como uma forma de resolução de conflitos, surge o problema na hipótese da obrigação resistida pelo devedor, gerando o seu inadimplemento e a pretensão, possibilitando ao credor buscar a tutela estatal para a obtenção de seu crédito.

É importante notar que, neste ponto, diferentemente do Estado liberal em que a intervenção entre as relações firmadas entre particulares são mínimas, no Estado democrático de direito não autoriza ao credor fazer justiça com as próprias mãos, sendo nesse ponto necessária a atuação do Estado para a busca do crédito.

No Estado brasileiro, o instrumento para essa concretização do crédito nas mãos do credor é a execução forçada do devedor. A utilização desse instrumento se dá pela atuação do Estado que se perfaz por meio do Poder Judiciário que pela interpretação das normas vigentes adota o meio adequado à satisfação do crédito.

É bom ser observado que a execução se dá como um meio de coagir o devedor ao adimplemento, pois:

Sem a execução forçada, o credor ficaria a mercê da boa vontade do devedor, gerando insegurança jurídica. Por isso que a execução forçada tem o fito de coagir o devedor a cumprir a prestação, quando for possível conseguir o que foi prometido, com auxílio da força pública. Quando não for possível (por exemplo, a coisa objeto da prestação de dar ou restituir foi destruída, ou a prestação de fazer é personalíssima), executar-se-ão os bens do devedor necessários para obtenção do valor da prestação inadimplida. (LÔBO, 2005, p. 24).

Como se pode observar, há uma distinção enorme entre a execução do crédito inadimplido nos tempos atuais em relação ao Direito antigo. Aqui não se permite mais o constrangimento pessoal do devedor ao adimplemento, sujeitando o próprio corpo ao débito, mas sim a responsabilização patrimonial.

Ainda de modo a diferenciar o Direito antigo do Direito atual aplicado no Brasil, Paulo Luiz Netto Lôbo assim descreve: “A condenação do devedor para cumprir a prestação resulta de longo desenvolvimento do direito, pois o direito romano antigo não a conheceu,

uma vez que a sentença executiva apenas podia referir-se à reparação em dinheiro.” (2005, p. 25).

## 2 A RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR E O ADIMPLEMENTO

No que tange a responsabilidade do devedor já foram analisados diversos pontos nos subitens anteriores, merecendo destaque, sobretudo por ser a forma mais antiga de responsabilização pelo inadimplemento, a relação moral existente entre as partes.

Ademais, outros pontos aqui foram apontados, especialmente no que se refere à forma de cobrança do crédito inadimplido, sendo demonstrado através de citações de Sílvio Rodrigues e Paulo Nader a atuação da justiça no Direito antigo autorizando a penalização corporal e a responsabilização patrimonial.

Atualmente, e mais especificamente no Brasil, o adimplemento tem sido focado no patrimônio, sendo em muitos casos impossibilitada a penalização do devedor pelo débito civil. Aqui propositadamente se fala em “muitos casos” tendo em vista ser a responsabilização material do devedor a exceção à regra e apenas permitida a prisão civil.

Aliás, por se falar em exceção a regra, o caso clássico jamais poderia deixar de ser lembrado, qual seja, o inadimplemento da prestação alimentícia, caso bastante relevante no âmbito familiar. T tamanha é a sua importância que o legislador brasileiro fez questão de asseverar a sua proteção através do texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. (BRASIL, 1988).

É importante salientar ser a prisão civil apenas um meio coercitivo ao adimplemento das prestações alimentícias por parte do devedor e não um meio de quitação da dívida. Entretanto, deve-se ressaltar a existência de diversas limitações esclarecidas pela legislação infraconstitucional e pela jurisprudência, aliás, como já mencionado, a prisão civil é a exceção, sendo tratada da mesma forma a sua aplicação.

Nesse ínterim cabe citar o que diz Sílvio de Salvo Venosa:

O art. 19 da Lei de Alimentos permite que o juiz tome todas as providências possíveis para a satisfação dos alimentos determinados, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 dias. O art. 733 do CPC, lei posterior, fixa o prazo de um a três meses de prisão. O cumprimento dessa pena de prisão, contudo, não exime o devedor do pagamento das prestações vincendas e não pagas. A prisão é meio coercitivo para o pagamento, mas não o substitui. A possibilidade de prisão do devedor de prestação alimentícia insere-se entre os atos concretos que o Estado pode praticar para satisfação do credor. A jurisprudência tem restringido a óptica dessa prisão aos últimos meses de inadimplência por parte do alimentante, geralmente três

últimos meses em aberto, dada a natureza intrínseca da finalidade da prisão e dos alimentos. Não há que se decretar a prisão por alimentos pretéritos, distantes da necessidade premente e atual do alimentando. (2010, p. 388)

Quanto ao depositário, segundo Sílvio Rodrigues, este desempenha a função de guarda de bens móveis, devendo ele restituir o bem quando o depositante o reclamar, passando a ser considerado infiel quando da não devolução injustificada, hipótese em que ele se sujeitará às penas da lei (2007, pp. 271 e 279).

Apesar da previsão constitucional para a prisão civil do depositário infiel, esta não mais se aplica ao ordenamento brasileiro tendo em vista a ratificação pelo Brasil em setembro de 1992 da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969.

Aliás, essa inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel tomou ainda mais força com a Emenda Constitucional 45/2004 ao dispor que os tratados sobre Direitos Humanos passariam a vigorar de imediato e seriam equiparados às normas constitucionais desde que obtivessem a aprovação em dois turnos por três quintos de seus membros em cada Casa do Congresso Nacional. (Notícias STF, Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos completa 40 anos, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>, acesso em: 06 de abril de 2012).

Em contrapartida à impossibilidade de coerção do devedor ao adimplemento da dívida por meio da prisão civil, o Direito brasileiro dispõe de diversos outros procedimentos na tentativa de garantir ao credor o adimplemento do crédito, procedimentos esses que recaem sobre o patrimônio do devedor.

Vale observar ser a busca pelo patrimônio do devedor o único meio idôneo a possibilitar ao credor receber seu crédito inadimplido, independente do resultado obtido no procedimento adotado, mais especificamente o procedimento da Ação de Execução por Título Extrajudicial ou Judicial, a depender da forma de constituição do título executivo.

Assim, voltando a Teoria dualista do vínculo obrigacional, a qual define a existência de débito e responsabilidade, sendo aquele o dever do devedor em realizar uma atividade em benefício do credor e este uma forma de coerção ao adimplemento do débito que apenas emerge com o inadimplemento, pode-se dizer que o devedor, através de um vínculo pessoal, se obriga ao pagamento e o patrimônio do mesmo responde pelo débito.

Assim define Fredie Didier Júnior:

A obrigação abrange o dever jurídico principal e a responsabilidade, etapas do seu itinerário. Descumprido o dever, e configurado o inadimplemento, surge a responsabilidade, estado de sujeição do patrimônio do devedor/terceiro, ou, eventualmente, de sua vontade/liberdade, ao cumprimento da prestação. (2009, p. 253).

## **2.1 O modelo atual da reparação de danos e a insuficiência para garantia de ressarcimento**

Esse ponto se confunde um pouco com o ponto seguinte acerca da constituição do título executivo, entretanto, aqui serão demonstradas de forma um pouco mais esmiuçadas as formas de reparação de danos.

De uma forma geral a reparação de danos decorre de atos ilícitos praticados na própria convivência social. Entretanto, há aqueles decorrentes do descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e de entregar coisa. Assim, aos poucos serão demonstradas as características e finalidade de cada uma.

Quanto aos danos decorrentes de atos ilícitos, estes podem ser caracterizados como dano material e dano moral, sendo eles decorrentes das relações travadas diariamente na relação humana. Aliás, para a relação humana é requisito para que o indivíduo se insira na sociedade o convívio social.

Neste sentido, durante as relações travadas, por um motivo ou por outro, há situações em que um, pensando estar exercendo direito certo, na verdade está violando um direito alheio, caracterizando o dano moral ou dano material ou ambos ao mesmo tempo.

Em ambos os casos há a necessidade de o lesado levar ao Poder Judiciário uma pretensão para que este, por meio do procedimento ordinário, assegurado o contraditório e ampla defesa, comprove o dano sofrido, bem como o nexo de causalidade entre o dano provocado e a conduta do agente. Vale asseverar ainda, quanto ao dano moral, deve estar ele devidamente comprovado nos autos do processo cognitivo, sem o qual não se poderá aferir o prejuízo sofrido.

Quanto ao dano moral, este se configura em razão de ofensa a uma pessoa em seu ânimo psíquico, moral ou intelectual, ou ambos ao mesmo tempo, atingido a honra, a privacidade, a imagem, o nome e até ao próprio corpo da vítima. Essa espécie de dano é mais subjetivo que qualquer outra, tendo em vista que não há valores fixos que vincule o juiz a condenar o infrator em uma quantia ou outra.

Quanto ao dano material, este pode se referir ao dano causado de forma efetiva ao patrimônio da vítima em virtude do ato praticado, chamado de dano emergente, ou ao acréscimo patrimonial que se deixou de auferir por um determinado período também em razão do ato praticado pelo agente, chamado de lucro cessante.

Quanto à obrigação de fazer ou não fazer, esta consiste na vinculação do devedor a realização de determinado comportamento, podendo ser um trabalho físico, intelectual ou mesmo a prática de um ato jurídico.

Da mesma forma como na obrigação de dar, como será visto adiante, há a diferenciação entre se o descumprimento da obrigação de fazer se deu por culpa do devedor ou não. Assim, “se inocente o devedor, a obrigação se resolve; se culpado, deve compor o prejuízo.” (RODRIGUES, 2007, 35). Não se pode esquecer que no primeiro caso, quando sem culpa do devedor, os valores desembolsados devem ser devolvidos e, se houver prejuízo, deve ser imputado à força maior ou ao caso fortuito.

Outra distinção que se faz ainda na obrigação de fazer é a hipótese de ser ela infungível ou fungível. No primeiro caso, a solução para o caso é converter-se em perdas e danos, uma vez ter aquela obrigação características únicas, enquanto que na segunda hipótese, surge a possibilidade de o credor requerer as perdas e danos ou para que terceiro execute a obrigação à custa do devedor.

Quanto à obrigação de não fazer a vinculação a determinado comportamento se relaciona a abster-se de fazer algo. Assim, a distinção se faz se o descumprimento da obrigação se deu por culpa ou não do devedor. Quando sem culpa o devedor, a obrigação se extingue, enquanto que, quando com culpa do devedor, abre-se a hipótese de o credor exigir seja desfeita a desobediência da obrigação ou, quando impossível o desfazimento, requerer perdas e danos.

No caso das obrigações de fazer e não fazer, estas podem se enquadrar na tutela inibitória fornecida pelo Estado com o intuito de fazer com que o ato gerador do dano seja cessado ou mesmo antes da ocorrência do ato lesivo. Assim, nestes casos, ao contrário da tutela ressarcitória em que o principal objetivo é o ressarcimento do dano já causado, a pretensão é prevenir para que o dano não ocorra, não se excluindo o direito a indenização, bem como a perdas e danos.

Tão importante quanto o direito ao ressarcimento, a tutela inibitória está prevista no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 461 do Código de Processo Civil, prevendo inclusive a possibilidade de aplicação de multa para o caso de descumprimento da ordem judicial.

A lei pode prever hipóteses de execuções específicas, que se aproximam daquilo que o devedor deveria fazer e não fez, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz determinar medidas equivalentes ao resultado prático do cumprimento da obrigação, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra ou impedimento de atividades nocivas. (LÔBO, 2005, p. 25).

Em relação à obrigação de dar, esta consiste na entrega de alguma coisa, ocorrendo a tradição de uma coisa pelo devedor ao credor. Problema surge quando da deterioração ou perecimento da coisa, momento em que surge a obrigação por parte do obrigado a indenizar a parte contrária.

O legislador distingue, em todas as circunstâncias, a hipótese da deterioração ou perda da coisa resultar ou não de culpa do devedor. Ocorrendo tal culpa, aplica a regra geral da responsabilidade civil, impondo ao culpado o dever de indenizar as perdas e danos (CC, art. 389). De maneira que os casos de perecimento ou estrago advindos de culpa poderiam, em rigor, ser desde logo demitidos dessa análise, por dispensarem maior exame. (RODRIGUES, 2007, p. 21 e 22).

Segue ainda Sílvio Rodrigues a fim de atribuir até que ponto vai a responsabilidade:

a) Perecendo a coisa, por culpa do devedor, responderá o culpado pelo equivalente, devendo, ademais, compor as perdas e danos (CC, art. 234, 2ª parte). Portanto, a obrigação original se extingue ficando substituída pelo sucedâneo das perdas e danos. b) Deteriorando-se a coisa, por culpa do devedor, poderá o credor ou resolver o contrato, exigindo perdas e danos (solução idêntica à hipótese anterior), ou aceitar a coisa no estado em que se encontre, reclamando, além disso, a composição do prejuízo. (2007, p. 23).

Entre as obrigações de dar e de fazer, há de se fazer aqui uma distinção asseverada por Sílvio Rodrigues:

[...] na obrigação de dar é sempre possível recorrer ao Poder Judiciário para penhorar, arrestar ou de qualquer modo apreender a coisa in obligatione, a fim de entregá-la ao credor, enquanto na obrigação de fazer é impossível alcançar um execução específica sem séria ofensa à liberdade individual. (2007, p. 32).

Assim, nesse ponto, no que se refere à obrigação de fazer, o Poder Judiciário, em um Estado que não admite de forma alguma a escravidão, sendo base do ordenamento jurídico a liberdade individual, jamais poderá obrigar que o devedor faça aquilo a que se comprometeu em fazer no contrato firmado, entretanto, de forma a regulamentar a hipótese, converte-se em perdas e danos em favor do credor.

Propostas as respectivas ações para reparação do dano sofrido, as partes envolvidas na relação terão a oportunidade de obtenção de prova a fim de instruir o processo e demonstrar a monta da existência ou inexistência do prejuízo. Decidida a causa e provada a existência do dano, está assegurada o direito a reparação civil, entretanto, a efetivação do ressarcimento se enquadrará em outro procedimento, o cumprimento de sentença ou procedimento de execução, o qual busca dar cumprimento aquele crédito constituído por uma sentença judicial.

### 3 A CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO E SUA EFETIVIDADE

Conforme demonstrado anteriormente a vida humana é regida por relações obrigacionais, as quais devem ser cumpridas pelas partes integrantes dessas relações, sob pena de recair em seu inadimplemento. A partir desse inadimplemento surge a responsabilização do patrimônio do devedor para com o pagamento da dívida.

Inicialmente cumpre observar existir diferença entre a constituição da relação obrigacional e a constituição do título executivo, ou melhor, diferença entre o momento da constituição de cada um. O primeiro, como visto, decorre da própria relação humana onde um indivíduo se obriga perante outro a realizar determinada atividade em favor do outro, enquanto o segundo decorre do inadimplemento da obrigação constituída.

Em relação ao primeiro é importante ressaltar que não se deve limitar as relações firmadas contratualmente, mas também da própria relação social onde para conviver em harmonia as pessoas devem se comportar de modo a que não infrinja o direito do outro, sob pena de estabelecer ai a obrigação de quem infringiu a norma social indenizar o outro.

Visto isso, pode-se agora estabelecer limitações ou especificações às formas de constituição do título executivo.

O credor, pela própria posição que exerce na relação obrigacional, tem o direito de ver a prestação a que se obrigou o devedor adimplida de forma voluntária, entretanto, situações há que por si só não se resolvem, este é o caso do inadimplemento.

Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 25).

De modo a concretizar o cumprimento da obrigação firmada pelo devedor inadimplente e satisfazer o credor em seu crédito, levando-se em consideração que o Direito brasileiro não permite ao credor fazer justiça com as próprias mãos (a chamada autotutela), este tem o direito de buscar o Poder Judiciário para, por meio das medidas necessárias e permitidas pela legislação aplicada, ver a quitação de seu crédito efetivada, o que é chamada de “tutela jurisdicional executiva”. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 26).

Quando se tem o inadimplemento, o credor passa a ter o direito à tutela jurisdicional executiva a fim de, por medida forçada, fazer cumprir a responsabilidade do patrimônio do devedor com o débito contraído. Não por outro motivo é que essa tutela jurisdicional pressupõe o inadimplemento da obrigação, conforme descrito pelo artigo 580 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2006).

Para dar efetividade ao direito do credor, este se vale do que se chama processo de execução. Aqui, quando se fala em processo de execução, este pode ser analisado de duas formas: a primeira como um mero procedimento de execução, tendo em vista que, com as alterações do Código de Processo Civil, em 2005, a execução da sentença de um processo de conhecimento passou a se chamar cumprimento de sentença, sendo na verdade uma fase de um mesmo processo (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p.31), sendo neste caso chamado de Processo de Execução de Título Judicial; já a segunda, como de fato um processo de execução, um processo autônomo, entretanto, neste momento a obrigação descumprida se refere a um título executivo extrajudicial, sendo este definido pelo artigo 585 do Código de Processo Civil e chamado de Processo de Execução de Título Extrajudicial.

É importante destacar nesses dois casos as distinções em suas disposições legais: se o título for judicial, aplicam-se as regras do cumprimento da sentença dispostos do artigo 475-J ao 475-R; no caso do título executivo extrajudicial, está disciplinada pelas normas contidas no Livro II.

Outrossim, vale ressaltar que as formas de defesa em cada caso ocorre de forma diversa incidindo mais limitações no caso do Título Executivo Judicial que no Título Executivo Extrajudicial, estando elas dispostas no primeiro caso pelo artigo 475-L e no segundo pelo artigo 745, todos eles dispostos no Código de Processo Civil. (DIDIER JÚNIOR, et al,2009, p.34).

Vale ressaltar ainda ser o título executivo essencial ao processo de execução, sendo ele capaz de dar razão à própria existência do processo executivo:

O título executivo é muito importante na execução. Sem ele não se pode aferir a causa de pedir, o pedido, nem a legitimidade, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, enfim, pode-se dizer que o título executivo é onipotente: ele é o documento indispensável para a propositura da execução e é com base nele que todos os elementos da ação, as condições da ação, vários requisitos processuais etc. serão examinados. A cognição na execução recairá sobre o título e tudo o que dele possa ser extraído. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009,145).

Assevera ainda Fredie Didier Júnior outras mudanças no mesmo código na busca de uma maior efetividade e celeridade às medidas judiciais executivas, dentre elas estão as medidas de obrigação de fazer ou não fazer, onde passou-se a desnecessidade da instauração de um processo autônomo para o cumprimento da obrigação determinada na sentença, sendo essa alteração disposta na redação do artigo 461, pois “essas sentenças possuem aquilo que a doutrina mais antiga chamava de força executiva própria” (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 30); o mesmo pode-se dizer da obrigação de dar coisa distinta de dinheiro disposta pelos artigos 461-A e 621.

Não por outro motivo é que o processo de execução está baseado, dentre outros princípios, pelo princípio da efetividade, sendo este um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva. Segundo Marcelo Lima Guerra esse princípio consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”. (*apud* DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 47).

Nesse ponto não se quer dizer ou interpretar seja a prestação jurisdicional unicamente efetiva no intuito de recuperar o crédito perdido pelo credor, mas também oferecer ao exequente uma prestação jurisdicional célere e adequada.

Na verdade, a busca pelo Poder Judiciário para a solução de um conflito como este se trata de uma medida de urgência, onde de um lado está o credor sedento pela satisfação de seu crédito e, de uma certa forma, desesperado pela inadimplência do devedor, e do outro este último arriscado a se colocar a insolvência e ficar impossibilitado de adimplir o débito contraído.

Em contrapartida ao princípio da efetividade, outros princípios fundamentais há que buscam a proteção do devedor e restringe o direito do credor a satisfação de seu crédito. Assim é no caso da penhora, instituto que busca garantir o crédito do credor através do patrimônio do devedor, podendo ser penhorados os bens que tenham expressão econômica e que não estejam enquadrados nas hipóteses de impenhorabilidade.

A impenhorabilidade pode ser classificada como absoluta ou relativa, a depender se a oponibilidade da impenhorabilidade pode ser oposta a qualquer credor ou a alguns credores, respectivamente. Essa proteção, apesar de retirar garantia fundamental do credor, possui motivos justificáveis a sua aplicabilidade:

A impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 541).

Na verdade o que se faz aqui é uma ponderação sobre quais direitos fundamentais seriam mais importantes: o princípio da tutela executiva em favor do credor ou o direito de moradia do devedor, a exemplo.

É importante observar ser a expressa disposição da impenhorabilidade de determinado bem relativizada no caso concreto, uma vez que sendo verificada pelo juiz a possibilidade de satisfação do crédito com a penhora de determinado bem sem que, contudo, desproveja o devedor da possibilidade de obter outro com o resultado da venda judicial, deve o aplicador do direito fazer aplicar o princípio da tutela executiva.

Neste caso, dar interpretação que prevaleça absolutamente um direito fundamental em prejuízo de outro, sabendo-se ser possível a proteção de ambos, é interpretar “em desconformidade com os preceitos da contemporânea hermenêutica constitucional”. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 542).

Segue ainda Fredie Didier Júnior dizendo sobre a flexibilização dos direitos fundamentais:

Exatamente porque são normas que visam proteger direitos fundamentais, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas em razão de peculiaridades do caso concreto, como forma de tutelar adequadamente esses mesmos direitos fundamentais. Trata-se de aplicação do princípio da adequação. (et al, 2009, p. 543).

Quanto ao princípio da adequação, este nada mais é que a adoção por parte do Poder Judiciário da medida mais adequada ao caso concreto, aliás, trata-se de “um dos princípios fundamentais do direito processual”. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 61).

Em comentário a aplicação dos princípios da adequação e da efetividade Adib Antônio Neto cita: “Ordinariamente, quase nunca, ou raramente, o executado indica bens, e tampouco age de modo a colaborar com a satisfação do crédito executado, como seja, não oferta os “vários meios” pelos quais a execução possa ser promovida, consoante fez o legislador.”

Quando ele fala em “vários meios”, quer referir-se a parte final da parte geral de execução do Código de Processo Civil, em seu artigo 620, que dispõe: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. (BRASIL, 2006).

Acrescenta ainda o mesmo autor a errônea interpretação dos artigos dispostos pelo Código de Processo Civil pelo próprio juízo competente para o processamento do processo de execução:

No que toca à execução, como se não suficiente fosse toda a diligência por bens do executado, muitos dos pedidos do exequente, formulados na ânsia de ver seu crédito atendido, esbarram-se à intelecção judicial contrária, a qual, de fato, não confere a merecida efetividade do processo executivo, já conferida pelo legislador ordinário.

Note que o processo civil tenta equilibrar a situação levada a juízo, não levando em consideração a teórica e, em certos casos, prática desvantagem do credor ao ver seu crédito inadimplido. Neste sentido é que o Código de Processo Civil se utiliza de princípios básicos, não apenas constitucionais, para a efetivação da justiça tanto para o polo passivo da demanda, no caso o devedor, como para o polo ativo, neste caso o credor.

A interpretação em favor do executado trata-se de aplicar o processo de execução da forma menos gravosa ao devedor, entretanto, para que se assim o faça é necessário que o exequente possua vários outros meios.

Entretanto, esse poder de relativização dos direitos fundamentais põe em risco um direito líquido e certo do credor em receber do devedor o pagamento de seu crédito, bem como o poder de efetivação da tutela jurisdicional executiva, obviamente aqui considerando um título executivo válido.

No caso da penhora, a possibilidade de ineficácia se coloca tendo em vista que o cumprimento da mesma não retira o bem do domínio do devedor, servindo apenas para individualização do bem para a responsabilização patrimonial e a atribuição do direito de preferência ao credor.

Segundo o Código de Processo Civil, em seu artigo 664, “a penhora se aperfeiçoa com a apreensão e depósito do bem”. (BRASIL, 2006). A apreensão formaliza-se com o termo ou auto de penhora que é redigido pelo escrivão no caso da desnecessidade de realização de diligências fora do cartório. No caso de diligências fora da sede do juízo, o auto

de penhora é lavrado pelo oficial de justiça, sendo este o competente para a realização da apreensão do bem, devendo ser lavrados tantos autos quantos forem os bens a serem apreendidos para satisfação do débito.

Diversos são os requisitos necessários a serem dispostos no auto de penhora com o fim de instituir o direito de preferência e de configurar uma possível fraude:

i) o dia, mês e ano – essencial para estabelecer a preferência do credor e a ocorrência de alienação fraudulenta de bem penhorado. É relevante também que se consigne a hora, pelas mesmas razões (definição do credor preferente e configuração de fraude); ii) o lugar em que se realizou a apreensão – importante para que se garanta que a penhora seja feita no foro da execução (arts. 658 e 655, III, CPC), ressalvadas as exceções legais; iii) os nomes do credor e devedor ou do terceiro responsável (ex: sócio da empresa executada) – cuja omissão é mera irregularidade; iv) a descrição do bem penhorado (e suas qualidades); e, enfim; v) a nomeação do depositário. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 584).

A figura do depositário aqui é de extrema importância, assumindo ele a função de auxiliar da justiça, cabendo a ele o dever de guarda e conservação dos bens penhorados, prestando um compromisso pessoal. Em determinados casos o depositário pode ser o próprio devedor, sendo eles: quando o exequente expressamente concordar, independente da natureza do bem penhorado, quando for difícil a remoção do bem e quando for bem imóvel.

Quanto ao bem imóvel, por haver a possibilidade do próprio devedor assumir o papel de depositário ele está dispensado da prestação do compromisso pessoal.

Na realidade, o próprio legislador vislumbrou isso, estabelecendo no art. 659, § 5º que o executado será depositário do bem imóvel, por força de lei. É um depositário legal, dispensado, inclusive, de prestar compromisso formal. Mas isso não impede que ele rejeite o encargo, demonstrando que não tem condições práticas de guardar e conservar o imóvel, como nos casos em que o imóvel foi invadido por terceiros, por exemplo. (THEODORO JÚNIOR, *apud* DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 586).

Em discordância a essa possibilidade do próprio devedor assumir o papel do depositário Fredie Didier Júnior cita o entendimento de Amílcar de Castro:

Amílcar de Castro defende ser de ordem pública a exigência de que o bem penhorado (seja ele móvel ou imóvel) não fique em poder do executado, para que

não os oculte, degrade ou transfira para terceiro, bem como para que não fique estimulado a protelar execução, beneficiando-se do uso e gozo do bem. (et al, 2009, p. 586).

Na verdade a possibilidade de disposição do bem ainda existente, mesmo com a realização da penhora, é mais um risco a ineficácia desse instituto jurídico, mesmo se tratando de uma disposição de forma indevida. Aliás, se não houvesse tal possibilidade o Código de Processo Civil não disporia sobre fraude contra credores ou, no caso, fraude à execução.

Eventual alienação/oneração do bem penhorado para terceiro existe, é válida, mas só é eficaz inter partes (alienante e adquirente/beneficiário); não produz efeitos para a execução. Vale, no plano do direito material, o próprio ato de transmissão, mas a ineficácia, no plano do direito processual, tem como consequência que os atos de direito material foram ineficazes e continuam ineficazes. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de, *apud* DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, pp. 537 e 538).

Isso porque a penhora não tira o bem do domínio do devedor, podendo ele aliená-lo ou onerá-lo validamente. Mas esse ato de disposição será relativamente ineficaz; isto é, não obstante subtraído do patrimônio do executado, o bem continuará respondendo pela execução em que foi penhorado.

Outros requisitos há ainda em relação a penhora do bem imóvel, visando dar publicidade ao ato de disposição do bem penhorado e produzir eficácia perante terceiros, exigindo-se o registro junto ao cartório competente necessitando para tanto a apresentação ao oficial do registro de certidão com inteiro teor do ato construtivo, dispensando-se expressamente o mandado judicial, segundo disposição do § 4º do artigo 659 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2006).

A disposição para registro junto ao cartório serve para que a presunção de conhecimento por terceiros da responsabilização daquele bem em determinado processo judicial pela dívida nele contida tenha um caráter absoluto, porém, a ausência do registro também tem uma proteção, entretanto, limitada, pois a alienação de bem penhorado possui uma presunção relativa da publicidade do ato, a depender de prova em contrário a ser apresentada pelo próprio credor para anulação da alienação.

Feita a inscrição da penhora na matrícula do imóvel, há presunção absoluta de seu conhecimento por terceiros, e qualquer a alienação ou oneração do bem penhorado posterior a isso será fraudulenta. Mas, ausente o ato registral, eventual aquisição do imóvel por terceiro será presumidamente de boa-fé (presunção relativa), cabendo ao credor apresentar prova em contrário. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 593).

Apesar da inexistência de determinação legal para a obrigatoriedade da averbação no registro do imóvel, deve o juiz certificar-se da publicização do ato da penhora com o fito de evitar a alienação judicial de bem já pertencente a terceiro de boa-fé, bem como evitar discussões posteriores sobre a matéria. Esse é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior: “embora a mencionada averbação não seja tida por indispensável por lei para que o processo siga adiante, é recomendável que o juiz não determine a realização de hasta pública do imóvel penhorado sem que haja prova de que a penhora foi publicizada.” (*apud* DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 593).

Ainda sobre o procedimento da efetivação da penhora, após lavrado o auto de penhora, o devedor executado e em determinados casos terceiros devem ser intimados, conforme transcrito abaixo:

a) O titular de direito real ou usufrutuário do bem penhorado (art. 615, II): o credor pignoratício, hipotecário, ou anticrético, e o usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto; b) o terceiro garantidor de dívida alheia, se bem seu foi penhorado (art. 655, § 1º, CPC). Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia. Se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora; c) o senhorio direto e o credor com penhora anteriormente averbada, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da adjudicação ou alienação, que não seja de qualquer modo parte na execução (art. 698, CPC); d) no caso de penhora de quota social, procedida por exequirente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios ma adjudicação (art. 685-A, § 4º, CPC); e) na penhora de imóvel, o cônjuge do executado deverá ser intimado. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 592).

Por outro lado, apesar de não ser o foco do trabalho aqui dispensado, entretanto, não menos importante, pois influencia no saldo apurado na alienação judicial, vale lembrar ainda a morosidade processual tão questionada em todo o país, o que gera a depreciação do bem e a sua consequente desvalorização.

Outro procedimento ainda mais importante se refere à penhora on line. Autorizado pelo artigo 655-A do Código de Processo Civil, é o instrumento que, na prática, deveria ser o

mais efetivo por buscar a localização de dinheiro em espécie ou em depósitos e aplicações financeiras em nome do devedor executado.

Os bens acima descritos buscados pela penhora on line é o que preferencialmente deve buscar a execução judicial, tendo em vista a efetivação imediata da tutela jurisdicional executiva, sendo inclusive declarado pelo Código de Processo Civil em seu artigo 655, I. (BRASIL, 2006).

Esse procedimento é realizado por meio eletrônico, onde o juízo da execução, por requerimento da parte credora exequente, determina que o Banco Central bloqueie depósitos e aplicações financeiras em nome do executado. Entretanto, antes mesmo da realização da penhora, é autorizado ao juiz solicitar informações sobre a existência de numerário em nome do devedor executado e desde já determine a indisponibilidade do valor. “Trata-se de espécie de arresto executivo eletrônico.” (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 605).

É importante observar ser essa penhora realizada até o limite do valor executado, sendo ai incluído a atualização do valor executado e o valor dos honorários advocatícios e despesas processuais, tendo em vista a pré-fixação dos honorários por despacho do juiz já no despacho inicial para citação do executado e a determinação legal do Código de Processo Civil em seu artigo 659. (BRASIL, 2006)

Efetuada o bloqueio dos valores, seja o saldo suficiente a saldar a dívida ou não, jamais podendo ocorrer a constrição de valor a maior, o juízo requisitante é informado inclusive da instituição financeira em que os valores se encontram.

O legislador diz que o juiz “poderá” determinar a indisponibilidade até o valor indicado na execução. Mas é prudente que o juiz sempre o faça, pois esta pré-penhora (bloqueio prévio) assegura a eficácia da futura constrição, evitando saques furtivos do devedor titular da conta. (THEODORO JÚNIOR, *apud* DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 605).

Posteriormente o escrivão lavra o respectivo termo de penhora, do qual será intimado o executado na pessoa de seu advogado ou, em último caso, pessoalmente, daí transformando-se o arresto executivo eletrônico em penhora.

Apesar de ser o meio, teoricamente, mais eficiente para a efetivação da tutela jurisdicional executiva, mais uma vez o instrumento da penhora resta ineficaz em razão da morosidade da justiça. Ademais, há de se ressaltar a necessidade de regulamentação de um meio que simplifique a sistemática da penhora on line.

A perspectiva é que a penhora on line, de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, venha a ser formalizada de forma muito mais simples, quando efetivado um sistema totalmente informatizado para sua realização, legalmente previsto no artigo 659, § 6º, acrescentado pela Lei nº 11.382 de/2006. Mas sua implantação está condicionada à instituição de normas de segurança uniformes pelos tribunais. (DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 605).

Há a possibilidade de os valores bloqueados serem impenhoráveis por dispositivo legal, sendo necessária a arguição por meio de embargos ou impugnação à execução por parte do devedor executado alegando a impenhorabilidade do saldo e o requerimento do seu desbloqueio com as respectivas provas de suas alegações.

O procedimento executivo não se esgota com a não localização de dinheiro em espécie ou em depósitos e aplicações financeiras em nome do devedor executado, pelo contrário, na verdade estes apenas fazem parte dos primeiros bens a serem procurados pela ordem de preferência do artigo 655 do Código de Processo Civil. Ademais, a penhora on line é o meio executivo mais em conformidade com o princípio da adequação, sendo o instrumento da tutela jurisdicional executiva classificado como:

Principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto. (MARINONI, *apud* DIDIER JÚNIOR, et al, 2009, p. 606).

Ademais, outros procedimentos há que inerentes ao procedimento da execução, entretanto, que não se afiguram com as características da penhora, qual seja, a localização de bens do devedor. Aliás, esses procedimentos que agora serão abordados buscam a satisfação efetiva do crédito por meio da transformação daquele bem penhorado em dinheiro.

Assim, apesar de não ser o foco do trabalho aqui dispensado, qual seja, a demonstração da ineficácia do procedimento da execução em razão da dificuldade encontrada para a localização de bens, estes devem ser abordados a fim de concluir o procedimento da execução.

A princípio deve-se anotar o procedimento da avaliação, sendo este de grande importância no procedimento da execução, uma vez ser por ele que se tem o valor que poderá

ser alcançado com a alienação do bem por adjudicação, alienação por iniciativa particular ou hasta pública.

Como já mencionado mais acima, o procedimento da avaliação se dá pelo próprio oficial de justiça quando da realização da penhora, sendo, entretanto, realizada por um perito avaliador quando necessário for conhecimento técnico acerca da coisa a ser penhorada.

Feita pelo oficial de justiça, a avaliação constará do auto de penhora. Se houver necessidade de perícia, devem ser aplicadas as regras relativas à prova pericial. Desse modo, deverá o juiz ou o perito designar a data e o local da avaliação, dando ciência às partes para que possam acompanhar a avaliação, conferindo transparência à perícia, com o que se atende ao princípio do contraditório e, de resto, ao devido processo legal. (DIDIER, et al, 2009, p. 615).

Assim como todo o procedimento da execução, na avaliação há sempre a atuação de princípios básicos a fim de não beneficiar mais a uma parte que a outra:

A alienação dos bens tem a finalidade de produzir fundos líquidos tendentes a satisfazer o crédito exequendo. Em consequência, sobressai imperioso aferir-se o valor dos bens que serão sacrificados para que não se onere excessivamente o devedor [...]. Destarte, o Código é repleto de princípios que recomendam que a atividade executiva deva fazer-se nos limites da necessidade, em bens suficientes, por preço adequado, viabilizando a participação de múltiplos concorrentes e preservando o patrimônio do devedor de alienações desastrosas. (FUX, 2009, p. 236).

Assim, esse procedimento busca dar segurança ao devedor e ao credor, bem como garantir efetividade ao procedimento da execução, na medida em que evita a alienação do bem por qualquer valor ou mesmo por preço vil.

Após uma breve análise sobre o procedimento da avaliação, assunto digno de análise são as formas de alienação do bem penhorado e conseqüentemente avaliado, quais sejam, a adjudicação, a alienação por iniciativa particular e a hasta pública.

Quanto à adjudicação, conforme definição de Humberto Theodoro Júnior, trata-se de “ato executivo expropriatório, por meio do qual o juiz, em nome do Estado, transfere o bem penhorado para o exequente ou para outras pessoas a quem a lei confere preferência na aquisição.” (*apud* DIDIER, 2009, p. 617).

Pelo próprio conceito trazido pela citação acima, tem-se que a adjudicação tem como base dois objetivos: em primeiro lugar, a possibilidade de quitação do todo ou mesmo de parte da dívida com a transferência de forma forçada do bem penhorado em favor do credor exequente; em segundo lugar, busca estabelecer preferência a determinadas pessoas para aquisição do bem.

Outrossim, conforme disposição do próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 641, inciso I, dispõe ser a adjudicação meio preferencial de pagamento ao credor. Conforme dispõe Humberto Theodoro Júnior, “a execução tende, em primeiro lugar, a propiciar ao exequente a apropriação direta dos bens constritos em pagamento do seu crédito” (*apud* DIDIER, 2009, p. 617/618).

Há de se ressaltar ainda a previsibilidade do cumprimento do procedimento da adjudicação seja o bem avaliado em montante superior ao valor da dívida, hipótese em que caberá ao credor desembolsar a diferença, ou em valor inferior, hipótese em que a execução prosseguirá no saldo devedor restante.

Quanto à alienação por iniciativa particular, Fredie Didier Júnior assim a define:

[...] não é uma simples compra e venda, até mesmo porque seus contornos são determinados pelo juiz, que, inclusive, fiscaliza a sua execução. É uma venda judicial (alienação coativa, expropriação) da coisa penhorada, semelhante à hasta pública, com procedimento mais simples, pois a busca de compradores é feita pelo próprio exequente, sem a participação obrigatória do aparelho estatal. (2009, p. 627).

Verifica-se, portanto, a possibilidade do exequente proceder com a alienação do bem penhorado por conta própria, sendo, inclusive, permitida a alienação por meio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, conforme disposição do artigo 685-C do Código de Processo Civil.

Quanto à hasta pública, esta apenas se realiza em último caso, quando não sendo possível a adjudicação do bem penhorado ou a sua alienação por iniciativa particular. Apesar de denominar-se apenas de hasta pública, procedimentos diversos há antecedentes a sua formalização, podendo ser chamados de atos preparatórios.

Na verdade esses atos preparatórios tem o fim de dar validade ao procedimento da hasta pública, buscando dar maior publicidade ao ato, bem como alcançar maior valor na arrematação do bem, que se realiza “no átrio do edifício do Fórum e o leilão, onde estiverem

os bens, ou no lugar designado pelo juiz nos horários do expediente forense e naqueles previstos para os atos externos pelo Código Processo Civil.” (FUX, 2009, p. 247).

Outra possibilidade não menos importante à quitação da dívida pelo devedor é a possibilidade do usufruto sobre a coisa penhorada. Apesar de não solucionar de pronto a execução, é uma forma de auferir fundos para o pagamento, reservando-se ao credor o direito de receber o resultado da exploração econômica do bem. “A forma de recebimento do crédito exequendo efetiva-se mediante recolhimento gradativo dos frutos dos bens penhorados, deduzindo-se do crédito exequendo.” (FUX, 2009, p. 256).

### **3.1 Resultado e efetividade processual**

Conforme demonstrado nos itens anteriores, o processo de execução baseia-se não só pelas normas processuais, mas também por princípios básicos protecionistas tanto do credor como do próprio devedor. Normas e princípios estes que por vezes atrapalham e por vezes auxiliam a dar efetividade à tutela jurisdicional executiva.

Note: por vezes atrapalha e por vezes auxilia. Entretanto, pode ser afirmado mais atrapalhar, pois a sistemática processual civilista, por se basear em tantos e tantos princípios, constitucionais ou não, deixa de lado princípios básicos do próprio Código Civil, acabando por se perder na aplicação das normas ao caso concreto. A exemplo desses princípios tem o direito a reparação integral pelos danos sofridos, recebendo ainda neste caso a proteção da coisa julgada, e do negócio jurídico perfeito e acabado.

Ora, situação não menos complicada pode ser aquela que após anos de discussão judicial por meio cognitivo para comprovação do ato ilícito praticado pelo devedor, bem como do prejuízo sofrido em virtude daquele ato, se vê impossibilitado de reaver os danos sofridos. O que falar então de um credor que firmou um contrato em que o devedor se obrigou em cumprir as prestações ali estabelecidas e se vê privado de seu crédito pela inadimplência do devedor.

Não se quer aqui dizer que o Estado, por meio do Poder Judiciário, atue conforme o Estado liberal, permitindo que o credor se satisfaça de seu crédito de qualquer forma, seja ela impondo ao devedor situação vexatória ou sanções corporais, e, aliás, nem poderia, tendo em vista que o Estado não deixaria de atuar intervindo nas relações particulares, mas que o

próprio Código de Processo Civil garanta maior efetividade ao procedimento da execução pelos meios em direito permitidos.

Apesar das alterações já realizadas no referido Código, estas, apesar de possibilitar um maior número de meios à realização da execução, não garantem efetividade ao credor de recuperar o crédito perdido. Além das barreiras principiológicas, há ainda as barreiras processuais na medida em que, antes de se efetuar qualquer constrição nos bens do devedor, se exige a prévia citação para comunicação da demanda judicial, mais especificamente no processo de execução por título extrajudicial.

Em relação aos contratos, o cumprimento da obrigação é acima de tudo o cumprimento da função social do contrato, servindo apenas a beneficiar a própria população, assegurando a segurança jurídica tanto em favor de quem deve pagar como em favor de quem recebe a prestação. Em relação à reparação de danos, esta garantida constitucionalmente, é forma de manter a paz social assegurando à vítima a plena reparação dos danos.

Em ambos os casos, os contratos firmados e a reparação de danos, são situações bastante relevantes no convívio social, em especial nas relações de consumo, seja em benefício ou prejuízo do consumidor ou em benefício ou prejuízo do fornecedor.

Nada mais exemplificativo para essas relações de consumo que os juros aplicados em financiamentos e empréstimos. Os principais questionamentos afirmados pelas financeiras para a cobrança de juros elevados é justamente o alto índice de inadimplência do consumidor, conforme pode ser verificado da reportagem abaixo:

A proteção contra a inadimplência é a principal justificativa para a cobrança de juros altos pelos bancos, o que contribui para que o valor do spread bancário brasileiro seja um dos maiores do mundo. Mesmo com a constante queda na Selic, os cortes não são repassados para os clientes, e o medo do calote é citado em boletim da Febraban (Federação Brasileira de Bancos) como uma das razões para que o movimento não ocorra. (Jornal do Brasil, Juros altos atraem inadimplentes, afirmam especialistas, disponível em <http://www.jb.com.br/economia/noticias/2012/04/27/juros-altos-atraem-inadimplentes-afirmam-especialistas/>, acessado em: 02/05/2012).

Apesar de ser a conduta das instituições financeiras justificável, uma vez estar atuando em busca do lucro, é uma atitude que lesa os consumidores de boa fé e que honram com suas dívidas.

Outrossim, não se pode deixar de lado a morosidade processual, seja pela atuação dos princípios atuando de forma a proteger de certa forma excessiva o próprio devedor ou pela própria demora para a realização dos atos processuais pelo Poder Judiciário.

Aqui se fala em proteção excessiva considerando que de uma forma ou de outra, seja o devedor atuando de boa fé ou de má fé na relação obrigacional firmada, este possui o conhecimento acerca da existência do débito, não havendo que se falar na necessidade de comunicação da existência de um processo judicial movido pelo credor em busca da recuperação de seu crédito para que assim se possa disponibilizar os meios judiciais para a constrição de bens em nome do devedor. Não que a constrição possa se dar por atos exclusivos do credor, mas que essa possibilidade seja posta em suas mãos para que se realize por meio do Estado juiz.

Na verdade, se a execução busca a quitação de um crédito inadimplido pelo devedor, seja na constituição de obrigação por um ato ilícito praticado ou pela contratação firmada entre as partes, o devedor tem consciência da obrigatoriedade pelo cumprimento da obrigação e o conseqüente pagamento.

Assim, se a ação judicial trata de um título executivo judicial, este foi constituído por meio de prova cognitivo, sendo garantido ao devedor ampla defesa e contraditório, e se houve a constituição de crédito em favor do lesado há a obrigatoriedade do pagamento, bem como a consciência do devedor do débito constituído e assegurado pela coisa julgada.

Em relação à ação judicial por título executivo extrajudicial, a obrigatoriedade do adimplemento surgiu antes mesmo da discussão ter sido levada a juízo, ora senão não se chamaria de título executivo extrajudicial, desta forma, a consciência do débito pré-existe a ação judicial.

Não se quer neste momento fazer com que a ação judicial e o crédito devidamente constituído sobressaia sobre princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dentre outros já discutidos que tem o fito de proteger o devedor. Aliás, não se quer ainda passar por cima do direito do devedor de apresentar o contraditório em procedimento do devido processo legal.

O que se busca nessa discussão são formas de agilizar o processo, bem como trazer meios a garantir de fato ao credor maior efetividade ao procedimento da execução, fazendo jus ao princípio fundamental do processo executivo, qual seja, o princípio da efetividade.

Quando se fala aqui da consciência do devedor acerca do débito já constituído, se quer no procedimento da execução, evitar um procedimento, algumas vezes dificultoso e demorado, que é a citação do devedor.

Quando o credor busca a via judicial para ver seu crédito satisfeito, aqui se falando no procedimento da execução por título extrajudicial, presume-se que a documentação apresentada está constituída de validade, além de apresentar os requisitos para a execução, e, sendo assim, presume-se certo aquele crédito exequendo. Verifica-se, portanto, a existência de um direito líquido e certo do credor.

Já quando se fala no procedimento da execução de título executivo judicial, verifica-se um direito líquido e certo constituído pelo próprio Poder Judiciário e protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil por meio da coisa julgada.

Deste modo, quando se está diante de um título executivo de quantia certa, a atuação do Estado deve se colocar em favor da parte prejudicada, neste caso o credor em razão do crédito inadimplido, fazendo atuar de logo os poderes para a constrição de bens em nome do devedor executado.

Os atos enérgicos característicos do processo de execução devem ser praticados nos limites das necessidades reveladas pelo próprio título executivo. Além de o título estabelecer o quantum devido, também deve ser claro quanto ao vencimento e à existência da obrigação. Ressoa inequívoco que não se pode agredir de pronto o patrimônio do devedor se a obrigação é discutível ou aleatória [...]. (FUX, 2009, p. 29).

Por “essas razões conduziram o legislador a autorizar a execução, ou seja, a instauração do processo satisfativo somente se o credor exhibir, em juízo, título executivo que consubstancie obrigações certas, líquidas e exigíveis [...]” (FUX, 2009, p. 29).

Como dito, não se quer ignorar os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do contraditório e ampla defesa, dentre outros, entretanto, quer-se buscar de fato o cumprimento do princípio da efetividade da tutela jurisdicional executiva. Se a busca do procedimento da execução é garantir meios e formas ao credor para a recuperação de seu crédito inadimplido, então que a atuação do Poder Judiciário se dê de forma concisa e simplista, ao contrário da atuação morosa e excessivamente formalista.

Outrossim, não se pode deixar de lado a atuação de boa fé das partes, tanto no procedimento da execução como na constituição da relação obrigacional, fornecendo meios e garantias a ambas as partes para o adimplemento da obrigação.

Diante desses fundamentos sobre a consciência prévia da existência do débito e da atuação de boa fé por ambas as partes a atuação do Poder Judiciário deveria ser mais enérgica, entretanto, mais uma vez esbarra na legislação vigente. Na verdade, deveria ser autorizado ao credor exequente requerer desde logo, antes mesmo da citação do devedor executado, a constrição de bens em nome deste.

Como o próprio nome diz e o assunto já foi bem analisado no procedimento da execução no que se refere à penhora de bens, este procedimento nenhum prejuízo traz ao devedor, uma vez que o bem permanece em seu nome, sendo ele o único proprietário. A única objetivação da constrição é evitar que o devedor se desfaça do bem penhorado a fim de garantir o cumprimento da execução.

Neste sentido, a realização da penhora de bens como procedimento inicial do processo de execução, seja para a localização de dinheiro em espécie ou em depósitos e aplicações financeiras ou mesmo bens móveis ou imóveis em nome do devedor executado, facilitaria inclusive a realização da citação do executado.

Note, a penhora realizada no início do procedimento está fundada basicamente na validade e exigibilidade do título executivo, em nada interferindo no direito do contraditório e ampla defesa do executado. Aliás, muito pelo contrário, essa prática faria com que o devedor executado tivesse também o interesse pelo processamento e julgamento mais célere, sendo aí forçado a comparecer em juízo, mesmo que voluntariamente em razão da ausência de citação, para opor sua defesa em juízo, bem como, sendo o caso, opor a impenhorabilidade do bem.

Como já esclarecido, a impenhorabilidade dos bens para ser oposta deve ser trazida aos autos do procedimento da execução para que tanto a parte credora exequente como o juiz tome conhecimento sobre a hipótese, para que em sequência o juiz decida se impenhorável ou não.

De forma a exemplificar tal hipótese, cabe aqui demonstrar o despacho exarado pelo excelentíssimo juiz da 33ª vara cível da capital do estado de Pernambuco, Isaias Andrade Lins Neto, no processo de número 0121340-45.2009.8.17.0001, ao deferir o pedido da parte exequente para o procedimento da penhora on line, publicado pelo Diário Oficial do Estado de Pernambuco, na data de 25/08/2011, que, apesar de ter sido realizada a citação dos executados, nenhum deles não compareceu em juízo para opor embargos ou pagar o débito.

Ressalta ainda tal decisão a necessidade dos executados comparecerem em juízo para que oponham e comprovem a impenhorabilidade do bem.

Coincidência ou não, ainda sobre o exemplo dado acima, o mesmo juiz despachou no mesmo processo em 14 de outubro de 2011 deferindo a expedição de ofício a Receita Federal para que fornecesse informações sobre a declaração de bens dos executados nos últimos cinco anos justamente por nenhum dos dispositivos legais terem logrado êxito na localização de bens.

Outro exemplo claro da ineficácia do procedimento da execução, bem como da morosidade processual, está presente no processo de número 0124514-62.2009.8.17.0001, processado pela 6ª vara cível da capital do estado de Pernambuco, onde o exequente protocolou petição requerendo a penhora on line em 17 de junho de 2010 e apenas em 11 de fevereiro de 2011 a Excelentíssima juíza Kathya Gomes Veloso despachou deferindo tal pedido.

O desfecho de tal morosidade, passando-se 8 meses para o despacho de bloqueio de dinheiro em espécie ou em depósitos e aplicações financeiras, foi despachado pela mesma juíza, despacho publicado no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, em 30/08/2011, determinando a comunicação ao exequente acerca da localização do valor total de R\$ 1.842,05 (um mil oitocentos e quarenta e dois reais e cinco centavos), sendo o débito do executado de R\$ 156.016,53 (cento e cinquenta e seis mil e dezesseis reais e cinquenta e três centavos).

Outrossim, vale observar que muitos processos se encontram paralisados em razão da ausência de citação, sendo possível prever a possibilidade daquele que celebrou um contrato de má fé se esquivar de alguma forma do cumprimento da citação. Vale asseverar que, apesar da possibilidade da citação por edital, este procedimento demanda tempo, sendo neste tempo possibilitado ao devedor executado desfazer-se de seus bens.

A exemplo dessa morosidade para a citação, tem-se o processo de número 0021850-79.2011.8.17.0001, corrente perante a 15ª vara cível da capital do Estado de Pernambuco que foi ajuizado em 18/04/2011 em razão de 2 cheques devolvidos com datas de 10/10/2010 e 10/11/2010, sendo dado ao valor da causa R\$ 11.700,00. Esse processo teve despacho inicial em 25/04/2011 para citação e penhora dos bens do executado, entretanto, foi certificado pelo oficial de justiça em 25/05/2011 a não localização de bens e a não citação do executado por não tê-lo localizado. Em 04/07/2011 o exequente protocolou petição indicando novo endereço do executado e em 26/07/2011 o oficial devolveu o mandado com certidão negativa de citação. Em 04/10/2011 o exequente apresentou novo endereço e mais uma vez o

oficial devolveu o mandado com certidão negativa datada de 28/11/2011, estando o processo sem realização da citação até a data de 23/04/2012.

Vale anotar ainda, que para a anulação de alienações por parte do devedor executado de forma fraudulenta é um meio ainda mais dispendioso ao credor exequente e que depende de prova inequívoca para a obtenção de êxito em tal procedimento.

Por outro lado, não se exclui o direito do devedor de haver reparação por perdas e danos pelo ato imprudente do exequente ao levar a juízo um título sem os requisitos necessários para a procedibilidade da execução, entretanto, nesse processo movido pelo devedor executado em desfavor do credor exequente dependerá de um longo e dispendioso processo através do procedimento ordinário, dependendo ainda de prova inequívoca da existência do dano provocado exatamente pela penhora do bem.

No que se refere a essa reparação dos danos provocados pelo credor exequente ao devedor executado pela atitude de buscar o Poder Judiciário com o fim de fazer valer a tutela jurisdicional executiva, apenas será imposta em razão da irregularidade do título, seja quando de sua constituição ou dos requisitos do título para o processo de execução.

Evidente, portanto, ser atuante neste caso as hipóteses de responsabilidade civil, sendo também possível excluir a responsabilização do credor exequente pelos danos provocados pela penhora de bens quando a busca pelo Poder Judiciário se dá de forma regular em razão da culpa exclusiva da vítima, no caso o devedor executado, disposta tanto no Código Civil como no Código de Defesa do Consumidor.

A razão a justificar a possibilidade de penhora antes mesmo da citação não poderia ser outra senão a preferência de um título executivo já devidamente constituído, seja pela via judicial ou pela via negocial, em relação a um dano subjetivo carente de constituição, bem como de prova sobre o fato causador do dano.

Há de se notar ainda a possibilidade do devedor possuir diversos credores e seus bens, a quem se atribui a responsabilidade, serem insuficientes a saldar toda a dívida, o que mais uma vez inviabiliza e confirma a ineficácia do procedimento da execução.

Todavia essa responsabilidade, embora juridicamente efetiva, pode ser ineficaz na prática. Se os débitos do devedor, em mãos de seus vários credores, excederem o seu patrimônio, este será insuficiente para o resgate daqueles; e no processo de execução, em que se recorrerá a rateio, cada um dos credores receberá apenas uma percentagem de seu crédito. (RODRIGUES, 2009, p. 333).

Assim, tendo em vista a possibilidade de insuficiência de bens do devedor para saldar dívidas com diversos credores, impõe-se outra possibilidade a solucionar a ineficácia do procedimento da execução, bem como a ausência de garantias em favor do credor para a satisfação e recuperação de seu crédito, que seria a instituição legal para que todo e qualquer meio de obrigação firmado entre credor e devedor tenham em suas cláusulas instituídas garantias reais sobre bens.

Note, não é o caso de solucionar de forma efetiva a problemática processual, uma vez que, mesmo possuindo garantias, para que esta seja tomada da propriedade do devedor haveria a necessidade da atuação do Poder Judiciário para a expropriação, entretanto, em razão da constrição prévia do bem, ou seja, da constrição quando da formação da relação obrigacional, serviria como um meio a garantir de forma prévia o cumprimento da obrigação.

Na prática, esse meio de instituição de garantia quando da formação da relação obrigacional, especialmente quando se fala no título executivo extrajudicial, seria um meio preventivo a fim de evitar a inadimplência, bem como preventivo no sentido de garantir aplicação ao princípio da efetividade no processo de execução.

A constituição da garantia apenas tem o foco de limitar o direito do devedor sobre a coisa de sua propriedade, evitando a possibilidade do ato de disposição do bem por parte do devedor sem a anuência do credor e conseqüentemente a fraude contra credores. Não se fala aqui apenas em garantia sobre coisa imóvel, mas também sobre coisa móvel, possibilitando, inclusive, aquele que possui títulos de crédito em seu favor, atribuí-los como garantia da dívida.

Em uma análise de forma objetiva, percebe-se serem essas garantias assemelhadas a institutos de garantia real sobre bens, pois “[...] confere a seu titular a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente a sua satisfação.” (RODRIGUES, 2009, p. 335).

Neste sentido, cabe aqui fazer uma análise das formas de garantia a serem utilizadas de forma a prevenir a inadimplência, quais sejam: o penhor, a caução de títulos de crédito, a anticrese e a hipoteca.

Em relação ao penhor, este se dá quando o devedor coloca para tradição em garantia da dívida um objeto móvel, podendo ser enquadrado como penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, ficando os respectivos bens em poder do devedor que tem a obrigação de guardar e conservar.

Trata-se, com efeito, de um direito real de garantia, cujo objeto é, ordinariamente, coisa móvel. Pela entrega desta, efetuada pelo devedor ou alguém por ele, ao credor ou a quem o represente, procura-se aumentar a probabilidade de resgate da obrigação. Pois, não sendo ela paga em seu vencimento, pode o credor proceder à execução, fazendo recair a penhora sobre a coisa dada em garantia. Realizada a praça, compete ao credor, no produto alcançado, preferência para pagamento total de seu crédito, e com exclusão dos demais credores, que só concorrerão às, se houver. Assim, o objeto da garantia fica preso, por vínculo real, ao credor, e se destina ao resgate de seu crédito. (RODRIGUES, 2009, p. 349).

Após a constituição do penhor, este se extinguirá em 5 hipóteses: quando da extinção da obrigação principal, em razão do pagamento da dívida; na hipótese de perecimento da coisa, extinguindo-se apenas a garantia real e permanecendo a dívida em razão da qual foi constituído o penhor; em razão de renúncia do credor, podendo ser expressa ou tácita; em razão de confusão na mesma pessoa da qualidade de credor e devedor e; ocorrendo a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada.

Quanto à caução de títulos de crédito, este funciona como o penhor, entretanto, a garantia se coloca em razão de direitos creditícios, sendo estes direitos imateriais.

Isso se deve a que os créditos constituem bens patrimoniais, que encontram valor no mercado. São procurados e aceitos por serem úteis e raros. E como representam parte de um patrimônio, a lei faculta sejam oferecidos em garantia de dívidas assumidas por seus donos, e disciplina a constituição de referida garantia. (RODRIGUES, 2009, p. 377).

A constituição da referida garantia se dá da mesma forma que o penhora, ocorrendo a tradição do título da posse do devedor para o credor, ficando o credor responsável pela conservação, devendo ser registrado no Registro de Títulos e Documentos. Assim, o credor tem o direito e o dever “de conservar e recuperar a posse dos títulos caucionados, por todos os meios cíveis e criminais, contra qualquer detentor dos mesmos, inclusive o próprio dono.” (RODRIGUES, 2009, p. 381).

No que se refere à anticrese, esta se dá através de um contrato com a entrega de um bem imóvel frugífero pelo devedor ao credor, tendo este o direito de reter e perceber os frutos, devendo imputar na dívida as importâncias que receber até o seu resgate.

Trata-se de um elemento de garantia do credor, que, retendo em mãos o imóvel alheio, conta com a possibilidade de pagar-se por suas próprias mãos, através da sua exploração. Ademais, o fato de o credor reter o imóvel do devedor constitui um elemento compulsivo a atuar sobre o espírito deste, no sentido de incitá-lo a cumprir a obrigação, a fim de obter a devolução daquilo que lhe pertence. (RODRIGUES, 2009, p. 383).

Acrescenta ainda Sílvio Rodrigues sobre a responsabilidade do credor sobre o bem dado em garantia:

Por força do contrato de anticrese, incumbe ao credor fruir o imóvel, diretamente ou por meio de arrendamento feito a terceiro. De uma ou de outra maneira, a exploração do prédio deve ser adequada, não podendo o credor, na ânsia de pagar-se muito depressa, sacrificar a substância da coisa para obter renda excessiva. Tal procedimento seria abusivo. Por outro lado, não deve permitir que por sua negligência a renda caia abaixo do normal. (2009, p. 386).

Esse instituto, apesar de devidamente regulamentado pelo Código Civil entre os artigos 1.506 e 1.510, possui diversos embaraços a sua utilização por parte dos negociantes de um contrato, quais sejam: em primeiro lugar, se impõe que transferindo o bem dado em garantia das mãos do devedor para o credor, este é a pessoa menos interessada na manutenção da produtividade, podendo representar uma ameaça de prejuízo; em segundo lugar, a transferência da posse do bem onerado dificulta a sua alienação, constituindo embaraço à circulação do bem; em terceiro lugar, impossibilita o devedor de obter novos créditos que adotem o bem onerado como garantia.

Quanto à hipoteca, esta tem lugar quando o devedor dá em garantia um bem imóvel, ou um avião ou um navio, de sua propriedade ou de terceiro, entretanto, nesse tipo de garantia, o bem permanece sob a posse do proprietário. Com o inadimplemento da dívida, pode o credor alienar judicialmente a coisa e com o valor alcançado pela alienação pagar-se de forma preferencial da totalidade da dívida.

Como os demais institutos de garantia de direitos reais, a hipoteca também deve ser registrada a fim de dar publicidade ao ato, entretanto, esse registro se dá perante o cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde se situar o bem.

O registro da hipoteca, completando a escritura que a institui, é elemento indispensável para o surgimento do direito real. Sem tal registro não surge o direito real, pois o contrato não passa de mera pretensão de constituir o liame jurídico dessa natureza, que nasce com o ato de registro. O registro tem, ainda, a dupla finalidade de servir como elemento de publicidade do negócio e de fixar a data do nascimento do direito real. (RODRIGUES, 2009, p. 399).

As possibilidades de extinção da hipoteca estão estabelecidas pelo artigo 1.499 do Código Civil, sendo elas: pela extinção da obrigação principal, pelo perecimento da coisa, pela resolução da propriedade, pela renúncia do credor, pela remição e pela arrematação ou adjudicação. (BRASIL, 2002).

Há de se asseverar a necessidade do bem colocado em garantia ser suficiente a saldar a dívida com o credor, entretanto, possibilidades há em que, mesmo sendo prestada uma garantia em valor adequado à prestação da obrigação, não se faz suficiente em razão de atualização monetária e outros encargos oriundos da própria negociação deixada em atraso. Nesse caso, obviamente por não ser a garantia prestada suficiente ao pagamento total da dívida, todas as demais proteções estão garantidas ao credor para a recuperação total do crédito.

## CONCLUSÃO

A evolução do Direito das Obrigações é inegável e explicada pelos períodos pelo qual passou, desde o Estado liberal, em que o Estado intervía o mínimo possível nas relações privadas, permitindo ao credor fazer o que bem entendesse com o devedor inadimplente, até o Estado democrático que temos hoje, limitando a busca do crédito inadimplido apenas sobre os bens do devedor, excetuando-se apenas o inadimplente de pensão alimentícia.

Em contrapartida, o Direito processual, especialmente no que se refere ao procedimento da execução, parece não ter acompanhado as relações interpessoais travadas na sociedade, bem como os resultados dessas obrigações com altos índices de inadimplência e a prática processual com a demora na prática dos atos.

A morosidade processual é evidente, seja pelo imenso amontoado de processos existentes nas varas cíveis, seja pela falta de funcionários e juízes, caindo por terra o direito do credor de ver seu crédito satisfeito.

Dentre os motivos para a ineficácia do direito do exequente é o decurso do tempo, ocasionando a prescrição e a conseqüente perda do direito de ação, bem como em razão da morosidade facilitando ao devedor desfazer-se de seus bens que, ainda não constrictos, atraem consumidores a aquisição desses bens, especialmente quando a venda se perfaz por preço vil.

Propor uma aplicação severa do direito do credor sobre o devedor em razão da inadimplência deste ao ponto de voltarmos a viver o período do Estado liberal, jamais poderia ser a hipótese, tanto em razão do Estado constituinte em que se vive como em razão dos Direitos Humanos relacionado com o Direito Internacional e protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, entretanto, busca-se aqui a aplicação plena e ágil de direitos garantidos constitucionalmente, bem como processualmente.

Dentre os direitos garantidos pela Constituição da República Federativa está a razoável duração do processo, assim, exigir que para a realização de constrição de bens em nome do devedor se realize primeiramente a citação do mesmo, é impor barreiras à resolução rápida da controvérsia.

Outrossim, não se pode esquecer aqui do princípio da efetividade aplicado no procedimento da execução, protegido pela própria norma processualística, que busca resguardar os direitos do credor em ver seu crédito satisfeito.

E não se fale aqui que a aplicação da constrição de bens de forma antecipada à citação acarretaria prejuízo ao devedor por simplesmente a penhora ter sido gravado no

respectivo bem, isto porque, a própria norma constitucional lhe garante o direito de defesa, ademais, a norma processual lhe permite arguir a impenhorabilidade do bem.

Quanto à exigência de garantia quando da formação da relação obrigacional, esta apenas se configura como um meio de impor coercitivamente a prática da boa-fé, ora senão, qual o devedor que tendo um determinado bem já gravado por uma obrigação não tem o interesse em quitá-la?

Ademais, mesmo aquele que age de má-fé, já predisposto a se obrigar e não dar a devida quitação, o bem já gravado dificulta a ação do devedor em desfazer-se do bem dado em garantia.

Por outro lado, não se pode esquecer que, mesmo agindo de boa-fé, há a possibilidade do devedor se colocar na inadimplência por razões diversas e alheias a sua vontade, estando neste caso o credor seguro de que daquele bem dado em garantia poderá se retirar ao menos um saldo mínimo para a satisfação do crédito.

As medidas acima demonstradas tentam conferir um meio preventivo ao credor ao conferir resultados prévios ao procedimento da execução, bem como no próprio procedimento da execução.

Quanto ao estabelecimento de garantia quando da formação da relação obrigacional, este tem o fim de permitir ao exequente que, de logo, requeira ao juiz a penhora do bem já responsabilizado pelo pagamento no caso da inadimplência.

Já a antecipação da penhora visa não só a facilitação para a localização de bens, como também buscar dar agilidade ao processo de execução, fazendo com que o devedor ao tomar conhecimento da constrição do bem por meio da penhora, de forma voluntária, busque o Poder Judiciário mesmo que para arguir a impenhorabilidade do bem.

Conclui-se, portanto, que a forma de amenizar os efeitos da inadimplência e garantir efetividade à tutela jurisdicional executiva está baseada em estabelecer garantias prévias ao credor para que possa satisfazer-se de seu crédito e antecipar os atos processuais que buscam dar efetividade ao procedimento da execução para trazer aos autos, mesmo que de forma forçada em razão da constrição de bens, o quanto antes para dar agilidade aos atos processuais.

## REFERÊNCIAS

ADIB ANTÔNIO NETO. **O Processo Executivo como meio ainda Ineficaz da Satisfação de Crédito.** Disponível em [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090626164643690&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090626164643690&mode=print). Acesso em: 16 de abril de 2012.

BRASIL, Código Civil (2002). Código Civil. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL, Código de Processo Civil (2006). Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2006.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. **Curso de Direito Processual Civil, Execução.** Salvador: Juspodium, 2009, v. 5.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil, Cumprimento da sentença. Processo de Execução de Título Executivo Extrajudicial. Processo Cautelar.** 4 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. II.

GOMES, Orlando, atualizador Edvaldo Brito. **Obrigações.** 16 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JUROS altos atraem inadimplentes, afirmam especialistas. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 27/04/2012. Disponível em <http://www.jb.com.br/economia/noticias/2012/04/27/juros-altos-atraem-inadimplentes-afirmam-especialistas/>. Acesso em: 02 de maio de 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Obrigações.** 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 2.

**PACTO de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos completa 40 anos.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>. Acesso em: 06 de abril de 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Parte Geral das Obrigações.** 30 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil, Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade.** 30 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil, Direito das Coisas.** 28 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família.** 10 ed.. São Paulo: Atlas, 2010.