

**EXECUÇÃO, EMBARGOS À EXECUÇÃO
E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

Carlos Augusto de Assis*

1 A antecipação de tutela da reforma do Código de Processo Penal

Introduziu-se através da chamada Reforma Processual Civil um elemento que tende a gerar, como, aliás, já está gerando, profundas mudanças em vários setores de nosso Sistema Processual Civil. Trata-se da antecipação de tutela, prevista na nova redação dos artigos 273 e 461, do Código de Processo Civil.

Nunca é demais insistir que a antecipação de tutela em si já existia no direito pátrio, em hipóteses específicas, como no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e até mesmo em algumas medidas rotuladas de cautelar. A Reforma Processual generalizou o instituto, que passou a ser aplicável a qualquer processo de conhecimento, mediante o preenchimento de certos requisitos.

Em linhas gerais, tomando como base o artigo 273, temos que os requisitos positivos são “prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação” (*caput*), além da configuração de uma de duas hipóteses 1ª – “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I) ou 2ª “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório” (inciso II).

Somos da opinião, seguindo, nesse passo, Kazuo Watanabe (1996, p.33-34), Cândido Dinamarco (1994a, p.143) e vários outros autores, de que a conciliação entre as expressões *prova inequívoca* e *verossimilhança da alegação*, aparentemente antinômicas, se faz a partir da admissão de que o legislador exigiu um grau de cognição mais aprofundado para a concessão da tutela antecipada. Em outras palavras, não basta o *fumus boni juris* para a concessão da tutela antecipada.¹

* Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

¹ Para uma análise mais pormenorizada da questão, com indicação da posição de vários autores, veja-se o nosso *A antecipação da tutela* (2001), capítulo 4, itens 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 e 4.1.4.

Quanto ao requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, cremos haver correspondência em relação ao *periculum in mora* necessário para a concessão de medida cautelar.

Já o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório relaciona-se com a tutela do direito evidente, e deve ser entendido como algo além do que simples repressão à litigância de má-fé.² De fato, vários autores (cf. Ney Jr., 1996, p.70-71; Marinoni, 1997b, p.66-67), inspirados sobretudo na doutrina italiana, têm vislumbrado no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, uma autorização para se antecipar a tutela em hipóteses como a de falta de impugnação especificada por ocasião da contestação (à semelhança do que ocorre com relação ao “pagamento de somas não contestadas”, previsto no direito peninsular³).

Não se pode deixar de mencionar, ainda, o requisito negativo, previsto no § 3º, do art. 273, o “perigo de irreversibilidade”.⁴ Tal requisito é inerente ao próprio caráter provisório da medida antecipatória.

Destacados aqui, em brevíssimas notas, os aspectos mais relevantes para a admissão da antecipação de tutela, cabe, agora, abordar o instituto em face da execução e, em seguida, dos embargos à execução, como sugere o título deste estudo.

2 Antecipação de tutela no processo de execução

Este aspecto, o da antecipação de tutela na execução, ainda não foi suficientemente explorado na doutrina, talvez porque a tutela antecipada tenha sido criada com o intuito de servir para remediar os males derivados do retardo da prestação de tutela jurisdicional no *processo de conhecimento*.

A redação do artigo parece sugerir essa vinculação ao processo de conhecimento quando, por exemplo, fala em “prova inequívoca”,⁵ ou, no § 5º, quando se refere a “final julgamento”, que não são expressões perfeitamente adequadas ao processo de execução.

Esses dados, porém, certamente não são conclusivos.⁶ Entretanto, a doutrina, de um modo geral, quando aborda a questão, geralmente refuta a possibilidade

² A dissociação do conceito de litigância de má-fé é conveniente, sobretudo, se levarmos em consideração a tendência um tanto branda que se nota no Judiciário quanto à aplicação de suas penas.

³ Veja-se, nesse sentido, o art. 186-bis do *Codice di Procedura Civile*: “*Ordinanza per il pagamento di somme non contestate. – Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. L’ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L’ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli artt. 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.*”

⁴ Luiz Fux (1996, p.339) viu aí um excesso de timidez do legislador reformista, que praticamente tiraria a utilidade do instituto. A doutrina, porém, sabiamente, vem proclamando, desde o início, que tal vedação deve ser entendida *cum grano salis*. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a lição de Teori Albino Zavascki (1997, p.97): “a vedação do § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela”.

⁵ Como esclarece Cândido Dinamarco (1994b, p.332), no processo executivo a instrução “é composta pela efetivação dos meios executivos intermediários ou instrumentais (ao longo do procedimento), pela solução dos incidentes e das questões incidentes mediante decisões interlocutórias e até mesmo pela atividade destinada a *provar* fatos alegados nos incidentes (falsidade documental, valor da causa, incompetência relativa etc.)”. Como se pode perceber, a atividade precípua de instrução/preparação no processo executivo não é voltada à busca de prova.

⁶ Basta lembrar que, apesar de não se poder falar em “extinção do processo executivo sem julgamento do mérito, sem impropriedade”, como bem observa Dinamarco (1994b, p.156) tem-se entendido que as causas de extinção do artigo 267 são aplicáveis ao processo de execução (cf. o próprio Cândido Dinamarco, 1994b, p.155; Humberto Theodoro Jr., 2000a, p.484; Leonardo Greco, 1999, p.244).

de antecipação de tutela no processo de execução. É o que se nota, por exemplo, em Sérgio Sahione Fadel (1998, p.92):

no processo de execução em si mesmo, vale dizer, na seqüência de atos executórios que a Justiça pratica para realizar o crédito do exeqüente (seja de que espécie for), não há como se encaixar qualquer espécie de tutela antecipada.

Mesmo naquelas providências de ordem executiva que, eventualmente, o juiz possa adotar em prol da realização do crédito do exeqüente, como, por exemplo, a alienação antecipada dos bens penhorados sujeitos a deterioração ou depreciação ou quando haja manifesta vantagem, nos termos do art. 670 do CPC, não há que se pensar em decisão antecipatória fundada no art. 273.

Esta, como já reiteradamente afirmado, só tem a ver com a pretensão do autor, no processo de conhecimento, constituindo antecipação da tutela jurisdicional pretendida no pedido inicial.

Igualmente contrário à possibilidade de antecipação na execução, manifestou-se Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p.184-185):⁷

O processo de execução, por outro lado, é satisfatório por natureza (CPC, art. 612), implicando atos de constrição do patrimônio do devedor ou meios coativos (*astreintes*) conducentes à execução específica (CPC, art. 461 e parágrafos, redação da Lei n.8.952/94), a par de já ser dotado de cautelares específicas (arresto, seqüestro); de outro lado, na execução, *propriamente*, não há “sentença”, de sorte que tal processo também não parece afinado com os pressupostos e as finalidades da tutela antecipada.

E, apesar de não ser questão muito debatida nos tribunais, temos conhecimento de acórdão⁸ negando seu cabimento no processo de execução. Observe-se este excerto do voto do relator:

A antecipação de tutela é o instrumento jurídico por meio do qual o juiz, no processo de conhecimento, abrevia os efeitos de futuro – e provável – julgamento de procedência do pedido do autor, sem que isto signifique prejulgamento da lide, porque o juiz ao concedê-la realiza cognição sumária ou superficial da pretensão deduzida. Não adentra em maior profundidade na análise do mérito, apenas verifica a razoabilidade do direito postulado e sua aptidão para ser reconhecido procedente ao final.

Providência liminar satisfativa, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional permite ao titular a fruição imediata do bem jurídico perseguido, desde que presentes os pressupostos legais autorizadores da concessão da medida.

⁷ Também contrário é Antônio Cláudio da Costa Machado (1997, p.252), que afirma: “Quanto à tutela executiva, parece-nos não ser ela antecipável por duas razões: primeira, o processo de execução é provido de medidas de força desde o seu início (v.g., arts. 625, 631, 633, 643, 659, 733, § 1º, e 751, II); segunda, as medidas cautelares, como o arresto e o seqüestro, prestam-se particularmente ao resguardo da eficiência desse processo”. Igualmente, Sérgio Shimura (2000, p.182) manifesta-se em sentido contrário à possibilidade de antecipação de tutela na execução.

⁸ Publicado no *Boletim AASP*, n.2.216, de 18 a 24 jun. 2001, p.1857-1858.

Ora, não há dúvida que este novel instituto do direito brasileiro tem assento no processo de conhecimento e apenas a este se aplica. Querer empregá-lo com outras finalidades é confundir conceitos e, pior, banalizar esta medida de tamanha importância para o processo civil moderno (TRF – 3ª Região – 6ª Turma.; A.I. n.2000.03.00.038744-5 – Porto Ferreira-SP; Relator desembargador Federal Mairan Maia; j. 11.10.2000, v.u.).

Apesar da assertiva genérica presente no texto do acórdão (“tem assento no processo de conhecimento e apenas a este se aplica”), não se pode deixar de mencionar algumas peculiaridades do caso que podem ter influenciado o julgamento. Como se nota da leitura integral do aresto do qual o trecho foi extraído, o pedido de antecipação de tutela foi feito pelo executado, em sua petição de exceção de pré-executividade na qual pretendia declaração incidental de inconstitucionalidade da contribuição (salário educação) exigida pelo INSS no executivo fiscal.⁹ Talvez o resultado fosse diverso se o Judiciário, em outra situação, tivesse sido chamado a se pronunciar sobre um pedido de antecipação de tutela feito por credor exequente.

De qualquer modo, gostaríamos de deixar claro que há argumentos favoráveis à antecipação de tutela no processo de execução, que não podem ser simplesmente ignorados. Defendeu-os muito bem Marcelo Lima Guerra,¹⁰ em artigo intitulado *Antecipação de tutela no processo executivo* (1997).

Fundamentalmente, os argumentos apontados pelo professor da Universidade Federal do Ceará seriam os seguintes:

- a) no processo de execução, mormente se for considerada sua suspensão por força dos embargos, há possibilidade de se verificar o dano marginal em sentido estrito, que é o que justifica a existência de provimentos antecipatórios;¹¹
- b) o próprio legislador do Código de Processo Civil, desde o início, já previra uma modalidade de antecipação de tutela no processo de execução

⁹ Desde logo exsurge a *vexata quaestio* da possibilidade ou não de o demandado pleitear antecipação de tutela (em sentido positivo, mas tratando de processo de conhecimento, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, 1997a, p.121-122 e José Roberto dos Santos Bedaque, (2001, p.354). Já Athos Gusmão Carneiro (1999, p.52) julga “pouco compatível com o sistema admitir a AT a benefício do réu”. Além desse aspecto, há que se considerar os limites estreitos da exceção de pré-executividade, que deve ser entendida como instrumento excepcional, sob pena de se desvirtuar a própria sistemática da execução. Nesse sentido, cabe lembrar a conclusão resultante do I Encontro Nacional de Juizes Federais, realizado nos dias 10 a 12 de novembro de 1999, em Porto Alegre – RS, a respeito da matéria: “É cabível exceção de pré-executividade para alegar as matérias relativas às condições da ação e pressupostos processuais, cognoscíveis de ofício pelo Juízo, e causas extintivas do crédito que não demandem dilação probatória, sendo inadmissível o exercício do controle difuso de constitucionalidade”.

¹⁰ Além do autor cearense, também se nota a defesa da possibilidade de antecipação de tutela na execução no consagrado Athos Gusmão Carneiro (1999, p.82): “A AT não é instituto infenso ao processo de execução, tendo inclusive em vista que se aplicam ‘subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento’ – CPC, art. 598. Na execução, v.g., para *entrega de coisa certa*, baseada em título extrajudicial (ou mesmo judicial), pode-se perfeitamente cogitar o caso de demora na citação, por ausência ou táticas dilatórias do citando, configurando-se os pressupostos da AT; ou a oposição pelo executado de embargos manifestamente irrelevantes ou protelatórios, casos em que a antecipação será lícita, não obstante a disposição do art. 623, que pressupõe a interposição de embargos com conteúdo relevante”.

¹¹ Nesse ponto, não podemos deixar de lembrar que Piero Calamandrei, no seu clássico estudo (1936, p.55-56), identificava dois tipos de *pericula in mora* a demandar proteção cautelar: o de *infirmitas* e o de *tardivitas* (quando o perigo “è costituito non dal temuto venir meno del mezzo occorrenti per la formazione o per la esecuzione del provvedimento principale sul merito, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito”). Na doutrina brasileira, a tendência dominante é a de reconhecer natureza cautelar às medidas destinadas a evitar o primeiro tipo de perigo e natureza antecipatória àquelas direcionadas a proteger a parte do *dano marginal* derivado do segundo tipo de perigo. Em doutrina nacional, para um exame mais detalhado desses dois tipos de perigo, principalmente à luz das lições de Calamandrei e de Proto Pisani, veja-se José Roberto Bedaque (2001, p.169 et seq.).

- (no caso, na modalidade de execução de prestação alimentícia – artigo 732), o que demonstraria não haver incompatibilidade;
- c) a documentação necessária para se propor a demanda executória seria hábil a preencher o requisito da *prova inequívoca*;
 - d) a antecipação de tutela cumpre função de concretizar o direito fundamental ao devido processo, previsto constitucionalmente, motivo pelo qual a falta de comando infraconstitucional expresso não seria óbice à concessão da medida;
 - e) estaria presente a lacuna na lei que autorizaria a aplicação analógica do livro I, conforme expresso preceito legal (artigo 598, do Código de Processo Civil);
 - f) negar a possibilidade de antecipação de tutela na execução conduziria ao absurdo de prover o titular de um direito afirmado de tutela mais forte do que aquele que já a teve reconhecida.

Como se vê, o tema anda a merecer reflexão mais demorada da doutrina, de modo que a rejeição inicial, percebida na maioria dos autores e na jurisprudência, talvez tenha sido um pouco precipitada.

3 Antecipação de tutela no processo de embargos à execução

Já a antecipação de tutela nos embargos à execução parece oferecer menos obstáculos. Antes de mais nada, porque este tipo de processo, incidental à execução, desenganadamente tem natureza de conhecimento.¹² Ademais, estaríamos falando em antecipação de tutela em favor *do autor* da ação de embargos, o que elimina mais uma possível dificuldade.

Dessa maneira, parece forçoso reconhecer-se a possibilidade de antecipação nesse tipo de processo. Mas, para não correremos o risco de extrairmos conclusões açodadas, é oportuno meditarmos um pouco mais sobre a compatibilidade do instituto da antecipação de tutela em face da própria sistemática executiva, visto que o

¹² Cf. Paulo Lucon (1996, p.84): "Os embargos à execução constituem processo de conhecimento porquanto o embargante neles apresentará ao juiz as matérias que digam respeito à sua defesa contra a execução, quer por achar que não foram respeitadas as formas legais, quer por pretender que ocorreu extinção do crédito", com vista à obtenção de uma sentença de mérito". Na doutrina italiana, em relação ao similar instituto da *opposizione all'esecuzione*, as lições da doutrina encaminham-se no mesmo sentido: "*Chi subisce in concreto l'esecuzione nella posizione di debitore (sia che tale veste risulti o non dal titolo esecutivo) è legittimato a contestare il diritto del creditore a procedere, instaurando un autonomo processo di cognizione denominato 'opposizione all'esecuzione'*" (Comoglio, Ferri & Taruffo, 1995, p.759). Especificando um pouco mais, Humberto Theodoro Jr. (2000a, p.394) afirma que os embargos do devedor têm natureza de *ação de conhecimento constitutiva*. No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos (2000, p.400-401): "De conseguinte, os embargos têm o caráter de ação pela qual o devedor formula uma pretensão consistente na anulação da execução ou no desfazimento ou restrição da eficácia do título executivo. Trata-se, portanto, de uma *ação constitutiva*, visto destinar-se à *desconstituição* da relação processual da execução ou da eficácia do título executivo. Por exceção, os embargos de retenção por benfeitorias têm o caráter de *ação condenatória*". Quanto a este aspecto (caráter constitutivo), entretanto, não há uniformidade na doutrina. Vicente Greco Filho (1997, p.106), por exemplo, sustenta que os embargos são "uma ação, que, dependendo da matéria alegada, tem a natureza de ação constitutiva negativa (desfaz o título) ou declaratória negativa (declara a inexistência da relação jurídica que o título aparenta documentar)". No mesmo diapasão, defende Paulo Lucon (1996, p.143-144) que: "o escopo do processo de embargos à execução será diverso, dependendo da matéria alegada pelo embargante. Assim, a sentença de mérito que os extingue terá a natureza constitutiva negativa, se o provimento jurisdicional postulado desfizer o título executivo, tal como na hipótese de falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, e se o processo correu à revelia do réu, ou natureza declaratória, se o provimento jurisdicional declarar a inexistência ou os exatos limites da relação jurídica de direito material que o título aparenta documentar. Poderá ser também declaratória de uma situação de ausência de uma das condições da ação no processo de execução, ou desconstitutiva, no caso da presença de algum vício relacionado à matéria processual".

processo de embargos, embora autônomo, está intimamente ligado ao processo de execução, tendo em vista sua finalidade de desconstituir o título que lhe serve de supedâneo ou, eventualmente, de atingir a própria obrigação nele expressa.

Será que a admissão da antecipação de tutela nos embargos prejudicaria ainda mais a já tão abalada efetividade do processo de execução? Haveria compatibilidade?

Tecnicamente falando, repetimos, não vemos como recusar a aplicação. E, com relação ao apontado receio de prejuízo da efetividade da execução, a resposta está na justa ponderação dos valores envolvidos, com obediência aos critérios legais para antecipação, muito particularmente o da cognição mais aprofundada do que a de mera verossimilhança.¹³

Nesse sentido, a antecipação serviria justamente para promover o tão desejado equilíbrio (entre efetividade da execução e a necessidade de evitar ônus excessivo ao demandado) na execução. Poderíamos até lembrar, nessa oportunidade, o que ocorre com a chamada exceção (*rectius*: objeção) de pré-executividade. É claro que seria totalmente indesejável permitir-se com largueza desmesurada que o devedor fizesse sua defesa no próprio processo de execução, sem prévia penhora e sem necessidade de embargos. Tem-se reconhecido, porém, igualmente que seria desarrazoado exigir que o executado tivesse que sofrer o pesado ônus da penhora e promover embargos para apontar, por exemplo, a falta de uma das condições da ação executiva ou de pressuposto processual que o juiz desde logo e de ofício poderia ter verificado, extinguindo o processo.

Não é fora de propósito supor, aliás, que muitas das situações que em tese autorizariam a oposição de exceção de pré-executividade poderão ensejar pedidos de antecipação de tutela, caso os óbices à execução tenham sido argüidos em sede de embargos.

O último aspecto a se considerar, para a verificação da admissibilidade ou não da antecipação nos embargos, diz respeito ao tipo de tutela que se pretende obter nos embargos à execução. Seria ela antecipável?

Para responder a essa indagação, devemos nos lembrar do que foi dito anteriormente quanto ao caráter constitutivo (ou declaratório) da ação de embargos à execução. Assim, somos obrigados a tocar, ainda que de leve, na controvertida questão da antecipação de tutela nas ações declaratórias e nas constitutivas.

O problema é basicamente o seguinte. O próprio conceito de tutela implica resultado,¹⁴ idéia que, no caso, é reforçada pela redação do artigo 273 que fala em antecipar “efeitos da tutela”. E quais os efeitos que se pode pensar em antecipar?

¹³ É por isso que, na prática, será muito difícil a ocorrência de hipótese que autorize a antecipação de tutela em embargos à execução fundada em título executivo judicial. Como explica Cândido Dinamarco (1994b, p.460), com habitual proficiência, há graus de probabilidade da existência do crédito conforme o tipo de título executivo: “O maior grau de probabilidade da efetiva existência do crédito no momento da execução é aquele trazido pela sentença condenatória civil passada em julgado e demais títulos judiciais. Por isso é que se lhe dá a qualificação de *título executivo por excelência*. Nos extrajudiciais e mormente naqueles que não incluem declaração de reconhecimento de débito, essa probabilidade é menor”.

¹⁴ Sobre conceito de tutela jurisdicional como resultado da atividade jurisdicional, veja-se o estudo de Cândido Dinamarco intitulado *Tutela jurisdicional* (1996).

Naturalmente, os efeitos executivos de um modo geral (aí incluídos os mandamentais), uma vez que a certeza jurídica proporcionada pelos provimentos declaratórios e constitutivos não se coaduna com a provisoriedade inerente à antecipação de tutela.¹⁵

Nada impede, porém, segundo pensamos, que sejam antecipados alguns efeitos práticos que a sentença de procedência traria. Nesse sentido, é lapidar a lição de Kazuo Watanabe (1996, p.35):

em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos constitutivos e declaratórios, deverá o juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, em vez de antecipar desde logo o provimento desconstitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns dos efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc.

Aplicando essas lições ao nosso tema específico, temos que não se poderia desconstituir provisoriamente o título executivo (ou declarar insubsistente a obrigação nele expressa) através de uma antecipação de tutela no processo de embargos. É certo, porém, que alguns efeitos práticos decorrentes da eventual procedência dos embargos seriam antecipáveis.

Na doutrina, especificamente sobre a antecipação em embargos à execução, verifica-se o posicionamento favorável de Sérgio Sahione Fadel (1998, p.93), que afirma poder

ter aplicação e utilidade práticas para o devedor-embargante se ele, eventualmente, estando a ser executado, tiver necessidade de afastar a aparente inadimplência, como se, por exemplo, lhe estiver sendo negado crédito em estabelecimento bancário ou impedido de participar de licitação já aberta.

Em termos jurisprudenciais, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ já teve oportunidade de se pronunciar sobre a admissibilidade de antecipação de tutela em embargos à execução, e o fez no sentido afirmativo:

Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Embargos do devedor à execução. Antecipação de tutela.

¹⁵ Como esclarece Ovídio Baptista (*A "antecipação" da tutela na recente reforma processual*, p.132), "o juiz não poderá, em decisão liminar, declarar 'provisoriamente' procedente a ação, pois a declaração provisória, *em si mesma*, não tem qualquer utilidade processual, do mesmo modo não poderá o provimento liminar, por exemplo, numa ação constitutiva, anular o contrato; ou decretar a separação do casal, numa ação de separação litigiosa". Cumpre observar, porém, que este entendimento não é unânime. Veja-se, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni (1997b, p.273): "chegamos à conclusão, contrária à doutrina dominante, que não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou declaração fundada em cognição sumária".

¹⁶ Nesse caso, aparentemente, o principal obstáculo aventado pela parte exequente seria o da inadequação da antecipação de tutela para o objetivo visado, que ensejaria eventual processo via cautelar. A esse argumento respondeu a Ministra Nancy Andrighi: "O pedido de antecipação total da tutela, nos embargos do devedor, liga-se ao pedido de desconstituição do título executivo extrajudicial em que se funda a execução. Ora, se o título no julgamento dos embargos restar efetivamente desconstituído, um dos efeitos consequenciais dessa desconstituição reside na retirada do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes, considerando a eliminação do mundo jurídico do título que assegura tal providência. No caso sob julgamento, o devedor requereu a tutela antecipada parcial, porque exclusivamente relativa ao pedido medlato consequencial, qual seja, o da retirada de seu nome dos cadastros de inadimplentes".

É cabível o pedido da antecipação de tutela em sede de embargos do devedor para pleitear a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes (SPC, Serasa), porque integra o pedido mediato, de natureza consequencial (Agravo no Agravo de Instrumento n.226.176 – RS; 3ª Turma, tendo como relator o ministro Nancy Andrighi, v.u., j. 19.12.2000, publicado no *DJ* de 2.4.2001).

De nossa parte, entendemos ser possível antecipar a tutela no processo de embargos, até mesmo para desconstituir a penhora realizada. Em hipóteses excepcionais, sem dúvida. Mas não é difícil pinçar da realidade de nossos pretórios situações em que só a antecipação de tutela desconstituindo a penhora e liberando o bem da constrição irá evitar prejuízo irreparável (artigo 273, I) ou coibir com eficiência o abuso do direito de defesa (artigo 273, II).

Vejamos o caso, por exemplo, de a Fazenda Pública, em execução fiscal contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, incluir no pólo passivo sócio que nunca participou da administração e sobre o qual não pesa nenhuma evidência de prática de ato ilícito ou violação de contrato social.¹⁷ Ainda que os embargos sejam julgados procedentes em tempo recorde, o executado permanecerá com a injusta constrição sobre seu bem por um longo tempo, até o advento da decisão de segundo grau.

Durante o período de espera, é perfeitamente possível que o executado se veja na premente necessidade de vender o bem objeto de penhora, por exemplo, ante a despesas com tratamento médico (artigo 273, I). Igualmente, é possível que a impugnação apresentada pela exequente se revele totalmente despida de fundamento, caracterizando o abuso de que trata o artigo 273, II. Num caso ou no outro, estando presentes os demais requisitos da antecipação de tutela,¹⁸ a sua aplicação é de rigor.¹⁹

Não é demais observar, todavia, que o requisito negativo da antecipação (“perigo de irreversibilidade”) poderá, em muitos casos, representar efetivo óbice à concessão da medida.²⁰ Mais uma vez lembramo-nos de que essa proibição, mormente na hipótese do inciso I, do artigo 273, pode ser relativizada para não se inviabilizar o instituto.²¹

¹⁷ A ocorrência de tal situação não é incomum. A doutrina e a jurisprudência têm reiteradas vezes se manifestado no sentido de que tal inclusão é abusiva. Veja-se, nesse sentido, as considerações doutrinárias e os julgados, inclusive do STF, referidos por Humberto Theodoro Jr. (2000b, p.38-40). Para uma visão ampla da jurisprudência a respeito, é útil, também, a consulta aos julgados indicados por Amador Paes de Almeida (2000, p.180-200).

¹⁸ A configuração dos requisitos da antecipação de tutela no processo de embargos não deverá ser tão freqüente, na prática, considerando-se a relativa certeza proporcionada pelo título executivo. Não é por acaso que o exemplo figurado trata de situação em que a execução não só era fundada em título executivo extrajudicial (menor probabilidade de existência do crédito, como vimos na nota 13), mas também certidão da dívida ativa da Fazenda Pública, que é, no dizer de Araken de Assis (1996, p. 142), um título “destacado pela anormal circunstância de ser criado unilateralmente, embora em atividade administrativa vinculada, pelo credor [...]”.

¹⁹ Somos da opinião de que, apesar do art. 273 empregar o termo “poderá”, não há discricionariedade do juiz na aplicação do Instituto da antecipação de tutela. Nesse sentido, é interessante conferir as minuciosas considerações de Teresa Arruda Alvim Wambler (1997, p.531) sobre a suposta discricionariedade judicial, particularmente sua conclusão de que “nada há de discricionário na decisão através da qual o magistrado concede, ou não concede, a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada ou de parte deles”.

²⁰ Isso, de certa forma, atua como um temperamento para que a concessão de antecipação não provoque um desequilíbrio na execução. Também como forma de preservar os interesses do exequente, deve-se lembrar de que a liberação provisória da constrição não afasta a aplicação do artigo 593, II, do Código de Processo Civil, caso a hipótese ali compendilada venha a se verificar.

²¹ A doutrina vem propugnando pela aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de o perigo de irreversibilidade ocorrer tanto na concessão como na negativa da antecipação. Lembramos que o princípio da proporcionalidade tem assento no Direito brasileiro como parte do conteúdo do devido processo legal (cf. nosso *A antecipação da tutela*, 2001, capítulo 1, item 1.7).

4 Conclusões

O tema em pauta nos sugere ponderadas reflexões. Uma visão equilibrada da execução deve impelir o intérprete a buscar soluções para promover a efetividade da atividade juris-satisfativa, sem olvidar as garantias que permitam a defesa do demandado. A abertura do sistema propiciada pela generalização da antecipação de tutela faz surgir novos caminhos que irão favorecer essa busca. Quanto ao resguardo e proteção do demandado, temos que a sensata observância dos requisitos positivos e do negativo previstos no artigo 273 serão suficientes para este mister.

Por outro lado, a mesma perspectiva isonômica nos obriga a voltar os olhos para a situação do embargante. Se do ponto de vista estritamente técnico a antecipação nos embargos oferece menores dificuldades, a idéia de prover o executado de meios mais eficazes de obstar a execução pode parecer um tanto perigosa em tempos como o atual, quando se fala, e com razão, de crise do processo de execução. Mas, sempre é bom lembrar-nos de que, da mesma forma que devemos nos preocupar com a efetividade da execução legítima, também devemos nos empenhar em coibir, com igual efetividade, a execução manifestamente ilegítima.

É considerando essas premissas que sugerimos a reflexão. O entendimento ora esposado, no atinente especificamente à antecipada desconstituição da penhora, poderá, à primeira vista, soar atentatório à própria sistemática da execução, eis que, na prática, o executado estaria se defendendo sem o juízo estar garantido. Mas, perguntamos, não é justamente isso que ocorre no caso da exceção de pré-executividade, que vem sendo admitida pelos nossos tribunais? E será que devemos nos prender de forma tão absoluta à garantia do juízo, quando sabemos que uma das modalidades de execução, a de obrigação de fazer e não fazer, não a exige? Ou será que devemos, mesmo na execução por quantia certa, considerar absoluta tal exigência quando se sabe que a própria jurisprudência (em hipóteses excepcionais, é verdade) a mitiga?²²

O Direito, assim como a vida, é avesso a soluções radicais. Não se nega que a sistemática da execução por quantia certa exige, em princípio, a garantia do juízo para que o executado se defenda. Tal regra, porém, não é absoluta, como demonstra a exceção de pré-executividade. Segundo entendemos, a antecipação de tutela, aplicada com equilíbrio e cautela, pode, na prática, acabar por produzir efeito semelhante. É mais uma das inúmeras possibilidades abertas pela nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²² Referimo-nos especificamente à admissão de embargos sem garantia do juízo quando o devedor não possui bens penhoráveis (cf. julgados indicados por Theotonio Negrão, 2000, p.734-745, em nota 3a ao artigo 737).

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996.
- ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgência*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádova: Cedam, 1936.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Mulino, 1995.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1994a.
- _____. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994b.
- _____. Tutela jurisdicional. *RePro*, n.81, p.54-56, jan./mar. 1996.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998.
- FUX, Luiz. *Tutela da segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3.
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.1.
- GUERRA, Marcelo Lima. Antecipação de tutela no processo executivo. *RePro*, n.87, p.22-31, jul./set. 1997.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MACHADO, Antônio Cláudio das Costa. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.184-185.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997a.
- _____. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997b. p.273.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997c. p.66-67.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NERY JR., Nelson. *Atualidades em Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 19 ed. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3.
- SHIMURA, Sérgio. Problemas relativos à Fazenda Pública, tutela antecipada e execução provisória. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coords.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.102.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "antecipação" da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.132.

- THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 20 ed. São Paulo: LEUD, 2000a.
- _____. *Lei de Execução Fiscal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000b.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997. p.531.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.33-35.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

