

A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA CÍVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CREDOR E O ARRESTO DO ART. 653 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Mauro Simonassi[†]

Resumo: O presente estudo tem por objetivo demonstrar que o direito fundamental do credor a efetividade na tutela executiva cível, no sistema processual civil brasileiro, não se coaduna com a idéia da cessação da eficácia do arresto, na execução por título executivo extrajudicial, pelo só fato da localização e citação do devedor (art. 653 do CPC), mesmo quando este oferece bens à penhora, enquanto pende o prazo para pagamento de três dias (art. 652 do CPC) ou quando comparece aos autos (art. 654 do CPC) e se dá por citado.

Palavras chave: direito fundamental do credor; postura atual do intérprete na execução; tutela executiva cível; permanência do arresto do art. 653 e 654 do CPC, enquanto pende prazo para pagamento; novo Código de Processo Civil.

Sumário: 1. Notas introdutórias. 2. A tutela executiva cível como direito fundamental do credor. 3. A proteção do credor na execução civil e a postura do intérprete frente à norma processual. 4. O arresto contido no art. 653 do Código de Processo Civil Brasileiro e sua natureza. 5. A permanência do arresto no prazo para pagamento nas hipóteses dos arts. 653 e 654 do Código de Processo Civil Brasileiro, mesmo diante da oferta de bens à penhora. 6. O arresto frente ao novo Código de

[†] Mestre em Direito Público Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho - RJ – Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga – FADIPA - Juiz de Direito em Ipatinga (MG) – Brasil.

Processo Civil Brasileiro (Projeto de Lei 8.046/2011). 7. Principais conclusões.



1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A preocupação com a efetividade do processo levou a um movimento de reformas na legislação processual iniciado na década de 1990, especialmente em 1994/1995, que se estendeu nos anos seguintes para abarcar a execução civil, em sintonia com a garantia do acesso a justiça, inserta no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

O advento das Leis 10.444/2002, 11.342/2005 e 11.382/2006, mormente estas duas últimas, trouxeram profundas modificações na execução civil, a Lei 11.342/2005 introduziu o chamado modelo sincrético na execução por quantia, modelo esse iniciado pela Lei 10.444/2002 em relação às obrigações de entrega de coisa, fazer e não fazer; a Lei 11.382/2006 provocou profundas mudanças na execução decorrente de título executivo extrajudicial.

Dentre desse panorama, o presente trabalho por objeto a análise do direito fundamental do credor a efetividade da tutela executiva cível, no momento atual, frente aos art. 653 e 654 do Código de Processo Civil, no que refere à manutenção ou não do arresto, a partir da citação do devedor, enquanto pende prazo para pagamento do débito, mesmo diante da oferta de bens.

Em um primeiro momento procede-se a análise da efetividade na tutela executiva cível como direito fundamental do credor inscrito na Constituição Federal, inclusive mirando textos constitucionais alienígenas que consagram a execução

como direito fundamental a efetividade, o que não ocorreu de modo expreso na atual Constituição Federal.

Seguindo-se, envereda-se pela análise do arresto inscrito no art. 653 do CPC, relativamente às divergências doutrinárias acerca de sua natureza, entre os que sustentam tratar-se de medida cautelar e outros que sustentam a natureza de ato executivo.

Ao depois, aborda-se, como ponto central deste estudo, acerca manutenção do arresto no caso de ocorrer a citação do devedor nas hipóteses dos arts. 653 e 654 do CPC, enquanto pende o prazo de três dias para o pagamento do débito (art. 652 do CPC), mesmo com a oferta de bens à penhora, ante a idéia de se tornar sem efeito o arresto neste último caso.

Considerando o influxo das reformas implementadas na legislação processual recente, e as que estão por vir, não fica fora da análise o tratamento dado ao assunto no projeto do novo CPC (PL 8.046/2.011), em trâmite, atualmente, na Câmara dos Deputados, seguindo-se, por fim, às principais conclusões, decorrente das reflexões que ora se procede.

2. A TUTELA EXECUTIVA CÍVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CREDOR

O acesso a uma prestação jurisdicional¹ justa² e efetiva, aí incluída cognição e execução, é importante e necessário ao exercício da cidadania, agrega valor rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, segundo a matriz inserta no

¹ Mauro Cappelletti e Bryant Garth equacionam o problema do acesso a justiça sobre três aspectos básicos: a) a pobreza no sentido legal; b) a defesa dos interesses difusos, especialmente na área ambiental e do consumidor; c) a ampliação de instituições e mecanismos para prevenir e solucionar litígios, o que chamaram de “*enfoque de acesso à justiça*”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

² Conforme se vê em Dinamarco: “Acesso justiça equivale à obtenção de resultados justos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002. p.37.

art. 3º da Constituição Federal de 1988, e foi erguido como direito fundamental por força do comando do art. 5º, inciso XXXV da nossa Carta Magna.

Na verdade, o desafio do aprimoramento constante das leis processuais, diante do anseio social por uma justiça efetiva, não é um fenômeno unicamente brasileiro³, antes ao contrário, vem de fora e por ele é contagiado, como se verifica das várias reformas ocorridas na Espanha⁴, Alemanha⁵, Itália⁶ e Portugal⁷, só para citar algumas.

O anseio pela efetividade do processo como um todo, e em particular na tutela executiva cível não é um fenômeno unicamente brasileiro. A Constituição Espanhola, de 27 de

³ Consta-se facilmente tal afirmação no primeiro parágrafo da exposição de motivos da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha (Ley 1/2000, de 7 Enero): “*El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero Del artículo 24 da la Constitución, coincide con anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad*”. ESPANHA. *Ley de enjuiciamiento civil y otras normas procesales*. Concordâncias e notas de Faustino Córdón Moreno. 9. ed. Espanha: Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2004. p. 39.

⁴ A reforma da execução na Espanha ocorreu com a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* anteriormente mencionada (Ley 1/2000, de 7 Enero), que modificou significativamente a execução, como assinala Víctor Moreno Catena, na introdução de sua obra: “*Se pretenden exponer en este libro los grandes temas de la ejecución forzosa, que precisamente han sido objeto de una profunda revisión y modificación en la nueva LEC de 2000*”. DOMÍNGUEZ, Valentin Cortés; CATENA, Víctor Moreno. (Coords.) *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. t.IV. La Ejecución Forzosa por Víctor Moreno Catena. Espanha/Madri. Editorial Tecnos (Grupo Anaya), 2000. p. 17.

⁵ Na Alemanha, a lei de 27.7.2001, que entrou em vigor em 1º.1.2002, veio para reformar o Código de Processo Civil Alemão (ZPO) de 1876, que entrara em vigor em 1º.10.1879, conforme anota José Carlos Barbosa Moreira em comentário breve sobre a reforma processual civil alemã. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 199.

⁶ A Itália também passou por reforma processual na década de 90, conforme registra José Carlos Barbosa Moreira. Ob. cit. p. 200.

⁷ Portugal passou por reformas na década de 90, sendo as duas principais as do DL 329-A/95, de 12 de dezembro e do DL 180/96, de 25 de setembro. Houve ainda a reforma do DL nº 183/2000 de 10 de agosto, e, a última, dos DL nº 38/2003, de 8/3 e DL 199/2003, de 10/9, principalmente o primeiro, que alteraram substancialmente o processo de execução.

dezembro de 1978 consagra no art. 24.1 c/c 117.3, como fundamental, o direito de todos os cidadãos obterem a tutela efetiva dos juízes e tribunais, não só a declaração do direito⁸, bem como a execução dos julgados⁹, como se observa em José Garberí Llobregat, invocando a jurisprudência do Tribunal Constitucional:

Como consecuencia, sin dupla, de la proclamación constitucional relativa a la potestad jurisdiccional que ejercitan los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial como potestad de <<juzgar y hacer ejecutar lo juzgado>> (art. 117.2 CE), bien tempranamente (por ejemplo, ya en la STC 1/1981) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pudo proclamar, ante la inexpresividad de la Constitución en este punto, que en el seno del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE se encontraba incluido, entre otros diversos contenidos esenciales, el también derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones *judiciales*, el cual deriva, precisamente, del término <<efectiva>> que adjetiva el derecho a la tutela jurisdiccional (v. gr. SSTC 73/2000, 197/2000).¹⁰

⁸ O Livro II (art. 248 a 516) da Ley de Enjuiciamiento Civil, de nº 1/2000 refere-se ao processo de conhecimento como declarativo. MORENO, Faustino Córdon. Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales. 9ª ed. Editora Aranzadi S/A. Navarra: 2004. p. 157.

⁹ Artigo 24 da CE. “Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales em el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”; Art. 117.3. “Artículo 117. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional em todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. MORENO, Faustino Córdon. Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales. 9ª ed. Editora Aranzadi S/A. Navarra: 2004. p. 27-28.

¹⁰ LLOBREGAT, José Garberí. El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de

Ainda na doutrina espanhola, colhe-se igual ensinamento na obra coordenada por Valentin Cortés Dominguez e Victor Moreno Catena sobre a Nova Lei Processual Civil, amparados na jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao atribuírem não só a declaração do direito, mas também a execução forçada, dimensão Constitucional.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional no se agota con el enjuiciamiento, con la decisión definitiva del proceso, declarando el derecho en el caso concreto, sino que extiende a la actividad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Porque, en efecto, el juicio jurisdiccional que estime la demanda del actor (o la reconvención del demandado), puede resultar en algunas ocasiones insuficiente para dar cumplida satisfacción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, reconoce a todos el artículo 24.1 CE ¹¹

Nessa linha, o Código de Processo Civil português de 1961, no seu art. 2º, 1, com correspondência no art. 20º, nº 4 da Constituição Portuguesa de 1976, é bem enfático ao incluir, como disposição fundamental, a garantia de acesso aos tribunais, não só o direito de obter uma decisão judicial, com a força de coisa julgada, como também a execução dessa mesma decisão, conforme se vê adiante:

A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer

enjuiciamiento civil. Espanha/Madri: Civitas, 2003. p. 57-58.

¹¹ DOMÍNGUEZ, Valentin Cortés; CATENA, Victor Moreno. (Coord.) La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ejecución Forzosa por Víctor Moreno Catena. t. IV. p. 27.

executar¹².

Relativamente à inclusão da efetividade da execução no âmbito do catálogo do direito fundamental à tutela jurisdicional, é de se lembrar as palavras de Miguel Teixeira de Sousa:

A inclusão do direito a uma tutela jurisdicional efectiva no catálogo dos direitos fundamentais é hoje bastante freqüente: lembre-se, a este propósito, o que se dispõe no artº 6º, nº 1, CEDH (cujo conteúdo constitui, por força do disposto no artº 6º, nº 2, TUE, um dos “princípios gerais do direito comunitário”), assim como o que se estabelece no artº 47º, § 1º, CDF e no artº 20º, nº 1, CRP. Esta garantia do acesso aos tribunais não se pode restringir ao processo declarativo, porque, como já foi afirmado, em referência ao artº 6º. nº 1, CEDH, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a atribuição do direito à tutela jurisdicional seria ilusória se as ordens jurídicas permitissem que uma decisão definitiva e obrigatória permanecesse inoperante em detrimento de uma das partes. Portanto, a possibilidade de executar as decisões judiciais constitui um complemento indispensável da garantia do acesso aos tribunais para a defesa dos direitos e interesses violados.¹³

Com efeito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth relacionam o acesso à justiça, e acrescentamos a justiça efetiva, como um direito humano básico. Afloram de suas palavras na obra acesso a justiça:

O acesso à justiça pode, portanto, ser

¹² BRITO, Wanda Ferraz de; MESQUITA, Duarte Romeira. Código de Processo Civil anotado. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 129.

¹³ SOUZA, Miguel Teixeira de. A reforma da acção executiva. Lisboa: Lex, 2004. p. 19-20.

encarado como o requisito fundamental – mais básico dos *direitos humanos* – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos a todos.¹⁴

Dentro dessa perspectiva de efetividade da prestação jurisdicional não se pode preterir, como acontecia em um passado recente pela doutrina, a efetividade na tutela executiva cível, cuja herança de desdém, remonta aos tempos das grandes formulações teóricas do direito processual, até mesmo dos grandes mestres peninsulares.

Com efeito, Francesco Carnelluti, embora reconheça que o processo de execução não tenha menos importância que o processo de conhecimento, também reconhece a falta de elaboração técnica da execução, como se de colhe seu pensamento, ao criticar a inferioridade técnica da execução no CPC italiano:

A verdade é que a noção de execução processual tem sido até agora muito menos elaborada que a da cognição; o processo executivo não tem de modo algum importância menor que o processo cognitivo, mas o nível a que chegaram em relação a ele a técnica e a ciência é notavelmente inferior; o que se deve ao fato de que a função processual se tem diferenciado historicamente antes em relação à cognição que em relação à execução; até pouco tempo tinha-se ignorado inclusive que o processo cognitivo e o processo executivo fossem duas espécies do mesmo gênero. Dessa inferioridade técnica ainda leva o carimbo o terceiro livro do novo Código de Processo Civil”¹⁵.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p. 12.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. I. p. 125.

Na doutrina brasileira Leonardo Greco, conquanto não único, foi quem, sem dúvida, primeiro exteriorizou preocupação aguda com a efetividade na tutela executiva cível e prenunciou a crise que se instalava, entrementes a sua grita, na execução civil. São deles as seguintes palavras, ao tratar da crise na execução:

E dentro desse universo despertou-me particular atenção o estudo do processo de execução, pois se, de um lado, a garantia da proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser progressivamente mais rápida e eficaz, para conferir concretude da maior amplitude possível ao gozo desses direitos, e se essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de fato realizem, com essas mesmas rapidez e eficácia, a entrega de bens que são reconhecidos pelas decisões judiciais, é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia.¹⁶

No centro da preocupação com a efetividade iniciaram-se movimentos de reforma no processo civil brasileiro, embora novamente relegando-se a execução a um segundo plano¹⁷, advindo as Leis 10.444/2002, 11.342/2005 e 11.382/2006, que provocaram profundas modificações na execução cível, a primeira introduziu o modelo sincrético para as obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa; a segunda, entre outros, introduziu o modelo sincrético nas execuções por quantia; e a terceira situando o devedor na verdadeira posição jurídica de vantagem, reformulou completamente a execução por título executivo extrajudicial.

Contudo, esse descaso acabou por provocar seqüelas, que

¹⁶ GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p. 6.

¹⁷ Nesse caso, na verdade, até porque questão de ordem lógica e topológica, não se poderia começar as reformas pela execução, posto que era preciso reformular as normas do processo de conhecimento.

vem se recuperando aos poucos, na mente dos operadores do direito que ainda insistem em interpretar as normas relacionadas à execução, divorciadas da idéia de efetividade na tutela executiva cível, como um direito fundamental do credor.

3. A PROTEÇÃO DO CREDOR NA EXECUÇÃO CIVIL E A POSTURA DO INTÉRPRETE FRENTE A NORMA PROCESSUAL

Diante das balizas matriciais de garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, insertos nos artigos 5º, incisos LIV e V da Constituição Federal, e mais ainda, do princípio da dignidade pessoa humana, erguido como fundamento da República, ninguém pode imaginar, de sua consciência, que a proteção do credor na execução civil seja sem limites.

De outro lado, também não se pode ignorar que, em um passado recente, mormente antes do advento da Lei 11.382/2006, a execução civil praticamente colocava o devedor, e não o credor, na posição jurídica de vantagem, invertendo-se, portanto, tais posições, impondo ao Exequente uma verdadeira agonia na satisfação do seu crédito, por vezes, diante do abuso do direito na Execução, como menciona Francisco Fernandes de Araújo.

O processo de execução civil tem constituído ao longo dos tempos um campo fértil para a prática do abuso do direito, mas, paradoxalmente, não tem tido a adequada atenção do legislador para equacionar esse mal, se comparado à sua maior preocupação com os processos de conhecimento e cautelar, com séria repercussão na morosidade da justiça, e, por consequência, na credibilidade do Poder Judiciário.¹⁸

¹⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. O abuso do direito processual e o princípio

E pior que isso era a postura do intérprete, extremamente formal, e rigorosamente condescendente com o Devedor. O formalismo exagerado no processo civil como um todo, e particularmente na execução, outrora impregnado na mente dos operadores do direito, até mesmo de muitos magistrados, tornava difícil, quiçá impossível, que a execução chegasse ao seu desfecho natural, que deveria ser único¹⁹, de concretização do seu direito já reconhecido em título executivo.

A postura atual do intérprete frente as normas processuais do processo e, particularmente na execução, deve orientar-se no sentido de buscar o equilíbrio entre o direito fundamental do credor à tutela executiva cível e as garantias constitucionais e infra constitucionais do executado, especialmente a menor gravosidade, constante do art. 620 do CPC²⁰.

Para possibilitar a realização dos valores fundamentais do credor na execução civil, é necessário a existência de meios executivos que permitam a concretude desse direito, devendo buscar o intérprete, no ordenamento jurídico vigente, as normas que tutelam a garantia desse direito consagrado no título executivo, segundo uma postura interpretativa erguida sobre três pilares, como citados por Marcelo Lima Guerra, quais sejam:

- a) O juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior

da proporcionalidade na execução civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

¹⁹ A flexão verbal no futuro do pretérito foi propositada. É que, conquanto a execução tenda para essa direção de desfecho único, de satisfação da obrigação, não raro, o desfecho é de insatisfação no plano jurídico, quando, por exemplo, não se encontra bens penhoráveis, com a frustração do Exequente no plano psicológico.

²⁰ Cassio Scarpinella fala em equilíbrio entre o princípio do resultado e menor gravosidade, o que chamou de execução equilibrada: “A “execução equilibrada” aqui examinada, destarte, não é, propriamente, um “princípio” da tutela jurisdicional executiva mas, diferentemente, um verdadeiro resultado *desejável* da esmerada aplicação, em cada caso concreto, dos princípios do “resultado” e da “menor gravosidade da execução”. (BUENO. Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. 3. São Paulo: Saraiva. 2.008. p 25).

proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.”²¹

De minha parte, tenho dúvidas acerca dessa última afirmação quando o autor refere-se aos meios ainda que expressamente vedados por lei, dado que o poder de atuação do órgão estatal incumbido de aplicação das leis, deve emanar do ordenamento jurídico vigente, preferindo-se a mudança na legislação, mormente quando se percebe, em tempos atuais, exageros interpretativos, para não dizer lacônicos, em nome da aplicação dos chamados princípios constitucionais.

Nessa direção, há uma tendência em se admitir que, diante da omissão legislativa quanto os meios executivos, o Estado-juiz faça atuar regra processual ao caso concreto, adequando o meio executivo suficiente à tutela do direito material, de modo a proporcionar a garantia fundamental da tutela jurisdicional efetiva, diante das regras dos arts. 84 do CDC e 461 e 461-A do CPC. Essa é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

²¹ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. PP. 103/104.

Os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor não só deferem ao autor a oportunidade de requerer o meio executivo que reputar adequado ao caso concreto, mas também ao juiz o poder de conceder meio executivo diverso do solicitado.²²

De qualquer modo, a direção interpretativa apontada pelos citados autores merece consideração, para não se inviabilizar a efetividade da tutela executiva, ante o apego exagerado a meras formalidades das normas que regem a execução, devolvendo-se ao credor, que possui título executivo, a posição jurídica de vantagem de que deve gozar na execução.

4. O ARRESTO CONTIDO NO ART. 653 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A SUA NATUREZA

Basicamente o Código de Processo Civil Brasileiro trata do arresto nos arts. 653 e 813. Conquanto com naturezas diferentes, ambos acabam por garantir, mediatamente, a efetividade do direito material.

Explica-se tal afirmação pelo fato de que o arresto do art. 813 ser medida cautelar, que tem por finalidade imediata a garantia de futura execução por quantia, e se converterá no futuro, conquanto se diga o contrário, em penhora, porque esse é primeiro ato processual executivo que acena para o êxito da execução por quantia.

Especificamente quanto ao arresto do art. 653 do CPC um setor da doutrina tem sustentado que se trata medida cautelar²³.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do Juiz. Execução Civil. Estudo em Homenagem ao Professor Paulo Furtado. In. Fredie Didier Jr. Coordenador. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 232.

²³ Por todos confira-se em Humberto Theodoro Junior ao se referir ao arresto do art. 653: “Após essa medida cautelar, tomada *ex officio*...” (Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. 2. Humberto. Processo de Execução – Rio de Janeiro: Forense, 2.011. p. 270).

Para uma outra orientação doutrinária trata-se de ato executivo de pré-penhora, como se vê em Araken de Assis e outros²⁴, invocando o direito processual alemão, quando assim comenta:

“Embora designe a lei de “arresto” à constrição, a oportuna providência semelha antes à penhora antecipada ou pré-penhora, regulada no direito alemão, essencialmente idênticas, ressalva feita a algumas diferenças procedimentais”.²⁵

O artigo 653 do CPC nada tem de cautelar, ao menos no sentido técnico mais apurado, porquanto não se sujeita aos pressupostos das medidas cautelares, como ocorre no caso do arresto do art. 813 do CPC, tão sedimentados na doutrina como plausibilidade do direito (*fumus bunis juris*) e perigo de dano na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*). Basta a condição objetiva de não se encontrar o devedor para ser citado, e se encontrar bens penhoráveis. É quanto basta para se admitir o arresto do art. 653²⁶.

Portanto, ao nosso sentir, o arresto constante do art. 653 do CPC, tem natureza de ato executivo²⁷, exatamente por não depender da demonstração dos mesmos requisitos do art. 813 para o seu deferimento. Aliás, nem é necessário provimento

²⁴ Fredie Didier Jr. Também comunga desse pensamento: “sem dúvidas é, em essência, simples ato executivo. (DIDIER JR. FREDIE e outros. Curso de Processo Civil. Execução. Vol. 5. Salvador: Editora Juspodivm. 2009. p. 535).

²⁵ ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 584.

²⁶ Esse é o norte cuja bússula de Araken de Assis aponta com sua precisa direção: “De acordo com o art. 653, dois são pressupostos da pré-penhora: a) a constatação da ausência do executado de seu domicílio ou residência, após as diligências habituais do oficial para localizá-lo; b) a existência visível de bens penhoráveis”. (ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Editora /Revista dos Tribunais, 2007. p. 586).

²⁷ Orientação seguida pela doutrina majoritária, como se vê em Leonardo Greco: “A doutrina majoritária, que acompanho (v. item 3.3.1., no volume I), não identifica essa providência com a medida cautelar de arresto, regulada nos artigos 813 e seguintes do Código, mas a considera ato executório de garantia...”(GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 301).

jurisdicional para sua realização²⁸. O oficial de justiça não localizando o devedor, mas localizando bens penhoráveis procede ao arresto independentemente de ordem judicial, o que não seria possível, no caso do art. 813 do CPC.

Como a penhora tem natureza de ato executivo²⁹, a despeito das opiniões em contrário, o arresto também guarda a mesma natureza³⁰, sendo mais exato, ao meu sentir, que se trata, na verdade de penhora, ou quando muito, em penhora antecipada, mas sem perder o caráter de penhora.

5. A PERMANÊNCIA DO ARRESTO NO PRAZO PARA PAGAMENTO NAS HIPÓTESES DOS ARTS. 653 E 654 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, MESMO DIANTE DA OFERTA DE BENS À PENHORA

Não obstante as mudanças na execução com as Leis 10.444/2002 e 11.342/2005, especialmente a Lei 11.382/2006, que provocou significativa reforma na execução por título executivo extrajudicial, ainda se esquece da posição de jurídica de vantagem do Exequente na execução³¹, inclusive o seu direito

²⁸ É como pensa também Leonardo Greco: “O oficial de justiça não necessita de qualquer ordem expressa do juiz para executar esse ato de apreensão de bens”. (ob. Cit. p. 302.)

²⁹ Aliás, Liebman, referindo-se à natureza da penhora, expressa pensamento semelhante: “a penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente. Tem, pois, natureza de ato executório.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. São Paulo: Mérito Editora e Comércio de Livros Ltda, 2003. P.151).

³⁰ Nesse caso, aplicam-se todas as regras relativas à penhora tais como impenhorabilidade e preferência, considerando-se realizada esta desde a ocorrência do arresto, como sustenta, entre outros, Garcia Medina que assim preconiza: “Tendo em vista que, com a conversa, considera-se a penhora realizada desde a ocorrência do arresto, a este ato executivo aplicam-se as disposições referentes à penhora”. (MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 770.)

³¹ Insista-se, porém, que não se deve relegar o direito do executado a último plano.

fundamental a efetividade da tutela executiva cível. Refiro-me especialmente às regras constantes do art. 653 e 654 do CPC.

Se nos dez dias seguintes ao arresto (art. 653, Parágrafo único do CPC) o oficial de justiça encontrar o devedor deve citá-lo, enquanto se aguarda o prazo de três dias para o pagamento (art. 652 do CPC) o arresto não fica sem efeito. Transposto o prazo sem pagamento o arresto converte-se automaticamente em penhora. O mesmo raciocínio se aplica na hipótese do Executado comparecer aos autos no curso do prazo do edital (art. 654) e se der por citado, caso em que, também se aguarda o prazo de 03(três) dias para pagamento, permanecendo o arresto e, não pago o débito, o arresto converte-se em penhora.

Essa é a melhor interpretação se dar para hipótese em comento. Deveras, a norma processual não faz qualquer menção de que o arresto perde a eficácia se o devedor for citado no curso do prazo de três dias para pagamento, nos casos dos art. 653 ou 654 do CPC. Não é isso que se colhe da redação dessas regras.

É certo que se o Devedor fosse localizado para a citação, primeiro realizar-se-ia tal ato processual e depois proceder-se-ia a penhora. Contudo, o arresto foi procedido porque não localizado o devedor. Uma vez já efetivado, não faria sentido torná-lo sem efeito só pela ocorrência da citação, até mesmo diante de possibilidades manobras para frustrar a execução.

Orientação interpretativa diversa não se harmoniza com a idéia de efetividade da tutela executiva cível enquanto direito fundamental do credor. E mais ainda, demonstra a impregnação advinda do formalismo exagerado, outrora presente no processo civil como um todo, particularmente na execução, e herança de

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa também servem de garantia ao executado, limitando a atividade jurisdicional. Comunga dessa idéia Cassio Scarpinella Bueno: “Se, de um lado, a tutela jurisdicional executiva caracteriza-se pela produção de resultados materiais voltados à satisfação do exequente, a atuação do Estado-juiz não pode ser produzida ao arrepio dos limites que também encontram assento expresso no “modelo constitucional do processo civil” (BUENO. Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. 3. São Paulo: Saraiva. 2.008. p 24).

desdém do positivismo jurídico de longínqua data, e não desejado no presente momento do direito processual, quando se busca efetividade na execução.

Mais do que isso, é importante lembrar que o credor (e não o devedor) é que goza de posição jurídica de vantagem, diante da presunção de validade daquele que detém o título executivo judicial ou extrajudicial, este quando formalmente preenchido, que lhe permite exigir determinada prestação do devedor, inclusive com a agressão ao patrimônio como consequência da sanção pelo não cumprimento da obrigação.

Se não for assim, poderá o exequente sofrer vários prejuízos, inclusive no que se refere ao marco inicial para ocorrência de eventual prelação no recebimento de crédito, nos termos art. 612, 711 e 712 do CPC, porque ao arresto do art. 653 aplica-se, no couber, as regras que regem a penhora, posto que rigorosamente a função de um outro é a mesma³², primariamente de garantia ao credor da efetividade da execução, impropriamente denominada garantia do juízo³³.

Desse modo a interpretação a se dar aos arts. 653 e 654 do CPC atualmente, frente ao direito fundamental do credor à efetividade na tutela executiva cível é que, se o devedor é encontrado no prazo decendial constante do art. 653 do CPC, é citado e aguarda-se o prazo de 03(três) dias para o pagamento, conforme a regra do art. 652 do CPC, permanecendo o arresto.

Não pago o débito no prazo de três dias, o arresto converte-se automaticamente em penhora, com o prosseguimento da execução até final expropriação, o mesmo

³² Nesse sentido é a orientação de Marcelo Abelha, invocando precedente do Superior Tribunal de Justiça, para quem: “Por tudo isso é que o arresto do art. 653 do CPC é uma antecipação da penhora, e, como tal, o direito de preferência que a penhora proporciona (art. 612) ao exequente retroagirá à data de efetivação do arresto executivo” (ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 313)

³³ Tal afirmação decorre do fato de que quem deve obter a garantia de que a execução terá êxito é o credor e não juízo, este apenas torna viável essa garantia mediante atuação do órgão estatal, pelo meio executivo adequado.

ocorrendo quando o Devedor, no curso prazo do edital constante do art. 654 do CPC, comparece e se dá por citado, sendo esta a interpretação teleológica direcionada a efetividade da execução.

Diante disso, nem mesmo quando o devedor comparece aos autos, no curso do prazo para o pagamento (arts. 652, 653 e 654 do CPC), e oferta bens à penhora, deve ser tornado sem efeito o arresto, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão vai adiante, e foi aplaudida por Araken de Assis.

Comparecendo a devedora ao juízo da execução e nomeando bens dados em garantia para serem penhorados, não há razão para a manutenção do arresto, devendo efetivar-se a penhora, permanecendo a devedora como depositária.³⁴

De fato, imagine a hipótese de o Devedor ofertar bem que nada garanta à execução, em desobediência a ordem do art. 655 do CPC, enquanto que o bem arrestado pudesse garanti-la. Nesse caso, tornado sem efeito o arresto o êxito na execução poderia sofrer sérias conseqüências.

Em casos tais, ou seja, em havendo oferta de bens, primeiro ouve-se o credor, permanecendo o arresto até a manifestação deste. Se o credor não concordar com a nomeação feita pelo devedor o arresto converte-se em penhora. Se o credor concordar com a nomeação aí sim, lavrado o termo de penhora, o arresto torna-se sem efeito.

6. O ARRESTO FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (PROJETO DE LEI 8.046/2011)

O novo CPC (projeto de lei 8.046/2011) torna claro a

³⁴ Diz ele: “por identidade de motivos, a orientação subsiste no direito vigente, subsumida na possibilidade de o executado requerer a substituição dos bens objeto da pré-penhora (art. 656). ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 587.

manutenção do arresto na pendência do prazo de três dias para pagamento, nos casos dos atuais artigos 653 e 654 do CPC, como se percebe do § 3º do art. 787 do novo CPC, ao prescrever que, aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo para o pagamento, o arresto se converterá em penhora, sem a necessidade de lavratura de qualquer termo, evidenciando, destarte, a não cessação da eficácia do arresto.

Essa interpretação além de literal³⁵, ao menos ao nosso juízo, também resulta da intenção do legislador, quando deixa claro que o arresto se converterá em penhora, mesmo diante da citação e enquanto transcorre o prazo para o pagamento da obrigação, tornando agora expresso, que o arresto efetivado não perde, ipso facto, a eficácia só pela ocorrência da citação.

Nessa direção, ou seja, não fazendo o § 3º do novo Código de Processo Civil, qualquer distinção entre as espécies de citação, entre a real; a ficta por hora certa³⁶; e a ficta por edital, não é dado ao intérprete também distinguir, inferindo-se, assim que, mesmo naqueles casos em o Executado, no curso do prazo para o edital comparece e se dá por citado, não perde o arresto a eficácia, devendo-se aguardar o prazo para pagamento, e não ocorrendo este, converte-se, igualmente, em penhora.

Assim sendo, frente ao novo CPC, ocorrendo a citação por

³⁵ Sobre a interpretação literal Larenz faz precioso comentário acerca da necessidade da linguagem no texto de lei não se afastar tanto do uso lingüístico em geral, já que o texto se dirige a todas as pessoas. Eis o comentário: “Por esta via toda e qualquer pessoa tem acesso imediato ao mundo do Direito, de que necessita para poder orientar-se num ambiente social a que, justamente, pertence também a presença da ordem jurídica. Por esse motivo, a linguagem das leis não pode afastar-se tanto do uso lingüístico geral como ocorre com a linguagem de algumas ciências”. (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenian, 1997. p. 451.)

³⁶ O novo CPC, ao contrário do atual, que é omissivo em relação à execução, agora admite expressamente a citação por hora certa, hipótese esta já admitida pela doutrina presentemente, diante não proibição expressa, conforme se vê em Alexandre Câmara: “Parece-nos perfeitamente possível a citação por hora certa no processo executivo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 17ª Ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 261).

hora certa, enquanto pendente o prazo para pagamento, não fica sem efeito o arresto. Decorrido o prazo sem o pagamento converte-se o arresto em penhora, orientação essa mais condizente com o direito fundamental do credor à efetividade na tutela executiva cível.

Na verdade deveria ser eliminada a distinção entre arresto como ato executivo e penhora, alterando-se a legislação, com mudança na redação do art. 787 do novo CPC em comento, cuja redação seria nos seguintes termos: “Art. 787. A não localização do devedor, não impedirá a realização da penhora”, indicando com isso que penhora poderia ser realizada antes, no caso de o devedor não ser encontrado mas se encontrando bens penhoráveis; ou mesmo após a citação, acaso não pago o débito em três dias nos termos do art. 786 do novo CPC.

Se houvesse a mudança de redação sugerida no caput do art. 786 do novo CPC, desnecessário também se tornaria qualquer alteração quanto a manutenção da penhora após eventual citação do devedor no prazo de 10 (dez) dias.

Ainda assim, para se dissipar qualquer dúvida, poderia o art. 787 do novo CPC, ser reformulado, introduzindo-se o § 2º com a seguinte redação: “§ 2º. Localizado o devedor no prazo mencionado no § 1º será citado, com a manutenção da penhora”.

7. PRINCIPAIS CONCLUSÕES

O acesso a uma prestação jurisdicional justa e efetiva, de modo a atender o comando inserido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, erguido como direito fundamental, só pode ser compreendido e concebido de modo integral, quando se pensa prestação jurisdicional no âmbito da cognição e execução.

Ao contrário do que ocorria em um passado recente, de desdém, a efetividade da tutela executiva cível, como extensão

do direito fundamental de acesso a justiça, ocupa, hoje, a atenção dos processualistas atuais, não só no Brasil, mas também em alguns países alienígenas tais como Portugal e Espanha, a ponto de se positivar em textos expressos tais garantias.

Essa preocupação com a efetividade processo levou a um movimento de reformas que acabaram por abarcar a execução, especialmente com o advento da Lei 11.382/2006, que reformulou quase que por completo a execução por título executivo extrajudicial.

A tendência de reforma da legislação processual, mormente em face do número crescente de demandas judiciais, na busca de um processo mais efetivo, ainda se faz presente. O projeto do novo Código de Processo Civil, iniciado sob a presidência de Luiz Fux, já foi aprovado no Senado Brasileiro sob o n 166, e agora se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados sob o n 8.046/2011.

Contudo, a reforma na legislação processual, por si só, não será suficiente para atender ao comando Constitucional de garantia de acesso a justiça. A postura atual do intérprete das normas processuais e, particularmente na execução, deve orientar-se segundo um critério que busca o equilíbrio entre o direito fundamental do credor à efetividade da tutela executiva cível e as garantias constitucionais e infraconstitucionais do executado, extraindo do ordenamento jurídico os meios executivos adequados a tutela desse direito.

Nesse norte de efetividade e considerando que o arresto constante do art. 653 do CPC tem natureza de ato executivo de antecipação da penhora, ato esse que refletirá determinantemente no êxito da execução, a postura interpretativa que deve orientar a consecução desse fim, é que o só fato da localização do Executado, com a respectiva citação, não torna sem efeito o arresto, enquanto pende o prazo de pagamento de 03(três) dias, ou quando o devedor comparece

no curso do prazo da citação por edital e se dá por citado.

As regras processuais constantes dos artigos 653 e 654 do CPC atual não impõem a perda do efeito do arresto nesses casos, no curso do prazo para pagamento, nem mesmo quando o devedor é citado e oferta bens à penhora. Além disso, essa diretriz harmoniza-se com a idéia de efetividade da tutela executiva cível enquanto direito fundamental do credor, de matriz Constitucional.

O juiz, ao interpretar as normas processuais relacionadas à execução, deve fazê-lo de forma a extrair delas um resultado que garanta proteção efetiva desse direito fundamental.

O novo CPC (projeto de lei 8.046/2011) vem a confirmar essa linha de pensamento, na medida em que, como se percebe do § 3º do art. 787, aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo para o pagamento, o arresto se converterá em penhora, sem a necessidade de lavratura de qualquer termo, evidenciando, destarte, a não cessação da eficácia do arresto, como se sustenta no presente artigo.



REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- BRITO, Wanda Ferraz de; MESQUITA, Duarte Romeira. *Código de Processo Civil Anotado*. 17ª Ed. Coimbra: Edição Almedina S.A., 2005;
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17ª Ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988;
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. I;
- CATENA, Victor Moreno. *La ejecución forzosa*. In: DOMINGUEZ, Valentin Cortés; CATENA, Víctor Moreno (Coords.). *La nueva ley de enjuiciamiento civil*. España/Madri: Tecnos, 2000. t. IV;
- DIDIER JR. FREDIE e outros. *Curso de Processo Civil*. Execução. Vol. 5. Salvador: Editora Juspodivm. 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.
- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *O Processo de Execução*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenian, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Mérito Editora e Comércio de Livros Ltda, 2003.

- LLOBREGAT, José Garberí. *El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Espanha/Madri: Civitas, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do Poder Executivo do Juiz. Execução Civil. Estudo em Homenagem ao Professor Paulo Furtado*. In. Fredie Didier Jr. Coordenador. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006;
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004;
- MORENO, Faustino Córdon. *Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*. 9ª ed. Editora Aranzadi S/A. Navarra: 2004;
- SOUZA, Miguel Teixeira de. *A reforma da acção executiva*. Lisboa: Lex, 2004.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2.011.