

/

ASSISTÊNCIA SIMPLES NAS EXECUÇÕES **OBRIGACIONAIS**

EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA

Juiz Federal

Especialista e Mestrado em Direito Processual Civil pela PUC-SP

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A literalidade do artigo 50 do CPC – 3. Sentença e tutela jurisdicional – 4. A tradição do direito brasileiro – 5. Casuística – 6. Conclusão.

Resumo: Presa à letra fria do art. 50 do CPC, parte considerável da doutrina e da jurisprudência não vem admitindo a assistência simples na execução obrigacional sob o argumento de que não há, nelas, atividade cognitiva e sentença de mérito. No entanto, a experiência mostra que atos concretos de execução forçada podem despertar o interesse jurídico de um terceiro que ostente relação jurídica com uma das partes da execução por créditos. Aliás, a própria história do direito brasileiro confirma esta possibilidade. Logo, onde o artigo 50 do Código escreve “sentença favorável”, deve-se ler “entrega de tutela jurisdicional”. Na verdade, a restrição da assistência ao âmbito processual cognitivo tem duas raízes: a falta de inserção do instituto em um diploma processual provido de parte geral e o estagnado modelo hermenêutico atualmente oferecido pela ciência processual.

Palavras-chave: Assistência Simples – Intervenção de Terceiros – Execução Obrigacional – Tutela Jurisdicional – Hermenêutica.

1. Introdução

Segundo o artigo 50 do CPC, “pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja

favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”. De acordo ainda com o seu parágrafo único, “a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”.

Em vista do referido dispositivo falar em “sentença [...] favorável a uma delas”, parte considerável da doutrina e a jurisprudência majoritária não admitem a assistência simples nas *execuções obrigacionais* (execução de sentença¹, ação de execução de título extrajudicial²), não obstante a admitam nas *execuções reais* (e.g., ação de depósito, ação de reintegração de posse, ação reivindicatória, ação de despejo por falta de pagamento, ação de divisão, ação de demarcação, ação de petição de herança, ação de nunciação de obra nova, ação de imissão de posse): nestas, porque voltadas à prolação de *sentença de mérito* mediante realização de atividade cognitiva; naquelas, porque se cingem a realizar atos concretos de coerção estatal *sem* a prolação de sentença de mérito. É bem verdade que tanto em uma como em outra espécie de execução se objetiva a retirada forçada e a transferência de um valor da esfera jurídica

¹ Cf. CPC, Livro I, Título VIII, Capítulo X. A Lei nº 11.232, de 22.12.2005, extinguiu no direito brasileiro a figura da “ação de execução de sentença”. A partir da sua vigência, executar-se-á a sentença nos próprios autos, sem a necessidade de ajuizamento da *actio iudicati*, sem que se crie uma outra relação processual. Daí por que as sentenças condenatórias ganharam um maior tónus executivo. Pontes de Miranda afirmaria que, se antes da Lei 11.232/2005 as ações condenatórias típicas (p. ex., ação de indenização, ação de cobrança de dívida) tinham 5 de condenatoriedade e 3 de executividade, após o advento dessa lei passaram elas a ter carga 5 de condenatoriedade e 4 de executividade. Ou seja, o elemento executivo, que era eficácia de terceira plana (= elemento alicerçal mediato), passou a ser de segunda (= elemento alicerçal imediato), a exemplo do que ocorre nas sentenças penais condenatórias, em que não há a necessidade de ajuizar-se outra ação para obter-se mandado de prisão.

² Cf. CPC, Livro II, Título II, Capítulos I a V.

do réu e para a do autor (o que é próprio das execuções em sentido amplo). Distinguem-se, todavia, porque na execução obrigacional é exigido um título executivo judicial³ ou extrajudicial⁴ que autorize a invasão da esfera patrimonial *inviolável* do devedor, enquanto na execução real o bem retirado encontra-se *ilegitimamente* na esfera do obrigado⁵. Esta distinção, contudo, não é suficiente para que uma modalidade executiva se preste como âmbito de incidência da norma do artigo 50 do CPC e a outra não: da entrega da tutela jurisdicional executiva obrigacional pode advir prejuízos juridicamente relevantes a terceiro que ostente relação jurídica de direito material com uma das partes do processo.

Como se examinará adiante, a não-extensão da assistência simples ao âmbito das execuções obrigacionais (= execução de sentença, ação executiva de título extrajudicial) não apenas obstrui o processamento eficiente da defesa de terceiros (problema jurídico-pragmático), como atesta a estagnação dos modelos de interpretação ainda vigorantes na comunidade forense (problema jurídico-hermenêutico).

2. A literalidade do artigo 50 do CPC

³ Art. 475-N do CPC.

⁴ Art. 585 do CPC.

⁵ Para uma distinção entre “execução obrigacional” e “execução real”: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, pp. 183 e ss.

Não se há de interpretar o artigo 50 do CPC isolando-se as palavras do seu texto e harmonizando-se o significado de cada uma delas num “sentido total unívoco”. Textos normativos não são semanticamente auto-suficientes: há entre eles uma contextura, que marca a sistematicidade do ordenamento jurídico. Mais: na aplicação prática do direito, existe nexo de interdependência entre os elementos “normativos” do texto jurídico e os elementos “empíricos” da realidade social: a norma de direito está longe de ser um mero “juízo hipotético” isolável que se coloca com anterioridade por cima da realidade; antes, é ela u’a “inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado”⁶. Ora, o Direito Processual Civil, especificamente, possui normas instrumentais, que se destinam à composição de litígios, razão por que, segundo Pontes de Miranda, “é o direito mais rente à vida”: não existe estruturação de norma de direito processual dentro de um “positivismo legalista”, que destaque o processo civil de seu âmbito de incidência, como se “direito” e “realidade” fossem grandezas autônomas entre si. Portanto, a compreensão dos textos normativos sobre o processo civil não pode bastar-se em interpretações gramaticais: nada mais mortifica a vivacidade processual do que este método “lingüístico” de hermenêutica⁷.

⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 58.

⁷ Sobre a interpretação gramatical como um mero “ponto de partida” para a compreensão da lei processual, em razão da precariedade desse método: ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. v. I, pp. 85-86; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 1, p. 145; DOMINGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de derecho procesal*, pp. 15-16.

Essa obviedade metodológica parece, porém, não ter sido apreendida por alguns intérpretes do artigo 50 do CPC. A letra fria do dispositivo legal os induz a pensar que a assistência só se aplica a “processos de sentença” (pior: aos “processos de sentença de mérito”). Há indução, aliás, por força da clareza excepcional da sua redação. Entretanto, redações bem-sucedidas de textos legais, posto que raras, costumam travar a capacidade criadora dos juristas e impeli-los a um “servilismo exegético”. Dentro deste triste estado de coisas, operam contra a possibilidade da assistência simples na execução por créditos u’á parcela considerável da doutrina e a esmagadora jurisprudência. O argumento quase ocupa uma única linha: “não há sentença na execução obrigacional, razão pela qual não se há de falar em assistência”⁸. Por trás

⁸ Nesse sentido, p. ex.: STJ, 6ª Turma, RESP 329.059-SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 07.02.2002, DJU 04.03.2002, p. 306, v.u., não conheceram; TJMG, 14ª Câmara Cível, AI 496.566-2-Belo Horizonte, rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 05.05.2005, v.u., negaram provimento; TJRS, 17ª Câmara Cível, Agravo Interno 70009269150-Porto Alegre, rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira, j. 29.3.2005, negaram provimento; TJRJ, 18ª Câmara Cível, AI 200400214392, rel. Des. Cássia Madeiros, j. 23.11.2004, v.u., negaram provimento; TAMG, 3ª Câmara Cível, AI 383.283-1-Itanhandu, Juiz Edílson Fernandes, j. 02.10.2002, negaram provimento; TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, AI 203.143.4/7-São Paulo, rel. Des. Marcondes Machado, j. 11.09.2001, v.u., deram provimento. Na doutrina, p. ex.: THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*, pp. 71-72: “[...] parece-nos intuitivo que, dada a inexistência de julgamento de mérito, nunca se poderá falar em assistente do credor ou exequente quando a execução não sofrer embargos do executado ou terceiros. Isto porque faltaria a possibilidade jurídica de assistente coadjuvar, a parte a obter sentença favorável, que é objeto específico do instituto da assistência”. Também por outros argumentos, não admitem a assistência em hipótese alguma: TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, AI 253.543.4/3-São Paulo, Des. Ernani de Paiva, j. 13.02.2003, v.u., deram provimento; TRF da 1ª Região, AG 2001.01.00.006383-5-BA, rel. Des. Fed. Fagundes de Jesus, j. 23.11.2002, DJU 21.01.2002, p. 507, v.u., negaram provimento; TARJ, 2ª Câmara Cível, AG 537-Rio de Janeiro, rel. Juiz Nilton Mondego de Carvalho Lima, j. 21.8.1992, v.u.; 1º TAC-SP, 4ª Câmara, AI 317.521, rel. Juiz Benini Cabral, j. 09.11.1983, in JTA 89, p. 177; TJRJ, 4º Grupo de Câmaras, MS

dessas razões juridicamente *objetivadas* existem inegáveis motivos politicamente *implícitos*: o vigente modelo de execução obrigacional ainda tem funcionado no Brasil em baixo grau de efetividade e eficiência; portanto, uma ampliação subjetiva da demanda executiva – fator indelével de retardamento processual – tende a ser vista com antipatia. Logo, para os juízes, a interpretação literal do art. 50 do CPC torna-se tentadora, porque a eles permite a expulsão dos “intrusos” da execução obrigacional por meio de simples penada.

Há, ainda, quem enxergue fundamento jurídico-dogmático mais consistente para negar possibilidade de assistência na execução: execuções comportam apenas sentenças terminativas (CPC, art. 795), que extinguem o feito sem interferir na relação jurídica de direito material objeto da demanda e sem interferir, portanto, na relação a esta vinculada (por conexão ou acessoriedade) de que participa o terceiro. Noutras palavras: somente a sentença de mérito pode atingir a relação de direito material controvertida e, por reflexa via, a relação externa a ela conectada por vínculo de prejudicialidade-dependência. Ora, se relações de direito são categorias lógico-jurídicas, elas só podem sofrer interferências de fatos que repercutem no mundo do direito material (*e.g.*, sentenças de mérito), não de simples atos concretos de realização coercitiva, que operam, exclusivamente, no mundo empírico-sociológico (*e.g.*, atos de

699-88, rel. Des. Barbosa Moreira, Adcoas 1992 n. 135.651, *apud* DE PAULA, Alexandre. *Código de Processo Civil anotado*. v. 1, p. 588. Na doutrina: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, pp. 136-137; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*, p. 83; SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, pp. 263-264; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, pp. 225-226.

execução). Trata-se, como se percebe, de um modelo antiquado de racionar-se o fenômeno jurídico a partir da radical separação entre “fato” e “direito”, entre “mundo do *ser*” e “mundo do *dever-ser*”, separação esta cunhada pelos filósofos do Racionalismo Iluminista do século XVIII e da qual o pensamento jurídico atual (especialmente o pensamento processualístico) ainda não se livrou⁹.

Na verdade, esse entendimento não é apenas ideologicamente condicionado, mas é dogmaticamente insustentável: atos concretos de realização coercitiva que se praticam na execução obrigacional (cuja objetividade é operar no campo empírico-social) podem interferir em relações jurídicas (cujo habitat é o plano lógico-normativo), especialmente em relações jurídicas de cunho obrigacional ostentadas entre o executado e um terceiro. É possível, por exemplo, que se venha a arrematar um bem infungível que o executado haja vendido a terceiro antes de ser aforada a ação executória¹⁰, mas ainda não entregue. Neste caso, presencia-se uma resolução do contrato de venda e compra, de *pleno direito*, pela impossibilidade superveniente da prestação (“resolução do contrato por inexecução involuntária”). É possível, também, por exemplo, alienar-se judicialmente o maquinário indispensável para o executado concluir perante o terceiro um beneficiamento industrial no prazo contratado. Neste caso, o contrato pode resolver-se *ex ante* face à

⁹ Sobre o tema: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 36 e ss.

¹⁰ Ação executória = Ação de execução de título extrajudicial. A expressão não abarca, portanto, a execução de sentença, a qual não mais se dá, após a Lei nº 11.232/2005, por meio de “ação”. A própria intimação da sentença líquida ou da decisão de liquidação tem eficácia *interpelatória*, dispensando-se assim a necessidade de citação em execução (cf. art. 475-J, caput e §§, do CPC).

inviabilidade de entregar-se a encomenda industrial na data aprazada (*anticipatory breach of contract* ou “resolução do contrato por inadimplemento antecipado”¹¹).

Nota-se, pois, que a interferência do processo sobre relações jurídicas de direito material a ele alheias não se dá apenas por força de *sentenças* proferidas em processo de conhecimento (especialmente em ações declaratórias, constitutivas e condenatórias). Há interferência em relações externas ao processo por força de: a. eficácia lógico-normativa irradiada por sentença (*v.g.*, extinção reflexa do vínculo sublocatício advinda da rescisão do contrato de locação pela sentença de despejo); b. eficácia lógico-normativa irradiada por decisão interlocutória (*v.g.*, extinção do direito de propriedade do adquirente de bem penhorado, decorrente do desfazimento da arrematação); c. supressão dos elementos de sua base factual causada por atos concretos de

¹¹ Sobre esta modalidade resolutiva (pouco estudada) na doutrina nacional, p. ex.: AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, pp. 126-130; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, pp. 105-109; AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A admissibilidade do conceito de violação positiva do contrato no direito brasileiro*, pp. 180-185; VILELA, João Batista. *Sanção por inadimplemento antecipado*, pp. 2-12. Na jurisprudência, p. ex.: TJDF, 4ª Turma Cível, Ap. Cível 37.900/95, rel. Des. Carmelita Brasil, j. 18.12.1995, DJU 08.05.1996, p. 6.837, maioria, deram provimento parcial; TJDF, 5ª Turma Cível, Ap. Cível 39.106/96, rel. Des. Romão C. Oliveira, j. 13.06.1996, DJU 07.08.1996, p. 13.121, maioria, deram provimento; TJDF, 2ª Turma Cível, Embargos Infringentes 35.834/96, rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante, j. 04.12.1996, DJU 20.08.1997, p. 18.531, maioria, deram provimento; TJSC, Ap. Cível 99.014064-4-São José, rel. Des. Newton Trisotto, j. 09.12.1999, v.u., deram provimento parcial; TJSC, 3ª Câmara Civil, Ap. Cível 97.008276-2-Florianópolis, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 07.04.1998, v.u., deram provimento parcial; TJPR, Ap. Cível 65.934-9-Curitiba, rel. Juiz de Alçada Convocado Munir Karam, j. 15.09.1999, v.u., negaram provimento.

coerção executória estatal (v.g., extinção da hipoteca decorrente de adjudicação por exeqüente titular de créditos preferenciais ao hipotecário). Por tal razão, não é justo que o terceiro juridicamente interessado só tenha legitimidade para intervir na execução opondo os embargos de terceiro, ou assistindo o executado na impugnação (em se tratando de execução de título judicial – artigo 745 do CPC) ou nos embargos de devedor (em se tratando de execução de título extrajudicial – artigo 475-L do CPC): a incolumidade da sua esfera jurídico-patrimonial não pode estar à mercê do exercício exclusivo da defesa processual pelo executado.

3. Sentença e tutela jurisdicional

Conseqüentemente, onde no artigo 50 do CPC se escreve “sentença”, deve-se ler “tutela jurisdicional”¹². Na verdade, o que interfere em relações conexas ou dependentes não é, propriamente, a prolação de uma sentença favorável de mérito, mas sim a entrega da *tutela jurisdicional*. Não se confundem sentença e tutela jurisdicional: esta é exterior àquela. Tutela jurisdicional é “efetiva concretização, em benefício do vencedor, de uma situação melhor que a existente antes do processo e do provimento jurisdicional que ali o juiz emite”¹³. É o “resultado da atividade jurisdicional –

¹² Cf. PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. v. 2, p. 369: “a palavra *sentença* do art. 50 há de ser interpretada como prestação jurisdicional”.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 203.

assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor”¹⁴. Enfim, é resultado útil final da experiência processual em favor de quem tem razão.

De certo, a dificuldade (especialmente da jurisprudência) de fazer-se uma leitura arrojada do artigo 50 reside no fato de o próprio CPC vigente não tecer a distinção entre sentença e tutela jurisdicional. Aliás, a diferenciação não estava clara, à época da feitura do Código, para a *intelligentsia* processual civil. Não por outra razão Pontes de Miranda tomava os termos “sentença” e “tutela jurisdicional” como absolutamente sinônimos¹⁵. Sua coerência com esta premissa foi tão radical que, diante da inegável entrega de tutela jurisdicional na execução pura, asseverou que, “no processo de execução, o conteúdo da sentença perde aquela compactitude, aquela unidade, que tem a sentença declarativa, ou a condenatória, ou a constitutiva, ou a mandamental”. E continua: “[...] a sentença como que se dilui, pela incompactitude do seu conteúdo, que vem sendo composto, desde a citação, com o mandado de adimplir”¹⁶. Assim, também nos excertos em que Pontes de Miranda se dedica ao estudo da execução pura, onde se escreve “sentença”, deve-se ler “entrega

¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional e tipicidade*, p. 18. Em sentido bastante similar: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 36. Luiz Flávio Yarshell, contudo, aceita um sentido mais abrangente para o termo “tutela jurisdicional”, que designaria tanto o *resultado* do processo como os *meios* ordenados e predispostos para a obtenção desse resultado, sentido este que é o que se emprega na expressão “tutela jurisdicional diferenciada” (ob. cit., pp. 23-24).

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. 7, p. 35: “A *prestação jurisdicional* é, de regra, a sentença, a decisão [...]”.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. 7, pp. 35-36.

da tutela jurisdicional”. A partir daí então, os apontamentos do jurista alagoano se mostram irretocáveis: a entrega da tutela jurisdicional na execução obrigacional não tem, de fato, a mesma *instantaneidade unitária* da entrega nas ações declaratórias e nas ações constitutivas julgadas procedentes.

Portanto, a tutela jurisdicional não reside na sentença favorável de mérito em si, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas¹⁷. Daí por que não existe a necessidade de sincronia entre a sentença favorável de mérito e a tutela jurisdicional (i.é., não são necessariamente coexistentes), ou de entrega da tutela jurisdicional mediante a prévia prolação de uma sentença favorável de mérito (i.é., não são necessariamente interdependentes). Pode haver sentenças favoráveis de mérito sem que se entregue a tutela jurisdicional pretendida pelo autor (*e.g.*, sentença indenizatória), assim como pode haver a entrega de tutela jurisdicional sem que seja prolatada qualquer sentença favorável de mérito (*e.g.*, tutela jurisdicional antecipada executória).

De um modo mais sistemático, pode-se afirmar que há casos em que: a) sentença de mérito e entrega da tutela jurisdicional são contemporâneas; b) a sentença de mérito antecede a entrega da tutela jurisdicional; c) a sentença de mérito é precedida da entrega da tutela jurisdicional; d) a tutela jurisdicional é entregue sem necessidade de proferir-se sentença de mérito.

No que diz respeito a (a), tem-se as sentenças favoráveis de mérito proferidas em ações declaratórias (*e.g.*, ação de usucapião) e ações

¹⁷

Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*, p. 28.

constitutivas (e.g., ação anulatória de negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*). Aqui, a sentença favorável de mérito já entregará ao autor a tutela jurisdicional por ele pretendida: se declaratória, esclarecerá desde já sobre a existência ou inexistência de situação jurídica, ou sobre a autenticidade ou falsidade documental; se constitutiva, desde já constituirá, modificará ou extinguirá situação jurídica anterior. De qualquer forma, o simples *declarar, constituir, modificar* ou *extinguir* do juiz pode repercutir na esfera jurídica de terceiros que ostentem relações com uma das partes. Daí por que se admite, nessas ações, a assistência simples: na ação anulatória de escritura pública inquinada de vício (que é u'a ação constitutiva negativa), admite-se a intervenção do tabelião¹⁸; na ação de usucapião (que é ação declaratória), é admitida a intervenção do promissário comprador.

No que diz respeito a (b), tem-se as sentenças favoráveis de mérito proferidas em ações executivas reais (v.g., ação de reintegração de posse, ação de petição de herança, ação de despejo, ação de demarcação) e nas ações condenatórias pecuniárias (v.g., ação de cobrança de alugueres). Aqui, a sentença favorável de mérito, por si só, não entrega tutela jurisdicional alguma: no caso das ações de execução real, havendo sido proferida a sentença favorável de mérito, faz-se necessária a realização de uma atividade forçada, contra a vontade do demandado, para que de sua esfera jurídica seja retirado o bem nela injustamente encontrado; já no caso das ações condenatórias monetárias,

¹⁸ Quanto à natureza do interesse do tabelião aqui, há quem entenda tratar-se de: interesse fático (Giuseppe Chiovenda); interesse jurídico (Marco Tullio Zanzucchi); assistência litisconsorcial (Pontes de Miranda). Sobre a controvérsia doutrinária: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. I, p. 277; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, p. 167.

havendo sido proferida a sentença favorável de mérito, longe está o autor de obter o bem almejado, já que o juiz ainda terá de promover a execução forçada¹⁹. Ora, a sentença de despejo por si só não desaloja o inquilino. A prolação da sentença de reintegração de posse não faz o autor ser reintegrado, instantaneamente, na coisa esbulhada. Nem mesmo a sentença de indenização põe de pronto às mãos do autor o montante pecuniário correspondente aos prejuízos sofridos. De qualquer modo, é notória a possibilidade de terceiros intervirem adesivamente nessas ações: na ação indenizatória proposta por vítima de acidente contra o segurado causador do dano (que é uma ação condenatória pecuniária), é admissível a intervenção da seguradora; na ação de reintegração de posse (que é ação executiva real), admite-se a intervenção do adquirente da área litigiosa²⁰.

No que diz respeito a (c), tem-se as decisões antecipatórias de tutela confirmadas por sentença favorável de mérito. Aqui, antecipa-se a entrega da tutela jurisdicional que só ao final seria entregue. Neste caso o juiz antecipa a

¹⁹ Lembre-se: após a Lei 11.232/2005, a execução de sentença dá-se *per officium iudicis*.

²⁰ Assim, *e.g.*, TAC-SP, AI 378.931, rel. Juiz Ricardo Credie, JTA 109/86. Não se citou o exemplo da intervenção adesiva do sublocatário na ação de despejo proposta pelo locador contra o inquilino porque, aqui, o interesse jurídico do assistente nasce em razão da atuação da eficácia *constitutiva negativa* da sentença de despejo (que extingue o vínculo locatício e, por via reflexa, o vínculo sublocatício), e não da sua eficácia *executiva* (que desaloja o locatário). Os exemplos clássicos de assistência simples dizem respeito (i) às hipóteses em que o terceiro sofre a *eficácia constitutiva* da sentença (intervenção do legatário na ação de nulidade de testamento proposta por herdeiro legítimo contra o testamentário, *e.g.*) ou (ii) às hipóteses em que a parte assistida tenha ação regressiva contra o terceiro (sobre o tema, *p. ex.*: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, pp. 274-275). Porém, como já visto acima, um terceiro pode tornar-se juridicamente interessado em hipóteses em que sofra a *eficácia expropriatória* de um ou mais atos do procedimento da execução (penhora, arrematação, etc.).

atuação do elemento executivo ou mandamental, contido no espectro de eficácias da sentença favorável de mérito, a fim de que venha compor o conteúdo da decisão liminar. Daí por que há a satisfação provisória do direito material alegado pelo autor: os elementos mandamental e executivo atuam no plano fenomênico e são, portanto, capazes de entregar o bem da vida pretendido. Assim, vê-se a sentença favorável de mérito esvaziar-se e limitar-se a declarar a procedência da demanda, sem ter de entregar algo que já de antemão foi entregue: a tutela jurisdicional. De qualquer modo, durante a “escalada”²¹ de entrega antecipada da tutela jurisdicional, é bem possível que haja interferência em relação jurídica ostentada entre uma das partes e um terceiro. Terceiro arrematante de bem penhorado em execução de tutela antecipada pode intervir para assistir o credor e defender o não-desfazimento da arrematação caso a liminar haja sido revogada²².

No que diz respeito a (d), tem-se a tutela jurisdicional entregue em execuções de título judicial ou extrajudicial. Aqui, não há sentença favorável de mérito; no entanto, há entrega da tutela jurisdicional pretendida pelo credor mediante satisfação do seu direito. A *satisfação* é o resultado específico da atividade jurisdicional executiva e se consuma mediante a entrega do bem ou realização da conduta devida (fazer ou não-fazer). Difere, pois, da atividade cognitiva, a

²¹ A palavra “escalada” é utilizada por Cândido Rangel Dinamarco no seguinte sentido: “a tutela jurisdicional constitui o grau mais elevado na *escalada* que vai da mera faculdade de ingresso em juízo, passa pela ação e pelo efetivo direito ao provimento de mérito e só finalmente chega a ela” (*Tutela jurisdicional*, pp. 31-32) (d.n.).

²² Há discussão sobre a possibilidade de desfazer-se a arrematação caso seja revogada a liminar antecipatória efetivada mediante a expropriação de bens. Pelo desfazimento: ASSIS, Araken de. *Execução da tutela antecipada*, pp. 68-69. Contra: MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 224.

qual se resolve “em sentenças (palavras) e não na entrega de bens”²³. De qualquer maneira, tanto nas ações executivas reais quanto nas execuções por créditos existe atividade forçada de retirada de valor da esfera patrimonial do autor e transferência dele para a esfera jurídica do réu. No caso das ações executivas reais (*e.g.*, ação reivindicatória, ação de imissão na posse, ação de despejo, ação de reintegração de posse), a incursão do Estado não se dá com a *invasão* do patrimônio do obrigado, de vez que a posse da coisa forçadamente retirada foi declarada ilegítima por uma sentença; em contraposição, no caso das execuções obrigacionais (execução de sentença, execução de título extrajudicial), necessita-se de um título anterior que autorize a invasão da esfera jurídica *inviolável* do devedor²⁴. Noutros termos: nas execuções reais, o bem retirado se encontra *ilegitimamente* na esfera do demandado; nas execuções obrigacionais, o bem ali está *legitimamente*. Por tal razão, se a tutela executiva em sentido estrito pode interferir em relações alheias ao processo e justificar que nele se dê a assistência adesiva simples por terceiros juridicamente interessados, *a fortiori* se há de admitir a possibilidade dessa intervenção em face da entrega da tutela jurisdicional executiva obrigacional.

Daí por que se admite, plenamente, a assistência simples na execução²⁵.

²³ Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 53.

²⁴ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*, p. 71.

²⁵ Nesse mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, pp. 376-378; BARBI, Celso Agrícola. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. 1, p. 293; BORTOLAI, Edson Cosac. *Manual de prática forense civil*, p. 8; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. IV, pp. 163-164; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. I, p. 343; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p.

479; MOTTA FILHO, Manoel Fernando Thompson. *Do cabimento da assistência no processo de execução*, pp. 241-242; PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*, pp. 368-369; PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2, p. 62; SANTOS. Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil*. v. 1, p. 82; SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A admissibilidade da assistência no processo de execução*, pp. 171 e ss.; VALLE, Christiano Almeida do. *Da assistência e o novo Código de Processo Civil*, pp. 28-31 e 57-58; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*, p. 156. Limitando-se a admitir a assistência nos embargos à execução *in genere* – o que após a Lei 11.232/2005 implica admitir a assistência tanto nos embargos de devedor (se se tratar de execução de título extrajudicial) quanto na impugnação (se se tratar de execução de título judicial) –, já que aqui se está diante de atividade cognitiva: na jurisprudência: STJ, 4ª Turma, RESP 586-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.11.1990, DJU 18.02.1991, p. 1.041, v.u., deram provimento; TFR, 5ª Turma, AG 55.037-DF, rel. Min. Torreão Braz, j. 15.08.1988, DJU 22.08.1988, v.u., negaram provimento; TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, AI 259.892.4/9-São Paulo, rel. Des. Maurício Vidigal, j. 01.04.2003, maioria, deram provimento; TRF da 1ª Região, 5ª Turma, AG 2000.01.00.119861-8-BA, rel. Des. Fed. João Batista Moreira, j. 21.6.2002, DJU 12.7.2002, p. 147, v.u., negaram provimento; TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI 217.534.4/9-Praia Grande, rel. Des. Ruitter Oliva, j. 27.11.2001, v.u., negaram provimento; TJDF, 5ª Turma Cível, AI 2000.00.2.001759-8, rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante, j. 11.12.2000, v.u., negaram provimento; TJSC, 1ª Câmara Cível, AI 98.009316-3, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 29.09.1998; TJSP, 19ª Câmara Cível, AI 222.246-2/9-São Paulo, rel. Des. Vallim Belloccchi, j. 13.09.1993; TJMS, 2ª Turma Cível, AI 2260-89, rel. Des. Marco Antônio Cândia, in DJMS 2621, 14.8.1989, p. 8; na doutrina: ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. v. III, pp. 37-38; idem. *Manual de direito processual civil*. v. 2, p. 131; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1, p. 163; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, p. 168; COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência*, pp. 135-136; COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Tratado do processo de execução*. v. 1, pp. 190-194; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil*, p. 221; FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, pp. 102-103; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 4, pp. 110-111; MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo, pp. 75-77; OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa dos terceiros na execução forçada*, pp. 736-737; PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II, t. I, p. 204; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1, pp. 302-303; SALGADO, Gustavo Vaz. *Assistência no processo de execução*, p. 61; THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*, pp. 71-72; idem.

De qualquer forma, enquanto não positivada, na lei processual brasileira vigente, a distinção entre a “sentença favorável de mérito” e a “tutela jurisdicional”, melhor seria se o *caput* do art. 50 trouxesse redação assemelhada à do § 1º do cânone 1.596 da lei do processo canônico: “Em qualquer instância da lide, pode ser admitido a intervir na causa um terceiro interessado, como parte que defende o próprio direito ou, acessoriamente, para ajudar a algum dos litigantes”²⁶. O essencial para a intervenção adesiva simples é a existência do interesse jurídico na *vitória* do assistido, satisfazendo-se o seu direito por atos de execução forçada ou obtendo-se sentença favorável de mérito²⁷.

4. A tradição do direito brasileiro

Curso de direito processual civil. v. 1, p. 67. Limitando-se a admitir a assistência nos embargos à execução apenas se opostos em execução de título extrajudicial – o que após a Lei 11.232/2005 implica não admitir assistência na impugnação à execução de título judicial –, sob o argumento de que com a sentença exequenda “nada mais resta a fazer em benefício [...] do próprio pretendido assistente”: LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 6, n. 219).

²⁶ Sobre a intervenção voluntária de terceiros no direito processual canônico: CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*, p. 111.

²⁷ Cf. STF, MS 21.059-1-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RF 317/213. Assim, ainda, BARBI, Celso Agrícola. *Assistência*, p. 516: “Não nos parece procedente essa restrição, a qual se funda em interpretação literal daquele artigo. A nosso ver, o essencial é a existência do interesse jurídico na vitória do assistido; essa vitória consiste no atendimento da pretensão do assistido. E essa pretensão tanto pode ser a uma sentença como à prática de atos de execução forçada, como a entrega da coisa, ou do dinheiro, ou a prática de um ato”.

Os glosadores entendiam ser possível a intervenção de terceiros na execução de sentença (*interventio post sententiam ad e jus exsecutionem impediendam*). Por óbvio, a admissão não se estendeu à execução de título extrajudicial: a executoriedade dos títulos cambiários era estranha aos juristas da Idade Média. Não obstante, se à época tivesse havido a admissão de execução de títulos não-judiciais na doutrina, na jurisprudência ou na lei, a técnica exegética não teria dificuldades para admitir, também nesses processos, o ingresso de terceiros: bastaria preencher a “lacuna superveniente”.

Na esteira da tradição medieval e sob os auspícios da colonização portuguesa, a assistência “depois de ser dada sentença na mor alçada” foi admitida no Brasil por força das Ordenações Filipinas (Livro III, Título XX, § 32º)²⁸.

Já no período republicano, ao lado dos diversos estatutos processuais estaduais, vigeu no âmbito *federal* o famoso Regulamento n. 737, de 25.11.1850 (referendado pelo Decreto n. 848, de 11.10.1890), cujo artigo 125 assim dispunha acerca da assistência: “o assistente pode vir a juízo *antes ou depois* da sentença, mas recebe a causa no estado e que ela se acha, e deve alegar o seu direito nos mesmos termos que competem àquele a quem

²⁸ Livro III, Título XX, § 32º: “E vindo alguma parte assistir ao autor, ou a réu, será obrigada a tomar o feito nos termos em que estiver, sem ser ouvida acerca do que já foi processado, posto que o pretenda ser per via de restituição, ou per outro qualquer modo. E se a assistência for depois de ser dada sentença de mor alçada, poderá o assistente, per via de restituição, ou per outro modo jurídico, alegar contra a dita sentença o que lhe parecer acerca do prejuízo, que ela lhe faz, sem o principal, contra quem se deu a sentença, ser, mais ouvido como parte, nem se tratar de seu interesse. E na assistência se procederá na forma de nossas Ordenações e Direito”.

assiste” (d.n.)²⁹. Como se isso não bastasse, vários dos Códigos de Processo Civil e Comercial vigentes nos Estados da Federação continham artigos, lavrados sob idêntica redação³⁰, que admitiam assistente em qualquer processo e instância, devendo receber a causa no estado em que se encontrasse, sem qualquer ressalva ao processo de execução (*e.g.*: no Código do Estado de São Paulo, art. 78; no Código do Estado de Minas Gerais, art. 236; no Código do Estado de Pernambuco, art. 420). Já os Códigos Processuais dos Estados do Rio de Janeiro (art. 1208), Ceará (art. 169) e Rio Grande do Sul (art. 91), sob a mesma redação³¹, admitiam a assistência “antes ou depois da sentença”. Tão-somente não admitiam, expressamente, a assistência na execução os Códigos do Distrito Federal (art. 162), da Bahia (art. 18) e do Paraná (art. 84): este admitindo assistência “enquanto não houver sentença irrecorrível”; esse “enquanto não se proferir sentença irrecorrível”; aquele dizendo que a assistência “não tem lugar na execução”.

De um modo geral, na história do direito brasileiro, a assistência no processo de execução não é, portanto, nenhuma “moda importada ou experimentação inconcebível”.

²⁹ Criticando a possibilidade de assistência na execução concedida pelo então vigente Reg. 737, de 1850: COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência*, p. 53.

³⁰ “A intervenção adesiva tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição, mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”.

³¹ “O assistente pode vir a juízo *antes ou depois da sentença*, mas recebe a causa no estado em que ela se acha, pleiteando seu direito nos mesmos termos que compete àquele a quem assiste” (d.n.).

5. Casuística

Além dos exemplos de assistência em execução obrigacional já trazidos ao longo deste estudo, podem ser ainda acrescentados os seguintes:

a) intervenção do locatário em quaisquer execuções específicas incidentes sobre o bem imóvel locado, a fim de evitar prejuízos aos seus direitos decorrentes do contrato de locação (*a fortiori*, admite-se a intervenção do comodatário)³²;

b) intervenção do devedor do executado quando houver sido penhorado o crédito perante ele (CPC, art. 655, X; art. 671 a 676)³³;

³² Exemplo de extraído de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 164.

³³ Exemplo de extraído de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 164.

c) assistência do arrematante ao credor para defender-se o não-desfazimento da arrematação³⁴;

d) assistência do terceiro adquirente de bem penhorado ao executado alienante, a fim de defender a higidez do negócio³⁵;

e) assistência do debenturista ao agente fiduciário em execução movida contra a companhia (pois, por força do art. 68, § 3º, da Lei 6404/76, o agente fiduciário tem ação no caso de inadimplemento da obrigação pela companhia emissora das debêntures)³⁶;

f) intervenção do fiador na execução contra o afiançado, a fim de opor ao credor, em compensação, a dívida do credor para com o seu afiançado (CC, art. 371, 2ª parte)³⁷;

³⁴ Cf. AMAZONAS. José Antônio de. *Assistência*, p. 77: “Ora, o arrematante tem, sem dúvida possível, interesse em que a arrematação se não anule”. Admitindo arrematante como assistente em execução fiscal: TJSP, AI 94.564-2, rel. Des. Bueno Magano. RJTJESP 97/279.

³⁵ Exemplo extraído de ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 377.

³⁶ Exemplo extraído de ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 377. Neste exemplo se pode notar que a assistência pode ser dada não apenas ao réu de ação executória (o dito “executado”) (*interventio ad coadjuvandum reum*), mas também ao autor (o dito “exeqüente”) (*interventio ad coadjuvandum auctorem*).

³⁷ Sobre tal possibilidade na exceção de pré-executividade: MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*, pp. 69-70. Ora, a lei possibilita ao fiador promover o andamento da execução quando o credor permanecer inerte ou retardá-la frente ao afiançado (CC, art. 834). A razão dessa intervenção é evitar que as negligências do devedor possam causar a necessidade de direcionamento da execução ao patrimônio do fiador, quando bem poderiam ser penhorados bens do próprio afiançado. Conseqüentemente, nada impede que o fiador intervenha no processo simplesmente como assistente. Neste sentido, p. ex.: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 377;

g) intervenção da esposa em execução contra o marido;

h) intervenção do credor do executado para argüir, por mera petição, a prescrição por este desprezada³⁸;

i) intervenção do terceiro dador da hipoteca, frente à iminência da excussão do bem na execução hipotecária, a fim de argüir a prescrição desprezada pelo devedor ou a compensação que o devedor tem para com o credor hipotecário³⁹.

MOTTA FILHO, Manoel Fernando Thompson. *Do cabimento da assistência no processo de execução*, p. 242.

³⁸ Exemplo extraído de MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*, pp. 67-68. Alguma hesitação pode surgir sobre a possibilidade de a prescrição ser argüida por terceiro. Sem razão, todavia. De acordo com o art. 191 do CC, terceiros não podem ser prejudicados pela renúncia à prescrição. Ademais, de acordo com o art. 193 do CC de 2002, “a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte *a quem aproveita*” (d.n.). Logo, a expressão “a quem aproveita” significa “que se beneficia da decretação da prescrição” (o fiador, o herdeiro do prescribente, o credor do prescribente, o co-devedor em obrigação solidária, o coobrigado na obrigação indivisível, o obrigado à prestação de evicção, o fideicomissário, etc.)” (neste sentido, *e.g.*, DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil comentado*, p. 191). Trazendo farta doutrina, à luz do CC de 1916, a respeito desse tema: MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*, pp. 67-69, nota 213. Ver, ainda, SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A admissibilidade da assistência no processo de execução*, pp. 175-176.

³⁹ Exemplo extraído de MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*, p. 71.

j) assistência na execução em que o exeqüente e o executado estejam em conluio para frustrar a possibilidade de o terceiro ver o seu crédito ressarcido⁴⁰.

k) assistência do credor do executado quando a alienação dos bens penhorados puder provocar, a um só tempo, a insolvabilidade do patrimônio do devedor assistido e o inadimplemento antecipado da obrigação⁴¹.

Note-se que, na assistência em execução, não se há de alegar direito próprio, mas direito do assistido. O assistente defende o *direito* do assistido para que, por via reflexa, esteja defendido o seu próprio *interesse*. Logo, não pede diretamente para si, mas para o assistido. Auxiliando a parte a que aderiu e pedindo para ela, o assistente trabalha para si. Na concisa dicção de Pontes de Miranda: o assistente “defende, assistindo, o direito de outrem; e defende, com permissão de assistir, o seu interesse”⁴². Assim, não se pode ter como assistente, por exemplo, o credor hipotecário que ingressa na execução para fazer valer o *seu* direito de preferência.

⁴⁰ Exemplo de MOTTA FILHO, Manoel Fernando Thompson. *Do cabimento da assistência no processo de execução*, p. 242. Neste sentido, a assistência simples na execução poderia ter duas finalidades: 1) auxiliar uma parte a sobrepujar a posição da outra; 2) impedir que, por conluio, dolo ou negligência da parte, a entrega da tutela jurisdicional viesse a prejudicar terceiros.

⁴¹ Admitindo indiscriminadamente a assistência simples por credor do executado, motivada pelo interesse “jurídico” de que o patrimônio do devedor não diminua: SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A admissibilidade da assistência no processo de execução*, p. 176-177. Sem razão, no entanto: a assistência só estará justificada pela insolvabilidade patrimonial do executado caso esta integre o suporte fático de uma causa extintiva ou modificativa da relação jurídica entre o executado e o terceiro interveniente. Caso contrário, tratar-se-á de interesse meramente econômico.

⁴² *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II, p. 63.

Ora, as execuções reguladas no Livro II do Código têm modalidades *próprias* de intervenção de terceiro⁴³. Dentro destas modalidades o credor hipotecário atua⁴⁴. O CPC obriga a intimação do credor hipotecário para, caso queira, intervir em processo alheio: i) o inciso II do art. 615 obriga o exeqüente a intimar o credor hipotecário; ii) o art. 619 torna ineficaz a alienação de bem gravado por hipoteca em relação ao credor hipotecário caso ele não tenha sido intimado; iii) o inciso IV do art. 694 permite o desfazimento da arrematação por falta de intimação do credor hipotecário, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, da hasta pública; iv) o art. 698 proíbe a efetivação de praça de imóvel hipotecado caso o credor hipotecário não tenha sido intimado; v) o inciso II do art. 709 impede que se levante o dinheiro apurado na arrematação caso haja credor preferencial anterior à penhora. Em face dessa intimação, pois, pode o credor hipotecário: α) opor os embargos de terceiro contra o exeqüente (credor quirografário) para obstar a alienação do bem penhorado sob o argumento de que o devedor tem outros bens (CPC, art. 1.047, II, c.c. art. 1.054); β) ingressar na execução como litisconsorte do exeqüente originário, ou para fazer valer o seu direito de preferência⁴⁵.

⁴³ Sobre este tema: ASSIS, Araken de. *Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo*, p. 13; MEDINA, José Miguel Garcia. *Notas sobre a distinção entre partes e terceiros na execução*, pp. 571 e ss.

⁴⁴ Da mesma maneira o usufrutuário, o credor pignoratício e o credor anticrético (CPC, art. 615, II; art. 619; art. 709, II; artigo 1.047, II, c.c. artigo 1.054).

⁴⁵ Sobre este assunto, *e.g.*: SHIMURA, Sérgio. *Intervenção do credor hipotecário em execução alheia*, pp. 995 e ss.

6. Conclusão

Seria tentador encerrar-se este estudo concluindo-se que é juridicamente possível a assistência simples na execução por créditos. Nada mais óbvio e burocrático. Todavia, após a análise de inúmeros acórdãos e excertos doutrinários, a postura reflexiva sente-se impelida a detectar as “travas” do atual “estado da arte” processual civil. Na medida em que nalguns casos concretos a inadmissão da assistência na execução obrigacional pode causar graves injustiças, pergunta-se: por que os nossos Tribunais se curvam à letra fria do art. 50 do CPC, ou sentem dificuldade de adaptar materialmente a estrutura da figura da assistência aos propósitos do âmbito da execução?

Frente à colocação da pergunta, percebe-se que se está diante de um problema de *hermenêutica*.

Em primeiro lugar, parte do problema está no fato de o CPC vigente não possuir uma *parte geral*. Esquivou-se ele de: a) notar as estruturas fixas imutáveis dos processos cognitivo, executivo e cautelar; b) tratá-las, normativamente, mediante institutos gerais; c) harmonizar esses institutos às discrepâncias e peculiaridades de cada modalidade de processo. Por isso, segundo a doutrina, seria de boa técnica legislativa se assim o tivesse feito, mesmo porque o direito processual civil já tem sua “teoria geral”⁴⁶. Porém,

⁴⁶ Para uma crítica da ausência de parte geral no CPC e dos “males” que isto enseja nos estudos da atividade executiva: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, pp. 376-377; idem, *Partes legítimas*,

como sabido, os juristas do séc. XIX cunharam uma teoria “geral” do processo civil que outra coisa não foi senão um corpo de categorias jurídico-dogmáticas retiradas do processo de conhecimento (e, em particular, do procedimento comum ordinário, expressão máxima da “garantia na neutralidade do juiz”⁴⁷). Conceitos como “legitimidade”, “assistência” e “sucumbência” foram geridos por juristas que fitavam os olhos para a atividade judicial *cognitiva*. Todavia, este ledo equívoco metodológico aclamou-se, trazendo desprezo ao estudo dos processos cautelar e executivo (visto que as categorias da teoria “geral” mal se acomodavam aos âmbitos dessas modalidades processuais). Por isso, na verdade, não há propriamente *falha* técnico-legislativa no Código, mas *fidelidade* a seus pressupostos teóricos: qual a razão de uma parte geral, se o livro do processo de conhecimento (Livro I) já é ela? Daí por que não causa estranheza a redação do art. 598 do CPC (“aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”). O imperialismo do processo de conhecimento sobre a interpretação do artigo 50, portanto, mais do que decorrente da falta d’uma parte geral no CPC, é resultante da própria teoria “geral” do processo civil, a qual ainda está, a duras penas, em fase de retificação.

Em segundo lugar, o conservadorismo paralisante com que se tem interpretado o art. 50 do CPC é fruto de um engessamento da metodologia hermenêutica que a ciência processual cunhou. Aliás, sequer se pode falar

terceiros e sua intervenção do processo executivo, p. 5; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*, p. 47.

⁴⁷ Sobre o assunto, e.g.: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução*, pp. 132 e ss; idem. *Processo e ideologia*, pp. 131-150.

efetivamente da existência duma “ciência hermenêutica do processo civil”. Os juristas do processo não se reconhecem como *homo hermeneuticus* e são avessos a questões abstratas (que envolveriam, p. ex., aplicação de lógica jurídica à interpretação da lei processual civil). Crentes ainda no projeto místico e romântico de uma “Hermenêutica Jurídica Universal”, nossos processualistas continuam tendo as técnicas interpretativas dos privatistas como o *organon* metodológico de todos os demais juristas. Nas poucas linhas em que se dedicam ao assunto em seus manuais e tratados, esses juristas se livram do incômodo problema com a alegação de que “não há critérios especiais para a interpretação de leis processuais”. Para eles, as leis processuais “devem estar subordinadas aos mesmos cânones hermenêuticos das demais ciências do Direito”, porque “a natureza específica da relação processual civil não é suficiente para impor desvios na teoria geral da interpretação”⁴⁸.

⁴⁸ Defendendo a inexistência de uma teoria *especial* de interpretação das leis processuais civis: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*, p. 40; CINTRA, Antônio Carlos Araújo *et alii*. *Teoria geral do processo*, pp. 102-103; FERREIRA, Pinto. *Curso de direito processual civil*, p. 32; GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*, p. 97; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. I, p. 97; MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*, p. 108; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Curso de direito processual civil*. v. 1, p. 30; PINA, Rafael de e LARRAÑAGA, José Castillo. *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 31; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. I, p. 37; SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil*, p. 197; VARELA, Antunes *et alii*. *Manual de processo civil*, p. 42. Pugnano pela necessidade de uma teoria “independente” de interpretação das leis processuais, fundada na independência entre direito processual e direito material (conquanto desenvolvendo pouco esses “critérios especiais”): ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*, p. 255; ROCHA, José de Moura, *A interpretação e as leis processuais*, p. 14. Merecida é uma transcrição das elegantes palavras de Alfredo Rocco: “Ordinariamente las páginas dedicadas a la interpretación en los tratados y en los cursos sobre procedimiento, contienen reconstrucciones a menudo valiosas, a veces verdaderamente magistrales, de

De qualquer forma, independentemente da existência de uma “hermenêutica do processo”, é possível notar que as *injustiças* cometidas em matéria de processo civil por nossos Tribunais advêm não da compreensão do “programa” das normas adjetivas, mas de seu “âmbito de aplicação”. Segundo Friedrich Müller, toda norma jurídica estrutura-se em duas partes: i) o *programa* (= teor literal + recursos interpretativos auxiliares); ii) o *âmbito* (= estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma “escolheu” para si, ou em parte “criou” para si, como seu âmbito de regulamentação)⁴⁹. Assim, de acordo com o jurista alemão, o programa da norma é identificado por meio de todas as legítimas determinantes *gerais* de aplicação das leis (interpretações gramatical, genética, histórica, sistemática) e de figuras interpretativas *específicas* das grandes áreas do Direito (Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual, etc); já o âmbito da norma é (enquanto parte integrante material da prescrição jurídica) identificado empiricamente⁵⁰.

la teoría geral de la interpretación de las leyes; pero sólo se refieren al derecho procesal indirectamente y como de pasada. Esto puede parecer a primera vista muy significativo. Si al ocuparse de la teoría de la interpretación en sus tratados y en sus cursos de procedimiento civil, procesalistas de gran valer, en Austria, Alemania e Italia, no hacen ninguna alusión a una teoría especial sobre interpretación de las leyes de procedimiento, es lógico inferir que dicha teoría no existe. Pues bien, no obstante este testimonio acerca de la existencia de normas de interpretación propias del derecho procesal – atestación completamente negativa, aun quando muy elocuente y sobre todo autorizada – estamos convencidos de la existencia de dichas normas” (ob. cit., pp. 251-253).

⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 57.

⁵⁰ Idem. *Direito, linguagem, violência*, p. 43. É mister frisar que o âmbito é um componente da própria hipótese legal normativa (*Tatbestand*), é fator co-constitutivo da própria normatividade, e não simples soma de fatos. Transcende, enfim, a “mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica”, não sendo interpretável como “força normativa do fático” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 58).

Não se pode olvidar, porém, que *programa* e *âmbito* têm um mesmo “grau hierárquico”: a norma é uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura substancial do próprio âmbito social regulamentado, de modo que elementos “normativos” e elementos “empíricos” são multiplamente interdependentes e igualmente importantes no processo efetivo de aplicação prática do direito⁵¹.

Nesse sentido, a ausência duma teoria especial de interpretação das leis adjetivas não tem ensejado perplexidades na compreensão dos programas normativo-processuais-civis, mas *disfunções* pela falta de melhor compreensão dos âmbitos de regulamentação dessas regras. De fato, um dos fatores impeditivos da máxima potenciação instrumental do processo civil tem sido a propensão jurisprudencial de circunscrever a aplicação dos institutos processuais a âmbitos exageradamente restritos (dentre os quais a assistência). Há correntes jurisprudenciais que entendem: não serem devidos honorários advocatícios no processo cautelar; só caber antecipação de tutela se pleiteada pelo autor, não pelo réu ou de ofício; não ser cabível agravo contra liminar concedida em mandado de segurança ou nos Juizados Especiais Cíveis; serem inadmissíveis os embargos de terceiro em ação possessória; ser incabível a fixação de multa diária para o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa; não serem as medidas de apoio dos §§ 4º e 5º do artigo 461 do CPC extensíveis à efetivação de outros provimentos mandamentais; não ser admissível a ação declaratória incidental na ação de consignação em pagamento; ser incabível conciliação em execução de sentença; etc.

⁵¹

Idem. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 58.

Em cada um desses exemplos, caberia aos Tribunais identificar empiricamente o âmbito de aplicação dessas normas processuais, verificando se é ou não possível traçar-se “um esboço vinculante” a partir de uma interação dialética entre o teor normativo e a estrutura material do âmbito a ser regulamentado. Neste sentido, p. ex., nada embaraça a admissão da assistência simples na execução por crédito⁵², visto ser possível adequar-se substancialmente o repertório “normativo” do instituto à estrutura “empírica” do âmbito executivo. Porém, nossos Tribunais incorrem no erro de compreender aprioristicamente a extensão do âmbito das normas processuais, e fazem-no pelo mesmo método com que tentam compreender o programa dessas regras: mediante u’a interpretação *apriorístico-conceitual*. Apegada aos conceitos expressos na letra fria das palavras que compõem o enunciado normativo (no caso do art. 50 do CPC, ao conceito de “sentença favorável”), a nossa jurisprudência tem relegado os institutos processuais a “guetos estanques”, sem aperceber-se de que os préstimos funcionais do processo civil só estarão garantidos se o âmbito de suas normas for identificado de modo *empírico-teleológico*, e não dum modo *sub lege* ou mediante *interpretatio verborum*⁵³. Conceitos só desempenham uma função *ordenatória*, pois

⁵² Note-se que, após o advento da Lei nº 11.232/2005, se fala em “execução por crédito” ou em “execução obrigacional”, nunca em “processo de execução”, na medida em que a execução de sentença não mais se desenvolve por meio de relação processual autônoma. Como já visto, a execução de sentença agora se dá nos próprios autos, i.é., na mesma relação processual em que se profere a sentença exeqüenda.

⁵³ Sobre o dilema no processo civil entre a interpretação conceitual e a interpretação teleológica: ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. t. I, p. 31-32.

desprovidos de “virtude normativa”, i.é., de capacidade de determinar *in concreto* a exegese do caso duvidoso.

Por isso, o âmbito das execuções bem pode ser tido como um possível “contexto significativo” para a norma do artigo 50 do CPC.

Bibliografia

AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

AMAZONAS, José Antônio de. *Assistência*. São Paulo: RT, 1936.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra Ed., 1963.

ASSIS, Araken de. “Execução da tutela antecipada”. In *Processo de execução*. coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo*. In AJURIS nº 61.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. t. I. trad.: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1963.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial*. v. I. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1963.

ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. v. III. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. 2. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORTOLAI, Edson Cosac. *Manual de prática forense civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo *et alii*. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001.

DE PAULA, Alexandre. *Código de Processo Civil comentado*. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Tutela jurisdicional*. In Revista Forense nº 334.

DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil comentado*. coord.: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel, 1969.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil – teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979.

FERREIRA, Pinto. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madri: Civitas, 1997.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 6. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1976.

MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983.

MEDINA, José Miguel Garcia. “Notas sobre a distinção entre partes e terceiros na execução civil: algumas situações limítrofes”. In *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. coord.: Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004.

MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTTA FILHO, Manoel Fernando Thompson. “Do cabimento da assistência no processo de execução”. In *Revista de Processo* nº 43.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 2. ed. trad.: Peter Nauman. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional I*. trad.: Peter Nauman. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: RT.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Curso de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1971.

OLIVEIRA NETO, Olavo. "A defesa dos terceiros na execução forçada". In *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. coord.: Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

PINA, Rafael de e LARRAÑAGA, José Castillo. *Instituciones de derecho procesal civil*. 10. ed. México: Porrúa, 1974.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado das ações*. t. 7. Campinas: Bookseller, 1999.

PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ROCHA, José de Moura. “A interpretação e as leis processuais”. In *Revista de Processo* nº 42.

ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*. trad.: Manuel Romero Sanchez e Julio Lopez de la Cerda. México: Stylo, 1944.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. I. trad.: Angela Romera Vera. Buenos Aires: Europa-America, 1955.

SALGADO, Gustavo Vaz. “Assistência no processo de execução: algumas reflexões”. In Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil nº 15.

SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. “A admissibilidade da assistência no processo de execução”. In Revista dos Tribunais nº 754.

SHIMURA, Sérgio. “Intervenção do credor hipotecário em execução alheia”. In *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. coord.: Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A admissibilidade do conceito de violação positiva do contrato no direito brasileiro* [dissertação de mestrado da UFRS]. Porto Alegre, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de processo civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 1980.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: LEUD.

TORNAGHI. Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1974.

VALLE, Christiano Almeida do. *Da assistência e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Americana, 1974.

VARELA, Antunes *et alii*. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra Ed., 1985.

VILELA, João Baptista. *Sanção por inadimplemento contratual antecipado: subsídios para uma teoria intersistêmica das obrigações* (comunicação ao Sétimo Congresso Internacional de Direito Comparado – Upsala, 1966.08.06/.13). Belo Horizonte, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional e tipicidade* [tese de doutoramento da USP]. São Paulo.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.