

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR/UFES
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E
SUA NATUREZA DE DIREITO MATERIAL**

**VITÓRIA
2016**

ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E
SUA NATUREZA DE DIREITO MATERIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual Civil.

Professor-orientador: Rodrigo Reis Mazzei

Linha de Pesquisa: Técnica Processual e Tutela dos Direitos: o Processo como método de realização e efetivação dos direitos.

**VITÓRIA
2016**

ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E
SUA NATUREZA DE DIREITO MATERIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual Civil.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro interno

Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan
Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Membro externo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar gostaria de agradecer ao professor Rodrigo Mazzei, que sempre se mostrou muito amigável e atencioso, desde o momento que cursei minha primeira matéria como aluno especial do mestrado da UFES. E talvez, seja por meio dele como pessoa, e não “apenas” como professor que fique o meu maior aprendizado.

Ao professor Marcelo Abelha que devido à sua disciplina relativa à execução proporcionou um amadurecimento e segurança para eu pudesse desenvolver o tema.

Ao professor Claudio Madudeira que fez valiosas considerações quando compôs a banca de dissertação.

Aos meus muitos amigos que consegui nesse mestrado.

Aos meus pais que, como advogados, sempre estiveram dispostos à prestar auxílio na construção de ideias.

E por fim, à Marcela pela ajuda, carinho e compreensão.

RESUMO

Trata-se da análise sobre a natureza jurídica de direito material responsabilidade patrimonial. O estudo parte da distinção entre direito material e processual, a qual após exame da doutrina norte-americana, infere-se que os critérios distintivos comumente utilizados não são suficientes e se conclui que a responsabilidade patrimonial possui elementos que o identificam com o direito material. Outrossim, considerando uma virtual distinção entre direito material e processual é realizada uma análise acerca da existência da responsabilidade patrimonial na estrutura da relação obrigacional. Tendo em vista a existência de direitos do credor em relação ao patrimônio do devedor, tais como o poder de ajuizar medidas conservativas do patrimônio do devedor, tal como ação cautelar de arresto, e ainda considerando o princípio da autonomia privada que permitiria, em tese, credor e devedor realizar convenção objetivando ampliar ou reduzir a responsabilidade patrimonial, concluiu-se que a responsabilidade patrimonial é instituto de direito material, sendo que o processo apenas o individualiza o substrato material, confere aplicação concreta às regras previstas no direito material e pelas quais o credor é autorizado a exercitar a expropriação judicial dos bens do devedor.

Palavras-chave: responsabilidade patrimonial; obrigação; processo; substância; ação executiva.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	09
2 – DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO.....	11
2.1 – INTRODUÇÃO	11
2.2 – O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	11
2.3 – O DIREITO FUNDAMENTAL À EXECUÇÃO FORÇADA.....	13
2.4 – O DIREITO À PROTEÇÃO A UM PATRIMÔNIO MÍNIMO.....	18
2.5 – O DIREITO DE PROPRIEDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	20
2.6 - A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	25
2.7 – A NECESSIDADE DE DESBUROCRATIZAÇÃO E TRANSPARÊNCIA.....	32
2.8 – A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	34
2.9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
3 – A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL... 38	
3.1 – A IRRELEVÂNCIA DA LOCALIZAÇÃO DAS NORMAS PARA A DEFINIÇÃO DE SUA NATUREZA JURÍDICA.....	38
3.2 – A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....	42
3.3 – TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO	47
3.4 – A AUTONOMIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	50
3.5 – DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL	52
3.5.1 – Distinções tradicionais	52

3.5.2 – O desenvolvimento da dicotomia entre substância e processo	55
3.5.3 – O caso Erie Railroad Corporation v. Tompkins (1938).....	59
3.5.4 – O caso Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Corporation....	62
3.5.5 – Antinomia, dicotomia e a busca por um critério distintivo	66
3.6 – CONCLUSÃO	72
4 – A OBRIGAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL	75
4.1 – INTRODUÇÃO	75
4.2 – ESTABELEENDO PREMISSAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE	75
4.2.1 - Ajoeirando a responsabilidade	78
4.3 – O ASPECTO ECONÔMICO DAS OBRIGAÇÕES	81
4.4 – A COMPOSIÇÃO NO VÍNCULO OBRIGACIONAL	85
4.4.1 – Evolução e colocação do problema	85
4.4.2 – A evolução da responsabilidade no contexto das obrigações	87
4.4.3 – Corrente processualista ou publicista	89
4.4.4 – A corrente privatista ou dualista	94
4.5 – O PODER DE GESTÃO PATRIMONIAL DO CREDOR	97
4.6 – DO PATRIMONIO SEPARADO	102
4.6.1 – O patrimônio como condição para a realização e manutenção do negócio jurídico.....	104
4.7 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO SUBSTRATO MATERIAL DO PROCESSO EXECUTIVO	106
4.8 – CONCLUSÃO	112
5 - A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO..	113
5.1 – O PAPEL DA RESPONSABILIDADE NO PROCESSO EXECUTIVO.....	113

5.2 – A RELAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E PENHORA ...	114
5.3 – A NORMATIZAÇÃO DA PENHORA COMO EXPEDIENTE PARA REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL	117
5.4 – A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA PENHORA	121
5.4.1 – O exemplo da impenhorabilidade do bem residencial	123
5.5 – A EXCLUSÃO DOS BENS DA EXECUÇÃO PELA IMPENHORABILIDADE ..	126
5.6 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL SECUNDÁRIA	127
5.6.1 – A inutilidade da classificação	127
5.6.2 – As hipóteses previstas nos incisos I a VI do artigo 790	130
5.7 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS PESSOA JURÍDICA E DOS SÓCIOS E DIRETORES	132
5.7.1 – A formação da personalidade jurídica autônoma	132
5.7.2 – A autonomia patrimonial da pessoa jurídica	134
5.7.3 – A mera responsabilização do dirigente	136
5.7.4 – Desconsideração da personalidade jurídica	138
5.7.5 – O tratamento constitucional da autonomia da personalidade jurídica	141
5.7.6 – A legislação e jurisprudência acerca da aplicação da <i>disregard doctrine</i>	143
5.7.7 – A extensão da responsabilidade da pessoa jurídica	147
6 - AS CONSEQUÊNCIAS DA DESCARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO NORMA DE DIREITO PROCESSUAL	150
7 – CONCLUSÃO	155
8 – BIBLIOGRAFIA	158

1 – INTRODUÇÃO

Como o devedor responde pela obrigação? Assim poderia ser resumido o objeto deste trabalho. É esta a pergunta que se coloca quando se faz a análise da responsabilidade patrimonial. Em razão de na pergunta conter a ideia de responsabilidade, faz-se necessária a sua análise, principalmente quando ela surge e como ela se desenvolve. Precisamente há que se estudar o que é a responsabilidade, pois do contrário não se consegue situá-la no plano do direito.

Uma resposta possível, embora um pouco ampla, é que o devedor responde pela obrigação com seu patrimônio. Por isso, o estudo do patrimônio é de importância assemelhada ao da responsabilidade.

A junção da responsabilidade e patrimônio é que se encontra o foco do trabalho. Tem-se então na responsabilidade patrimonial o objeto do estudo. E a partir da análise do instituto, objetiva chegar a conclusão sobre sua natureza jurídica: substância, processo ou bifronte.

O tema não se reveste apenas de interesse acadêmico, mas de importante aplicação prática, uma vez que se entendendo que as regras decorrentes de responsabilidade patrimonial sejam consideradas de direito material acarretar-se-á alterações na questão relativa à retroatividade. Como a lei material aplica-se imediatamente respeitando-se as relações jurídicas constituídas no passado, ou seja, as novas normas materiais não se projetam sobre os efeitos das relações jurídicas constituídas anteriormente à sua vigência. A lei processual, por outro lado, é comumente aplicada de maneira imediata inclusive para os processos em curso, alterando desse modo as relações jurídicas processuais.

Desse modo, a norma sendo considerada de direito material, faz que com os sujeitos da relação jurídica de direito material constituída anteriormente à vigência da nova lei, fiquem protegidos da incidência desta, o que não ocorre que na relação jurídica processual.

Tendo em vista que se busca promover uma classificação da responsabilidade patrimonial enquadrando-a dentro do direito processual ou do direito material, o primeiro desafio seria encontrar uma base segura para que se possa estabelecer a classificação. Ou seja, seria necessário que se fixasse com segurança o que é direito material e o que é direito processual.

Todavia, como se verá ao longo do trabalho, os critérios distintivos são fluidos, não sendo possível encontrar um critério abstrato seguro para diferenciar o direito material do direito processual.

Utilizando de estudos realizados principalmente pela doutrina estadunidense sobre distinção entre direito material e direito processual, perquire-se se a responsabilidade patrimonial se encaixa com perfeição em um dos dois ramos. Escorando-se na teorização acerca da relação do direito material com o processo daquele país é possível observar a natureza material da responsabilidade patrimonial.

Mesmo obtendo uma resposta satisfatória sobre a natureza material da responsabilidade patrimonial, aprofunda-se no embate com a doutrina italiana sobre a questão da existência da responsabilidade patrimonial no seio da estrutura obrigacional, ou melhor, se na relação obrigacional estaria inserida a responsabilidade patrimonial. O diálogo se mostra importante pelo fato de que se pretende observar a responsabilidade patrimonial também sob a ótica de quem entende a relação entre direito e processo como um fenômeno mais estanque.

Para tanto, não se levou em consideração o resultado obtido da análise da relação processo-substância no posterior estudo da responsabilidade patrimonial. Assim, a ideia era de que a conclusão da natureza material da responsabilidade patrimonial fosse encontrada de forma independente, sendo irrelevante o ponto de partida.

Outrossim, estuda-se a responsabilidade patrimonial tendo em vista o direito do credor, e ainda como obrigação e direito do devedor sob a ótica constitucional, bem como promove a ideia da responsabilidade do devedor como algo atávico à própria natureza do indivíduo. Visualiza-se o processo como método de realização e efetivação de direitos constitucionais. O direito do credor em satisfazer por meio da responsabilidade do devedor o seu crédito, e o direito do credor, com base no mesmo fundamento de ter respeitado um patrimônio mínimo.

2 – DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO

2.1 – INTRODUÇÃO

O tema objeto do trabalho, além da investigação da natureza da responsabilidade patrimonial, circunda algumas questões de estatura constitucional, onde para o entendimento da execução civil, e mormente da responsabilidade patrimonial, sob a ótica constitucional, faz-se necessário algumas digressões.

No processo ou fase de execução não se aplica os mesmos princípios constitucionais do processo de conhecimento. Pela sua peculiaridade da anterior existência da certeza do crédito (ou do direito) o processo executivo apresenta uma atividade diversa do processo de conhecimento. Enquanto a normatização do processo de conhecimento visa deixar as partes em pé de igualdade para descobrir a verdade, processo de execução teria por finalidade principal a satisfação do credor, onde não haveria necessidade de se estabelecer igualdade de armas.

Conforme se pode deduzir, diferentemente do processo de conhecimento onde as regras processuais podem beneficiar ou prejudicar ambas as partes (v.g. ampliação de prova, prazos etc), no processo de execução a regulação acarretará benefício para um e prejuízo para outro. Ao se aumentar as medidas constritivas o patrimônio do devedor ficará mais “desguarnecido”, e ao limitar a sujeição patrimonial, como para estabelecer um patrimônio mínimo, o credor terá seu direito de crédito dificultado.

O fato de se exigir um crédito já constituído, considerando a ordem constitucional vigente, não pode levar a conclusão de desrespeito a garantias mínimas ao devedor. Por outro lado, ao se estabelecer garantias ao devedor, não se deve olvidar que o exequente é o detentor do direito de crédito.

2.2 – O DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade nem sempre foi dotado dos atuais contornos jurídicos do que se pode deparar na atualidade. O conceito de direito de propriedade, mormente propriedade privada, e

do que poderia ser apropriável nem sempre foi unânime entre os povos no decorrer do tempo.

Segundo o historiador Fustel de Coulanges, para os antigos povos tártaros (vivendo atualmente em sua maior parte na Rússia), a propriedade era aceita para rebanhos, mas não para a terra. Da mesma maneira os povos germânicos e eslavos, onde em seu sistema “legal” a pessoa seria dona de sua colheita, porém não da sua terra. Contrariamente, na Grécia e Itália antiga admitia-se a propriedade privada do solo¹.

No tocante à esses dois últimos povos, a sociedade era fundada e solidamente estabelecida em três elementos: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade. Essas três coisas tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e foram inseparáveis. Tal fato decorria porque partia da ideia de que a propriedade privada “fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; era sua propriedade exclusiva”.²

Estando a concepção de propriedade privada atrelada à religião, ou seja, à adoração dos deuses do lar familiar, havia uma ligação entre a terra e o sangue, uma vez que somente a família participava do culto aos antepassados, o que visava restringir o acesso de terceiros aos cultos, dando origem às delimitações de cada propriedade, seja através de cercas, muros ou fossos. A propriedade privada da terra, nos costumes dos povos que a admitiam, era ligada ao culto dos mortos. A família enterrava os mortos não em cemitérios, mas no próprio campo de sua propriedade, assim dentro de seus limites territoriais celebravam seus antepassados.³

A propriedade tinha uma conotação religiosa que impedia ou dificultava a livre disposição e por consuetudinária a sua expropriação. Conforme o citado autor naquelas sociedades antigas era “mais fácil escravizar um homem, que tirar-lhe o direito de propriedade, que pertence mais à família do que a ele próprio; o devedor é posto nas mãos do credor; sua terra, de algum modo, segue-o na escravidão. O patrão que usa em seu proveito das forças físicas do homem, usufrui também os frutos da terra, mas não se torna proprietário da mesma. Tanto o direito de

¹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Trad. Frederico O. Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas. 2006. p. 87.

² COULANGES, Numa Denis Fustel de. *op. cit.* p. 88.

³ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. Evolução Constitucional da Propriedade. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. 2011, pp. 713 - 740. p. 720.

propriedade é inviolável, e superior a tudo”.⁴

Por isso não era de se estranhar nos primórdios do direito romano permitir-se que a responsabilidade pela dívida recaísse sobre outros membros da família do devedor. Não só o devedor respondia com seu corpo, mas também os outros membros da família. Fato que somente se alterou com a *Lex Poetelia Papiria*.⁵

É possível concluir que o direito à propriedade privada foi perdendo seu caráter religioso à medida que o direito do crédito, ou direito de exigir as obrigações foi “patrimonializando”, deixando de recair a prestação sobre o devedor, e passando para seu patrimônio e sua propriedade. Com o passar do tempo, não seria um exagero dizer, que, em virtude da alteração do entendimento o direito de propriedade privada, o sistema permitiu a transformação da execução corporal em execução patrimonial onde passou a figurar a propriedade imóvel como garantia pelo débito.

É interessante esse aspecto no âmbito do presente trabalho em razão de que com a alteração do entendimento sobre a propriedade privada, a responsabilidade pelos débitos, responsabilidade patrimonial, ganhou novos contornos, trocando a incidência no corpo do devedor e de sua família, para seu patrimônio como um todo.

2.3 – O DIREITO FUNDAMENTAL À EXECUÇÃO FORÇADA

A Constituição da República, a exemplo de outras normas constitucionais estrangeiras⁶⁷ estabelece o direito à propriedade privada como direito fundamental do indivíduo. No regramento constitucional brasileiro o direito à propriedade vem logo no *caput* do artigo 5º onde dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. *op. cit.* p. 104.

⁵ SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 3, p. 165-181, 2013. p. 172

⁶ Constituição da República Portuguesa. Artigo 62: 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

⁷ Constituição dos Estados Unidos. Quinta Emenda: Ninguém poderá “nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade*". Mais adiante, no inciso XXII do mesmo artigo diz-se que "é garantido o direito de propriedade". E já no título sobre a ordem econômica e financeira a Carta Magna informa que um dos princípios da ordem econômica é a propriedade privada.

Não há expreso na Constituição da República um dispositivo acerca do direito do credor em expropriar os bens de seus devedores. Todavia estabelece-se a garantia no artigo 5º de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (LIV).

Pela letra do dispositivo, a garantia do devido processo é para aqueles que poderão sofrer privação da liberdade e de seus bens, em outros termos: o acusado de crime e o indigitado devedor. Sobre o devido processo Canotilho aponta que historicamente "seria o complexo de actos situados entre o momento inicial de comparência e juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão".⁸ Esclarece que o devido processo legal originalmente foi concebido como garantia criminal e que o processo devido seria o "processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: due process equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves".⁹

O devido processo legal (formal) refere-se somente ao seu aspecto procedimental¹⁰. Se observado as normas procedimentais, assegurando-se a ampla defesa, contraditório e demais garantias oferecidas pelo sistema processual estaria observado o devido processo legal. E frise-se que uma das garantias processuais ofertadas aos contendores, pelo menos em tese, é a possibilidade de influir no julgamento da lide¹¹ (que se perfaz por meio do contraditório). De que seus argumentos devem ser levados em consideração na decisão judicial.

Tal princípio, principalmente em razão da mitigação do contraditório¹², possui uma aplicação

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7a. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 493.

⁹ CANOTILHO. *op. cit.* p. 493.

¹⁰ MARIOTTI, Alexandre. Princípio do devido processo legal. 2008. 132f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2008. p. 14.

¹¹ Esse direito do jurisdicionado oriundo do princípio do devido processo legal veio expreso no Código de Processo Civil de 2015 quando dispõe que não se considera fundamentada a decisão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (Artigo 489, § 1º, IV)

¹² ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 07.

menor no processo de execução. Isso porque a tutela promovida no processo de execução e na fase de cumprimento de sentença é guiada pelo que a doutrina alcunha de princípio do desfecho único. A especificidade decorre do fato de o processo de execução ter o objetivo único de satisfazer o direito do exequente. Na execução não se discute quem tem razão, se o autor ou se o réu, “busca-se apenas a satisfação do direito, sendo, portanto, impossível uma improcedência¹³ do pedido do exequente”¹⁴.

Quanto à dimensão substancial do devido processo legal advém da intelecção de que o “processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”.¹⁵ O processo quando guiado pelos seus procedimentos normais não pode levar a uma decisão contrária ao ordenamento jurídico. No direito estadunidense o *due process of law* “não é entendido como um conceito técnico com um conteúdo fixo invariável, não relacionado ao tempo, ao lugar e às circunstâncias. Não pode, pois, ser aprisionado dentro dos limites traiçoeiros de qualquer fórmula”.¹⁶

Canotilho explica que “a teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares”.¹⁷ E informa ainda que o processo devido inicia sua construção no momento normativo-legislativo.

Todavia, conquanto a teorização seja oriunda da experiência norte-americana, a aplicação do princípio no direito brasileiro dista do direito estadunidense. “A experiência jurídica brasileira assimilou o devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional da máxima da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da

¹³ No processo de execução não há improcedência do pedido do autor como ocorre no processo de conhecimento. No processo executivo ou cumprimento de sentença não há acolhimento ou rejeição do pedido (CPC, art. 487, I). Segundo o artigo 924 do Código de Processo Civil “extingue-se a execução quando: I - a petição inicial for indeferida; II - a obrigação for satisfeita; III - o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida; IV - o exequente renunciar ao crédito; V - ocorrer a prescrição intercorrente.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 3a ed. São Paulo: Método. 2011. p. 809.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 02. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol 01. 12a ed. Salvador: Juspodvum. 2010. p. 45.

¹⁶ MARIOTTI. *op. cit.* p. 18.

¹⁷ CANOTILHO. *op. cit.* p. 494.

proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade”.¹⁸

Não se faz necessário um estudo profundo sobre o devido processo legal para se concluir que o mesmo se direciona basicamente para o processo de conhecimento (inicialmente era para processo criminal). Com alguns ajustes pode ser aplicado ao processo de execução. Quando especificamente ao caráter substancial do princípio do devido processo legal, pode-se vislumbrar a hipótese de aplicação no processo de execução – ainda mais quando se considera o entendimento na doutrina nacional – no que tange a relação entre credor e devedor. Quais medidas pode se valer o credor para a satisfação do seu crédito, quais seriam “proporcionais”.

Quando se fala em proporcionalidade no processo de execução deve se ter em mente que o direito do credor de seu crédito satisfeito vai corresponder na obrigação do devedor em arcar com essa obrigação (decorre da alteridade ínsita no direito). Quanto mais se munir o credor (leia-se estado-juiz) no objetivo de satisfazer o seu direito, mais o devedor estará numa posição de sujeição. O devido processo legal substancial, quando entendido com essa acepção de proporcionalidade ou razoabilidade, deve guiar o processo de execução a não permitir a sujeição do devedor a uma posição que afronte suas demais garantias constitucionais.

Pode-se deduzir a importância do processo de execução quando se depara na Constituição da República com a norma de dispõe o amplo acesso à justiça¹⁹. O inadimplemento do devedor é uma lesão ao direito do credor que não pode ser excluído da salvaguarda do Poder Judiciário. O devido processo legal é importante quando determina balizas a serem seguidas pelo legislador e pelo juiz, porém não se aplica da mesma maneira como ocorre no processo de conhecimento.

A atividade jurisdicional não ocorre de forma idêntica em um e outro processo antes mencionado. No processo de conhecimento a atividade do julgador é de dizer o direito. Por outro lado, no processo de execução a atividade do juiz é efetivar o comando legal ou judicial. Por isso Chiovenda alerta que *“en la doctrina italiana domina la opinión de que la ejecución es mero ejercicio de império, es función administrativa, y que la jurisdicción se limita al*

¹⁸ DIDIER JUNIOR. *op. cit.* p. 45.

¹⁹ CRFB, art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

*conocimiento y se agota con la sentencia”.*²⁰

Todavia, o fato de o devido processo legal aplicar-se de forma diferenciada (muito em razão do contraditório mitigado) não torna o processo ou fase de execução menos importante²¹. O juiz não reconhece uma situação jurídica e não cria uma norma jurídica concreta, mas no processo de execução há a efetivação da norma jurídica, sem qual, muita das vezes o processo de conhecimento seria inócuo. Por isso o processo de execução é conectado com conceitos de efetividade processual e instrumentalidade do processo.

Pelo devido processo legal (mais especificamente do *due process* em sua feição substancial) implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada, e a "existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças (fazer cumprir as sentenças) dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz".²²

Nesse diapasão, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a tutela executiva como corolário de um direito a um juízo justo, equitativo e razoável²³. A Corte Europeia ao interpretar o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁴ na ação Hornsby contra Grecia decidiu que “*la ejecución integra el imperativo de un proceso justo y equitativo, de allí cada*

²⁰ CHIOVENDA. Jose. Principios de derecho procesal civil. vol 01. Trad. Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus. 2000. p. 378.

²¹ Carnelutti detectando o problema reconhece que “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.” (CARNELUTTI, Francesco. Instituições de processo civil. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. vol. I. Campinas: Servanda, 1999. p. 125).

²² CANOTILHO. *op. cit.* p. 500.

²³ RAGONE, Álvaro Pérez. Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. n. 39, pp. 33-61, Bogotá. 2013. p. 38.

²⁴ ARTIGO 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

*uno de los estados miembros deben permitir en su diseño orgánico y procesal particular el cumplimiento de las resoluciones judiciales”.*²⁵

2.4 – O DIREITO À PROTEÇÃO A UM PATRIMÔNIO MÍNIMO

Partindo-se do pressuposto que o credor tenha um direito fundamental ao processo de execução (seja por título judicial ou extrajudicial), e desse direito fundamental decorra a tutela executiva deva ser efetiva e célere²⁶, tem-se que contrapor a ideia de que o devedor não pode ser despido de garantias mínimas. Da mesma forma que o credor não pode, *a priori*, permanecer sem seu crédito, o devedor não pode ser subjugado e ter seus direitos fundamentais lesionados unicamente pelo fato de ser devedor.

Vê-se uma estreita ligação antitética entre o direito fundamental do credor e as garantias fundamentais do devedor, estas jungidas com a regulação da responsabilidade patrimonial e aquele escorado nos poderes conferidos pelo ordenamento ao credor na execução judicial de seu crédito. Portanto, a normatização da matéria e sua interpretação deve-se partir da ideia de proteção ao crédito e garantias do devedor.

A doutrina processualista apenas tangencia essa questão quando estabelece premissas para o processo executivo. Elencam como princípios: *nulla executio sine titulo*; patrimonialidade; desfecho único e disponibilidade da execução; utilidade; menor onerosidade; lealdade e boa-fé processual; e contraditório²⁷. Ou ainda os princípios da livre iniciativa; disponibilidade da execução civil; desfecho único; atipicidade dos meios executivos; menor sacrifício possível; especificidade da execução; responsabilização do exequente pela execução indevida; contraditório na execução civil; proibidade das partes na execução civil²⁸.

Quando se diz que tangencia a questão é porque não há um princípio que albergue a diretriz fundamental da Constituição acerca da dignidade da pessoa humana. Poderia até dizer que o

²⁵ RAGONE. *op. cit.* 2013. p. 39.

²⁶ CRFB. Art. 5º. LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁷ NEVES. *op. cit.* p. 807-817

²⁸ ABELHA. *op. cit.* p. 54-70

princípio da menor onerosidade ou menor sacrifício que vem positivado no Código de Processo Civil²⁹, seria suficiente para guiar o processo de execução ao rumo da dignidade da pessoa do devedor. Todavia, pela menor onerosidade não cabe o devedor se esquivar da obrigação de pagar ou resguardar determinada parcela de seu patrimônio.

Atento a esse fato Luiz Fachin elaborou o princípio “de que a execução não pode levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade da vida humana, trazido à colação do direito romano: *In condemnatione personaru, quoe in id quod facere possunt, dammantur, non totum quod habet extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*”.³⁰

O mesmo autor quando disserta sobre o que ele mesmo denomina de patrimônio mínimo entende que “a proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. Não se prega ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites”.³¹

A sua maneira, quando a legislação – na sua maior parte no Código de Processo Civil – arrola bens que são insuscetíveis de expropriação para pagamento de débitos está conferindo proteção ao patrimônio do devedor. O que deve aclarar, com base nesse raciocínio é que a interpretação a ser conferida a essa proteção patrimonial (pelo mesmo com na visão aqui exposta) deve ter como pano de fundo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fachin ainda defende que “a iniciativa econômica privada e as instituições jurídica patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não-patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça redistributiva”.³² E arremata asseverando que “entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal, opta-se por esta que deve propiciar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência”.³³

Há que se fazer algumas considerações acerca da introdução do princípio da dignidade da

²⁹ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 184.

³¹ FACHIN. *op. cit.* p. 167.

³² FACHIN. *op. cit.* p. 171.

³³ FACHIN. *op. cit.* p. 173.

pessoa humana na responsabilidade patrimonial.

A utilização como fundamento do artigo 170 da Constituição da República, referente à ordem econômica, como faz Fachin, somente parece inteiramente adequada para alguns casos. Isso porque a citada norma vem regular a ordem econômica e financeira e estabelecer princípios gerais da atividade econômica. Disso decorre que somente se poderia aplicar tais princípios para a responsabilidade patrimonial do devedor quando a relação de que origina a dívida advenha de uma atividade econômica. Não parece apropriado aplicar os princípios gerais da atividade econômica para regular a responsabilidade patrimonial decorrente de uma indenização de danos materiais advinda de um atropelamento com alto grau de reprovabilidade.

Não se está dizendo que em um ou outro caso o princípio da dignidade humana não tenha que ser observado. Apenas sustenta-se que não se pode aplicar as diretrizes da atividade econômica para regular atividades não econômicas.

Outro ponto que merece destaque é sobre a visão de credor e devedor quando se propõe o confronto entre “entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal”. Tem-se que estar bem estremado que o credor e devedor podem ocupar posições “não usuais”. Pode ocorrer de o devedor ser pessoa de posses ou uma grande empresa e o credor ser uma pessoa que necessita desesperadamente do adimplemento da obrigação para sua própria sobrevivência.

Outrossim, diante das vicissitudes do caso concreto é possível inferir que o denominado patrimônio mínimo pode ser flexibilizado. Quando se fala em patrimônio mínimo apto a conservar a dignidade humana, deve-se levar consideração também o patrimônio do credor. Seria no mínimo embaraçoso admitir-se que um devedor se valha de um patrimônio mínimo em patamar superior ao de seu credor. Portanto, ao se manifestar sobre um patrimônio mínimo caberá um exercício de sopesamento entre a situação fático do credor e do devedor.

2.5 – O DIREITO DE PROPRIEDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Alguns dos direitos do credor, e em contrapartida, parte da sujeição do devedor, possuem reflexos diretos no direito fundamental de propriedade inscrito no artigo 5º da Constituição

Brasileira. É certo que não se está a tratar de que o devedor não poderia ser sujeito a expropriação de seus bens em razão de seu direito de propriedade. O estudo dirige-se sobre o influxo de tal direito na formatação da atividade de execução do credor.

Interessante gizar que o sentido de propriedade utilizado no direito constitucional não se refere à um sentido de estrito de propriedade imobiliária. A doutrina constitucional esclarece que “já sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não”.³⁴ Destarte, quando a Constituição protege a propriedade, está protegendo o direito de propriedade sobre uma gama de bens. “Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas etc”.³⁵

É comum se associar direito à propriedade como um direito de origem burguesa, onde seus defensores são capitalistas que o utilizam a serviço da desigualdade social e acúmulo da riqueza. Tal pensamento foi mais difundido com o ideário marxista onde se propôs a socialização dos bens de capital em prol de povo.³⁶ Contudo, não se pode se olvidar que o direito à propriedade não é uma conceituação isolada de outros campos científicos. Esse direito se origina da própria vontade imanente ao homem de dotar certos bens de um exclusivismo perante terceiros. O senhorio da coisa enxerga a necessidade, ou simplesmente por uma satisfação pessoal, que determinado bem seja comando somente pela sua pessoa, sem interferência externa.

Um bem qualquer somente toma o sentido de bem apropriável, relevante quando o homem

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 424.

³⁵ MENDES. COELHO. BRANCO. *op. cit.* p. 425.

³⁶ A inclusão da função social da propriedade não pode ser entendida como uma proletarização da propriedade. "O legislador, ao afirmar que o direito de propriedade deve ser exercido com 'às suas finalidades econômicas e sociais', não assinalou que pretende implementar uma 'política do proletariado', mas, em rumo diverso, buscou atar a propriedade à vida social e econômica, com sua utilização viável". MAZZEI, Rodrigo Reis. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. Função social do direito privado. Coord. NERY, Rosa Maria de Andrade. p. 377-410. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 398.

entende dessa forma. “As coisas não possuem realidade no sentido de subsistência própria e de verdadeiro e ser-para-si e em-si-mesmo. A natureza da coisa é desprovida de ipseidade, sua matéria não é para si. Da mesma maneira, em relação à perspectiva teleológica, as coisas não têm fim substancial, nem alma, em si mesmas”.³⁷

É a vontade do homem que origina a importância de um bem, sua vontade livre que determina a natureza de uma coisa qualquer.³⁸ Por isso fala-se que a propriedade advém da própria liberdade. “A propriedade é o marco zero de objetividade; o ponto de origem de objetivação por parte da vontade livre; é a própria liberdade, como ideia, que se dá uma primeira realidade: a pessoa tem o direito de colocar sua vontade em cada coisa, que por esta via é a minha, e recebe a minha vontade por seu fim substancial, por sua determinação e por sua alma – direito de apropriação absoluto do homem sobre todas as coisas. Enquanto minha, a coisa é inteiramente penetrada pela minha vontade”.³⁹

Sob essa ótica se consegue apreender que o direito de propriedade não é um direito conferido pelo Estado ao particular. Vem muito antes do Estado. E podemos dizer que esse assenhoreamento vem até mesmo antes do direito, pois o objeto somente se torna relevantes após a interação humana. Por isso, defende-se que a propriedade é reflexo, consequência imediata da liberdade humana. Foi o direito de liberdade que moldou o direito à propriedade.

Segundo Arruda Alvim, a relação entre propriedade e liberdade foi importante, sobretudo na Revolução Francesa. No tripé da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade – estava jungido a noção de propriedade. A luta pela liberdade possuía um foco especial, que era assegurar o direito à propriedade e aos meios de produção⁴⁰. Como consequência dessa estreita

³⁷ CRISTHINO, Sergio Batista. A constituição da propriedade no direito abstrato de Hegel. 2010. 86 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Sociologia e Política. Universidade Federal de Pelotas. Pelotas. 2010. p. 34.

³⁸ “Il dominium sui come regola dell'universo interno del microcosmo significa che egli è dominus per chiamata di Dio e della natura, che il dominium non abbisogna delle entità esterne se non per manifestarsi sensibilmente ma che è già in interiore homine una realtà ontologicamente compiuta, che ogni manifestazione non potrà che esser coerente con questa prima proprietà naturalissima e congenialissima che ognuno si porta in seno. Il dominium diventa indiscutibile e fa del soggetto un personaggio munito all'interno di una carica aggressiva che lo proietta dominativamente sul mondo. Il dominium, ogni dominium, anche il dominium rerum, proprio per questo suo nascere nei recessi dell'animo, per questo suo identificarsi col me più riposto, si legittima e si colora di assolutezza.” (GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà”. In: ZATTI, Paolo. ALPA, Guido. (Org.) *Lecture di Diritto Civile*. Padova (Itália): Cedam. 1990. p. 379-392. p. 382).

³⁹ CRISTHINO, Sergio Batista. *op. cit.* p. 34.

⁴⁰ ALVIM, Arruda. *Função social da propriedade – Principais controvérsias no novo código civil / Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves, Miguel Reale (coordenadores)*. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 17-31. p. 17.

ligação entre liberdade e propriedade houve a tendência desta seguir algumas características da liberdade.⁴¹

O direito à propriedade, considerando assim como reflexo do direito à liberdade foi-se consolidando como direito fundamental do homem⁴². A ponto de na França ser incluída expressamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798 como direito natural e imprescritível do homem.⁴³

Não obstante a Carta Magna dos Estados Unidos não conter inicialmente o direito à propriedade, a ideia de que a propriedade privada é inerente ao homem já era sólida no momento da Declaração de Independência de 1776.⁴⁴ Na tradição americana é inconteste que o direito de propriedade é um direito fundamental. O direito de propriedade é amplamente considerado como um atributo humano, que uma pessoa tem ou deve ter, desde que se viva com liberdade e dignidade.⁴⁵

⁴¹ Segundo ainda Arruda Alvim “é constante na literatura dos séculos XIV, XV e XVI a identificação do direito à liberdade como necessariamente subjacente à noção de propriedade. Portanto, tanto a noção de liberdade quanto a de propriedade avultaram quando desembocou na história da Revolução Francesa. E isto levou a quê? A que a propriedade fosse havida com um sentido de direito absoluto, um direito sagrado, não só do ponto de vista estritamente dogmático, mas, além disso, verificamos que estava profundamente pejada de uma carga semântica que enfatizava mesmo essa expressão – direito absoluto – e, ainda, de uma carregada de significação axiológica. Portanto, a propriedade foi um dos pilares sobre os quais se montou o direito no século XIX”. Alvim, Arruda. Função social da propriedade, 2006. p. 17-31. p. 18.

⁴² Segundo registros históricos do Parlamento Francês houve uma demanda de deputados requerendo uma declaração de direitos onde constava como direito a ser garantido a propriedade: “*The purpose of the laws being to safeguard for all citizens, under the protection and through the vigilance of the monarchy, the blessings that they bestow on society in common, the deputies shall never lose sight of the fact that the laws must be conducive to the preservation among men of the liberty to act, to speak, and to think; of the property in their persons and goods; of their honour and of their life; of their tranquillity, and finally, their safety. Nor shall they forget that the highest point of perfection in the laws is to procure for those who are placed under them the greatest summation of happiness that is possible*”. (tradução livre: o propósito da lei tem início para salvaguardar todos os cidadãos sob proteção e através da vigilância da monarquia, as bênçãos que eles concedem a sociedade em comum, os deputados nunca devem perder de vista o fato de que as leis devem ser propícias a preservação entre os homens da liberdade para agir, falar e pensar; da propriedade de suas pessoas e seus bens; da sua honra e sua vida; da sua tranquilidade e finalmente da sua segurança. Não devem esquecer que o ponto mais alto da perfeição no direito está em adquirir para aqueles que estão posicionados abaixo deles o maior somatório de felicidade que é possível) (GARNSEY, Peter. Thinking about property: from antiquity to the age of revolution. New York: Cambridge University Press. 2007. p. 226).

⁴³ Artigo 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

⁴⁴ Segundo relata-se a causa provável da exclusão do direito de propriedade na Declaração de Independência americana deveu-se a uma estratégia de Thomas Jefferson. Isso porque na época vivia-se o contexto de discussão sobre a escravidão e caso se inserisse o direito à propriedade poderia levantar dúvida sobre o direito de propriedade dos senhores de escravos. (GARNSEY. *idem* p. 223).

⁴⁵ GARNSEY. *idem*. p. 205.

O direito à propriedade privada no direito americano faz parte do núcleo intangível constitucional. É um direito natural ínsito ao ser humano, ou resumidamente faz parte do que a doutrina denomina de direitos humanos, haja vista sua correlação com a liberdade. E segundo a doutrina: “natural or humans rights, as they are understood today, are those basic entitlements that each and every person has, or is judged worthy of having, by virtue of their status as a human being, irrespective of gender, age, race, religion, background or social and economics status”.⁴⁶

Em razão do entendimento acerca do direito de propriedade nada mais acertado que se interprete as normas relativas à execução civil sob seu pálio. Para se ter um exemplo sobre o princípio que se está em foco traz-se a lume um caso julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em que se anulou uma arrematação em que se alegou preço inferior ao bem levado à venda forçada. Informou-se que o artigo 14 da Lei Fundamental⁴⁷ (relativo ao direito de propriedade) deve garantir proteção legal efetiva em caso de intervenção que afete o patrimônio de maneira afrontosa ao direito de propriedade; deve permitir a possibilidade de se estruturar sua vida de forma responsável; franqueia ao devedor pelo menos a possibilidade invocar a proteção legal frente ao desperdício desproporcional de seu patrimônio.⁴⁸

⁴⁶ GARNSEY *idem.* p. 205. (tradução Livre: direitos naturais ou humanos, como são entendidos hoje, são os direitos básicos que cada pessoa tem, ou é julgado digno de ter, em virtude de sua condição de um ser humano, sem distinção de sexo, idade, raça, religião, fundo ou status social e economia).

⁴⁷ Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]

(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.

(3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários.

⁴⁸ “Esta garantía tine por objeto asegurar la existencia concreta de la propiedad en manos del propietario (véase BVerfGE 24, 367 [400]; 38, 175 [181]). A ella le ha sido atribuida constitucionalmente la función de garantizar al portador del derecho fundamental un espacio libre en al ámbito de los derechos patrimoniales y permitir al particular, por tanto, la posibilidad de desarrollar y estructurar su vida en forma responsable (véase BVerfGE 31,; 229 [239] con más referencias). Esa función garantista influye no sólo la estruración del derecho patrimonial material, sino que también afecta el respectivo derecho procesal. Por consiguiente, se deduce directamente del Art. 14 de la Ley Fundamental el deber de garantizar una protección legal efectiva en caso de intervenciones en ese derecho fundamental (véase BVerfGE 24, 367 [401]; 35, 348 [361 e ss.]; 37, 132 [141, 148]). Esto incluye el derecho a un “proceso justo”, que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal pertenece a las características esenciales del principio del Estado de Derecho (véase BVerfGE 38, 105 [111]; 40, 95 [99]; 46, 202). Esto se aplica también al desarrollo de las subastas obligatorias, en las cuales el Estado lleva a cabo, en interés del acreedor, una intervención intensa en la propiedad del deudor, protegida constitucionalmente. Una intervención de este tipo aparece ciertamente como justa, cuando y en la medida que sirva a satisfacer las exigencias económicas del acreedor. Al mismo tiempo, se deben garantizar, si embargo, los intereses del deudor para que pueda conservar por lo menos la posibilidad de solicitar la protección legal frente a un despilfarro desproporcionado de su patrimonio”. (SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

É de se dizer todavia, que da mesma forma que o princípio relativo ao direito de propriedade deve irradiar seus efeitos em prol do executado, também o deve em relação ao exequente. Isso porque não se pode olvidar do fato que nem sempre a execução tratará de exigência de quantia em dinheiro. Nas execuções relativas às obrigações de entrega de coisa certa ou incerta, o princípio também deve observado para dar mais força ao exequente.

Destarte, o princípio constitucional do direito de propriedade deve refletir sobre as normas materiais e processuais, sendo também um vetor interpretativo do processo de execução.

2.6 - A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Antes de se adentrar na exposição acerca na função social da propriedade, calha mencionar também a função social do processo civil. Tal conceito de “social” é polifacetado, possuindo diversas acepções e divergindo de acordo com espectro analisado. Quanto especificamente ao processo civil resume essa função social em dois ângulos principais. De um lado, a observância da marcha em direção a uma igualdade maior, no sentido da eliminação ou atenuação das diferenças das partes em razão de diversidades de riqueza, de posição social, de cultura, de pertinência a esta ou aquela classe, raça, credo religioso ou corrente política. “De outro, reclama atenção a questão da capacidade do sistema jurídico para assegurar, na medida necessária, a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais”.⁴⁹

Como no processo de execução ou cumprimento de sentença há apenas a satisfação de um crédito consubstanciado no título executivo, esse primeiro aspecto da função social resta diminuído, uma vez que volta-se na maior parte ao processo de conhecimento. Contudo, não se pode dizer que é exclusivo deste, pois não se poderia aceitar por exemplo que uma execução recaísse de maneira mais contundente sobre um templo de umbanda do que uma igreja católica, por ser aquela socialmente menos aceita.

Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jurgen Schwabe. Trad. Marcela Anzola Gil. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2009. p. 408)

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 43

Mas é no segundo ponto gizado acima que essa função social do processo encontra maior vigor no processo de execução. E é justamente em conjunto com a função social da propriedade que a função social do processo se identifica, haja vista que também na propriedade pode-se dizer que esse “social” seria respeitado quando se observa a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais.

Assim como os princípios da dignidade humana e o da propriedade privada devem influenciar o processo de execução, a função social da propriedade e a função social do processo devem servir de balizas para o procedimento de expropriação, mormente para a fixação da responsabilidade patrimonial.

Como se deixa entender nos capítulos anteriores, quando se fala em propriedade não se tem em vista a concepção civilista do direito real propriedade levando-se intuitivamente para a propriedade imobiliária. O direito de propriedade pode ser entendido sobre quaisquer bens, e não seria exagerado afirmar que a proteção constitucional não ampara somente o direito de propriedade, mas também todos os outros direitos reais. Nesse diapasão, pode-se falar em função social de qualquer direito real e não apenas da propriedade.

A função social da propriedade pode ser vista como uma conformação da utilização do direito ou mesmo uma limitação do próprio direito fundamental de propriedade. A propriedade deixa de ser um direito visto isoladamente, onde o proprietário poderia utilizá-lo de qualquer maneira, independentemente de fatores externos.

Uma limitação ao direito de propriedade pode ser extraída da construção referente ao abuso de direito. Um dos julgamentos mais emblemáticos acerca do tema foi o caso Clement-Bayard, ocorrido na França, em 1913. O episódio decorreu de uma briga entre dois vizinhos, onde um deles tinha um hangar de dirigíveis e ali subia e pousava os balões. O seu vizinho, utilizando do seu direito de propriedade, resolveu construir, nos limites de seu imóvel, torres altas com pontas afiadas de ferro para que quando os balões de seu vizinho se aproximassem eles explodissem. A justiça francesa entendeu que o vizinho ao construir as torres visando perfurar os balões agira com abuso de direito, o que não se poderia admitir.⁵⁰

⁵⁰ NEVES, Renato Ourives. Incompletudes do contrato de opção e soluções à luz do direito empresarial. 2013. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima. 2013. p. 28.

O fim social da propriedade no caso somente poderia ser atingido com a limitação do direito subjetivo do seu proprietário, analisando o direito em uma perspectiva social (interesse da sociedade). “É a obrigatoriedade do sujeito de direito empregar a sua riqueza na satisfação de seus interesses pessoais, sem deixar de reservar o dever de satisfazer os interesses comuns, em benefício, também, do interesse social. Se a propriedade se desvia desta finalidade, estar-se-á diante de um ato abusivo”.⁵¹ Deixou-se de lado o absolutismo individual que representava o arbítrio do proletário.⁵²

O fenômeno de socialização dos direitos, onde foi ultrapassado o entendimento de “absolutização” do direito e que este poderia ser utilizado de qualquer forma, mesmo lesando terceiros. A função social da propriedade nada mais é que a socialização de um direito que é naturalmente de âmbito privado.

Caio Mário afirmava que a propriedade individual de nossa época devido às constantes mutações não mais se alinhava perfeitamente às suas origens históricas. Segundo mesmo autor, alguns civilistas falavam em “humanização”, “socialização” e até mesmo “publicização” do direito de propriedade à medida em que a ação individual cede às exigências da ordem pública. “E outros, ainda, tratam a propriedade como “instituição” e não como direito. Acreditando e sustentando que os bens são dados aos homens para que deles extraiam o máximo de benefício e bem-estar com sacrifício dos demais, porém, para que os utilizem na medida em que possam preencher a sua “função social”, defendem que o exercício do direito de propriedade há de ter por limite o cumprimento de certos deveres e o desempenho de tal função”.⁵³

Tal fenômeno atualmente ocorre em todo o direito civil, não apenas na propriedade. Só que na propriedade a incidência da “desprivatização” foi positivada anteriormente (v.g. Constituição da República de 1946⁵⁴). Após a edição do Código Civil de 2002 é recorrente falar em

⁵¹ COSTA, Antonio Augusto da. Abuso de direito no Código Civil. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2006. p. 71.

⁵² MAZZEI, Rodrigo Reis. *op. cit.* 2006. p. 386.

⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Vol. IV. Direitos reais. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 86.

⁵⁴ CRFB/1946. Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

socialidade e função social⁵⁵. Defende-se a observância da função social dos contratos da maneira análoga ao defendido na propriedade. A socialidade foi uma “característica absorvida pelo direito privado, fazendo eco às diversas outras mutações do sistema jurídico, a partir da raiz constitucional”⁵⁶.

Mesmo antes da atual da Constituição da República já se colhiam decisões dos tribunais em que a mantinha a posse de pessoas de baixa renda, negando o reconhecimento à reintegração de posse do titular da propriedade fundado em motivos sociais. Galeno Larcena expõe que interessante julgado que “a Constituição põe em relevo, no art. 160, III, a função social da propriedade, a afastar o individualismo exacerbado do conceito romano. Não é justo sejam essas famílias sumariamente colocadas na rua pela violência de um frio mandado de imissão”⁵⁷.

Pode-se dizer até mesmo que essa denominada “socialidade” é uma limitação à propriedade. É uma limitação ao direito de propriedade proveniente do próprio direito constitucional. O problema circunda em definir até onde a legislação ordinária pode limitar a propriedade privada sob o fundamento de promoção de sua função social. Konrad Hesse defende que lei deve se ater ao princípio da proporcionalidade⁵⁸, mas deixa claro que a proteção da propriedade privada é um modo de assegurar a liberdade pessoal do particular⁵⁹.

Eis a problemática que se ergue para a construção de um modelo do direito de propriedade, ou melhor dizendo, para o exercício de qualquer direito fundado na função social. A partir do momento em que se admite relativizações faz-se indispensável perscrutar sobre o limite de eventual mitigação. Por isso o professor Rodrigo Mazzei afirma que “não se trata de retirar ou

⁵⁵ Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁵⁶ ALVIM, Arruda. Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das coisas: (vol. XI, tomo II - arts. 1.196 a 1.224) / Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto (Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.30.

⁵⁷ LACERDA, Galeno. Direitos Reais, vol. V: (casos selecionados). Rio de Janeiro. Forense. 2000. p. 21.

⁵⁸ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 344.

⁵⁹ Interessante notar que Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 também é expressa ao garantir a função social à propriedade: “Artigo 14 (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.” E segundo ainda Hesse no sistema constitucional germânico a “propriedade, no sentido jurídico constitucional podem, por conseguinte, também ser outros direitos privados de valor patrimonial que a propriedade da coisa, por exemplo, reivindicações salariais ou quotas salariais” HESSE, Konrad. *op. cit.* p. 341.

abafar o legítimo direito individual”⁶⁰ – uma vez que afrontaria a Carta Magna e no caso da propriedade, da própria estrutura do direito–, “mas de tão-somente projetar os efeitos do exercício e gozo dos direitos para uma esfera além da relação dos particulares, diante do interesse que desperta a sociedade num todo”⁶¹.

Segundo Gilmar Mendes “o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o núcleo essencial do direito de propriedade, constituído pela utilidade privada e, fundamentalmente, pelo poder de disposição. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade”.⁶²

Faz-se necessário um exercício de ponderação para verificar se essa “vinculação social” agride de maneira desproporcional o direito de propriedade. Segundo a doutrina, a legitimidade da conformação do direito de propriedade, com suas repercussões sobre o direito fundamental de propriedade, haveria que ser levada ao crivo do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade)⁶³. Conquanto se possa aplicar o citado princípio caso a caso, Constituição da República delinea no artigo 186 regras gerais de verificação do atendimento da função social.⁶⁴ Para os imóveis urbanos, o parâmetro ficou delegado aos municípios (responsáveis pela elaboração do plano diretor), pois “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º).

É interessante frisar que a propriedade exercer ou não sua função social dependerá do contexto histórico e social. Uma propriedade que é utilizada para teste de armas de uso bélico pode ser considerada como não atendendo a função social em um país pacifista. Contudo, em outro país

⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação - Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: Alvim, Arruda; Alvim, Thereza (Org.) Comentários ao Código Civil Brasileiro, Vol. I. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 61.

⁶¹ MAZZEI. 2005. *op. cit.* p. 61.

⁶² MENDES. COELHO. BRANCO. *op. cit.* p. 440.

⁶³ MENDES. COELHO. BRANCO. *op. cit.* p. 443.

⁶⁴ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

que se encontra em guerra a propriedade atende inteiramente a função social. Ou, seguindo a própria dicção constitucional, um imóvel urbano pode estar atendendo sua função social em uma época, mas após a alteração do plano direito, o mesmo imóvel pode deixar de exercer sua função social.

Tendo isso em vista, a função social da propriedade (ou dos direitos reais) deve impactar sobre o processo executivo, mormente sobre a responsabilidade patrimonial. Cabe o juiz ponderar se o bem em que se afunila a execução cumpre ou não sua função social.

Um exemplo prático é útil para entender a questão: suponha-se que um hospital, o único da região, tenha uma dívida para com um credor qualquer. É de conhecimento geral que o credor não tem interesse em continuar as atividades do hospital. Todavia, em razão da existência do crédito, o exequente requer sucessivos bloqueios do ativo financeiro do hospital e ainda objetiva a venda do imóvel onde está localizado o atendimento de urgência.

Esse seria um exemplo típico de atenuação da responsabilidade patrimonial. O hospital devedor ao responder com todos os seus bens poderá deixar desamparado um sem número de beneficiários do seu serviço de saúde, o que sem dúvida afetaria o interesse social. É a função social da propriedade sendo aplicada como limitador da responsabilidade patrimonial.⁶⁵

Em sentido contrário, pode-se sustentar que com espeque na função social a responsabilidade patrimonial poderia ser ampliada. O Código de Processo Civil estabelece um rol de bens considerados não sujeitos à expropriação (impenhoráveis). Nessa relação consta que são

⁶⁵ Caso semelhante foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “O julgado da Segunda Turma, objeto do recurso especial da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), deu parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar, em relação ao HOSPITAL ANTONIO PRUDENTE S/C LTDA, a suspensão da realização de bloqueios por meio do Sistema Bacenjud, sob o fundamento de que a eleição de tal via de ação, in casu, seria medida extrema que poderia inviabilizar a continuidade dos serviços prestados pela empresa agravante à população, o que, diante de sua importância social, não poderia ser olvidado. 2. Na ocasião, o Órgão Colegiado desta Corte entendeu que não haveria como se desconsiderar, em face da natureza da entidade executada, que o emprego do Sistema Bacenjud consubstanciaria medida temerária, destacando que, tendo a devedora endereço certo, poderiam ser empreendidas diligências para a localização de outros bens que pudessem ser submetidos à constrição judicial. 3. Com efeito, o Resp 1112943/MA, citado como representativo da controvérsia, não se aplica ao presente caso, uma vez que aquele diz respeito à desnecessidade de exaurimento das diligências extrajudiciais para fins de realização da penhora eletrônica. Na verdade, a Segunda Turma deste Regional adotou como fundamento para desconstituir/suspender a penhora online a necessidade de preservação da função social da empresa e não a necessidade de esgotamento das diligências para localização de outros bens passíveis de constrição judicial. 4. Dessa forma, não merece qualquer adequação o julgado atacado pelo recurso especial da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)”. TRF-5. Agravo de Instrumento 200705000673519. Segunda Turma. Rel. Des. Fed. Fernando Braga. DJE 05/12/2013

impenhoráveis “os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução” (art. 833, I). Com fundamento na função social da propriedade poderíamos vislumbrar a hipótese de afastamento dessa norma relativa a penhora.

Podemos imaginar uma situação onde o credor é um hospital e o devedor é uma pessoa que reside em imóvel próprio – este imóvel protegido pela Lei 8.009/1990 – e é proprietário de outro imóvel, sendo que este foi adquirido por sucessão testamentária onde constou cláusula de inalienabilidade⁶⁶, sendo portanto, impenhorável. Ocorre que este imóvel inalienável é ponto de um prostíbulo no qual acontecem diversos crimes, tais como pedofilia, exploração infantil e tráfico de drogas, além de estar em desacordo com o plano diretor do município. A pergunta que se impõe a seguinte: o juiz poderia afastar a regra da impenhorabilidade tendo em vista a total ausência de função social da propriedade?

Pelo caminho traçado no presente trabalho parece indubitável que resposta seria positiva, haja vista que a emanção de vontade do falecido testador não poderia sobrepor à norma relativa a função social da propriedade.

Ainda sobre essa específica hipótese de impenhorabilidade colocada como exemplo, cabe aduzir que quando se trata de crédito tributário há uma ressalva específica no Código Tributário Nacional. Conforme dispõe o artigo 184, para o pagamento do crédito tributário o devedor responde com a totalidade de seus bens “inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade”. Essa disciplina diferenciada advém provavelmente do mesmo exercício de ponderação que se fez linhas atrás. Aqui está de um lado a vontade do testador e de outro o interesse público no recebimento do crédito tributário.

O legislador ao elaborar o Código de Processo Civil enunciou as hipóteses de impenhorabilidade, que por ser uma “diminuição” da responsabilidade patrimonial do devedor, acaba mitigando o direito do exequente. Essa escolha decorreu de um juízo prévio do legislador dos interesses envolvidos. “Não obstante isso, as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, em que se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a

⁶⁶ Código Civil. Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

proteção do outro”.⁶⁷ Cabe ao juiz fazer esse controle na aplicação de hipóteses de impenhorabilidade, pautando-se em comandos constitucionais. E se a aplicação da regra sobre a possibilidade de penhora “revelar-se inconstitucional, porque não razoável ou desproporcional, deve afastá-la, construindo a solução devido para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional deve observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao controle de constitucionalidade das leis, podem ser constitucionais em tese, mas, in concreto, podem revelar-se inconstitucionais”.⁶⁸

2.7 – A NECESSIDADE DE DESBUROCRATIZAÇÃO E TRANSPARÊNCIA

O tratamento constitucional acima exposto, esbarra em um ponto crítico, que acaba por impedir a viabilidade efetiva das normas constitucionais (pelo menos em “larga escala”). Isso porque no sistema jurídico brasileiro não há previsão de transparência do patrimônio do devedor.

É que sem essa transparência do patrimônio do devedor mostra-se claudicante falar-se de patrimônio mínimo ou de fazer um comparativo entre a necessidade do credor frente à proteção do devedor quando se tratar de discussões acerca da impenhorabilidade. Assim, o êxito da execução acaba por depender de uma viabilidade de investigação patrimonial.

Tendo em vista a natural demora nas diligências efetuadas ao longo do processo executivo, seria uma boa alternativa conferir ao exequente a possibilidade de tendo em mãos o mandado de pagamento, ele próprio extrair informações de terceiros independentemente de ordem judicial.⁶⁹ Considerando que exista uma ordem judicial para pagamento, burocratizar os procedimentos executivos se mostra em descompasso com o direito do credor.

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 05. Execução. 2a ed. Salvador: Juspodvum. 2010. p. 544.

⁶⁸ DIDIER JUNIOR. CUNHA. BRAGA. OLIVEIRA. *op. cit.* p. 544.

⁶⁹ *Como simple anecdota del proceso civil comparado, mientras en Inglaterra el abanico de posibilidades para ordenar el cumplimiento de este deber de transparencia por el deudor y terceros es amplio; al igual que en Luxemburgo y Alemania, donde el acreedor puede obtener información de terceros sobre la base de decisiones “mandamentales” provisionales, e incluso de títulos ejecutivos provisionales; en otros países, como España, las limitaciones y centralización de la actividad en el tribunal –parcialmente desdoblado en el secretario– y la necesidad de una actuación fundada del juez no facilitan la tarea de acceso a la información.* (RAGONE, Álvaro Pérez. ÁLVAREZ, Oscar Silva. El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente. Revista Ius Et Praxis. Año 15, n. 2. pp. 79-115. 2009. p. 101).

A penhora de créditos do executado serve como paradigma. O CPC/1973 trazia como regra para a penhora de crédito que essa penhora tivesse que ser feita pelo oficial de justiça.⁷⁰ Então, o oficial de justiça teria que intimar o devedor do executado para não realizar o pagamento ao executado, e penhorar o crédito.⁷¹ Não menos simples seria a penhora no rosto dos autos⁷² em que o exequente peticiona para o juiz da execução para este providenciar a penhora nos autos judiciais em que figura o executado como autor.

O CPC atual parece ter alterado o procedimento, simplificando-o, uma vez que não repetiu a expressão “oficial de justiça” contida no artigo 671 do Código revogado no artigo 855 do CPC vigente. Destarte, poderia se interpretar a regra conferindo poder ao próprio exequente a intimação ao terceiro para não pagar ao executado. Essa intimação feita por particular no seio do processo de execução seria consentânea com as alterações promovidas com o novo CPC. Isso porque a própria citação do executado que era obrigatoriamente por oficial de justiça, passou a ser pelo correio.

Portanto, considerando que o exequente possui um título e uma ordem judicial para pagamento a seu favor, não há razão de obstá-lo a obter a tutela de seu crédito. E mais, com o mandado de pagamento expedido pelo estado-juiz o ordenamento jurídico deveria conferir poder ao exequente para realizar uma busca efetiva do patrimônio do devedor perante terceiros.

Para aplicar tanto o direito do credor a dignidade do devedor faz-se de extrema importância a transparência patrimonial do devedor, e em alguns casos, também do credor. A transparência patrimonial do executado em grande parte dos casos, é *conditio sine qua non*, para a efetivação da ordem judicial contida na sentença. Por isso práticas como ocultação de bens devem ser

⁷⁰ Art. 671. Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação: I - ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor; II - ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito.

⁷¹ Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Penhora de crédito. Comprovação pelo exequente quanto à existência de crédito devido pela executada perante terceiro. Desnecessidade no caso concreto. Certidão do oficial de justiça que goza de fé pública. Expedição de ofício. Descabimento. Por expressa dicção do art. 671, "caput", do CPC, a intimação da sociedade da qual a agravada é credora se dá via oficial de justiça. Agravo a que se dá parcial provimento. (TJSP. Agravo de instrumento 0258507-53.2012.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Pereira Calças. Jul: 13/03/2013)

⁷² CPC/1973. Art. 674. Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, averbar-se-á no rosto dos autos a penhora, que recair nele e na ação que lhe corresponder, a fim de se efetivar nos bens, que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor.

combatidas de maneira séria, sempre levando-se em consideração que se está em jogo não apenas o crédito do exequente, mas também o prestígio e autoridade do poder judiciário.

A insuficiência de medidas aptas desvendar ou inibir a ocultação do patrimônio do devedor “*son incompatibles con los derechos fundamentales y la protección del acreedor en la ejecución civil. No sólo se ofenden y afectan los derechos del acreedor/ejecutante, sino que se burla el óptimo funcionamiento de la jurisdicción*”.⁷³

2.8 – A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Far-se-á em poucas linhas uma análise da responsabilidade não somente a partir de um foco no direito privado, mas também com uma visão mais ampla, onde se estabelece a responsabilidade integrante de uma estrutura central em uma sociedade igualitária e democrática. A responsabilidade não se caracteriza somente em um fenômeno jurídico, “no plano da moralidade a responsabilidade é quesito compulsório para a estabilidade das relações intersubjetivas. Do ponto de vista filosófico a responsabilidade é considerada consequência natural da liberdade. E no âmbito da religião, o homem deve se comportar de modo a não causar dano ao seu semelhante, adotando a conduta do cuidado”.⁷⁴

A responsabilidade tem que ser vista como um modo não apenas de sancionar o infrator, mas sobretudo como dotado de uma função social. Segundo Gunther “mais importante para o suposto papel-chave do conceito de responsabilidade parece ser sua função-social”.⁷⁵ Além do conteúdo obvio de reparação da pessoa lesada (se for o caso), a responsabilidade assume a importância de desempenhar a “distribuição de consciência” onde estaria inserida a ideia de que a pessoa que pratica um ato seria responsável por aquele ato, o que geraria gradativamente uma autoconsciência na população.

⁷³ RAGONE. *op. cit.* 2009. p. 100.

⁷⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. COELHO, José Martônio Alves. BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 29-50, jun. 2011. p. 31

⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. in PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther. Trad. PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 06.

Lança-se luz, portanto, sobre uma questão importante acerca da autonomia do indivíduo e sua participação democrática tendo como pano de fundo o reconhecimento na esfera do direito. A problematização consiste em um tratamento jurídico conferido pelo grupo dominante ao demais integrantes da sociedade, que ao tentar ser inclusivo acaba por falhar por não conceber a responsabilidade como elemento integrante do processo de individuação.

A responsabilidade e sua imputação são imprescindíveis para que indivíduo adquira por meio da experiência a autoconsciência e maturidade necessário para a efetiva participação da normatização social. A possibilidade e necessidade de responder pelos seus atos e suas escolhas são importantes no processo de formação do indivíduo, e isso não pode ser relegado a segundo plano, sob pena de eventuais medidas de inclusão ou reconhecimento serem apenas parcialmente efetivas.

Analisando um cenário brasileiro, vê-se que sob o manto de proteção para se inserir grupos antes afastados, acabou-se gerando uma burocratização e clientização, sendo que esse paternalismo dificulta a constituição de uma esfera pública no Brasil. “A identificação dos cidadãos como meros alvos das políticas assistenciais, incentivando a sua passividade política em troca de benefícios sociais, fragilizava os potenciais traços associativos necessários à promoção do ativismo social”.⁷⁶ Ao se retirar a responsabilidade das pessoas, dificulta-se o processo de amadurecimento das instituições. O sujeito deve ser capaz de autodeterminar e a atribuição de responsabilidade pode ser considerado como seu reconhecimento jurídico, sendo a partir desse momento “uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva de vontade”.⁷⁷ Por isso, a responsabilidade seria também emancipatória.

Conectado à essa questão da responsabilidade Karl-Otto Apel, da Escola de Frankfurt, ao manifestar sobre a ética do discurso o faz como ética da responsabilidade voltada para o futuro. Segundo o autor “o discurso argumentativo constitui a última instância filosófica e política, por

⁷⁶ SILVA, Tatyana Lellis da Matta e. Teoria crítica e luta por reconhecimento: contribuições de Axel Honneth ao debate da justiça e da cidadania. 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciências Sociais. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2012. p. 87.

⁷⁷ HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. 2ª ed. São Paulo: Editora 34. Honneth. 2009. p. 197.

meio da qual e perante a qual a responsabilidade coletiva dos homens precisa justificar seu agir e deixar de agir, pelas suas teorias e suas expectativas normativas de validade”.⁷⁸

O ser humano, na sua atividade discursiva em um processo democrático, deve ser considerado como responsável pelas suas escolhas e suas posições. Assim ele terá noção de sua autonomia e a importância de seus desígnios. A continuidade da sociedade por exemplo, considerada como preservação da vida humana pela preocupação com o meio ambiente, é uma exigência de uma responsabilidade da humanidade.⁷⁹ Preocupações relativas ao meio ambiente ou uma guerra nuclear estão ou deverão estar presentes na “ética da responsabilidade”, haja vista que é imperioso que um processo de progresso social-emancipatório deve estar associado com a conservação da existência e da dignidade do homem.

Deixando um pouco de lado esse viés da responsabilidade coletiva e para o futuro, retornamos para a responsabilidade indivíduo como cidadão e como essa presença (ou ausência) de responsabilidade afeta no amadurecimento democrático e no necessário reconhecimento. Para que haja o reconhecimento do sujeito na esfera do direito, como plenamente possuidor de direito e deveres, bem como capaz de influenciar no processo democrático, faz-se necessário um (auto) reconhecimento político, e dever-se-á perpassar sob a questão da responsabilidade. Um reconhecimento político do cidadão tem sua base na responsabilidade política, ou seja, para a consciência de que é membro “pleno” da comunidade política é necessária essa concepção da responsabilidade.⁸⁰

Desse modo, a responsabilidade constitui um conceito-chave, “a indicar mudanças profundas na autocompreensão e no estado de espírito das sociedades modernas. Não se trata apenas da conjuntura de um conceito, pois ligadas a isso há regras e instituições que estabelecem e organizam a distribuição de responsabilidades entre o Estado e a sociedade, bem como entre cidadãos”.⁸¹

⁷⁸ APEL, Karl-Otto. A ética do discurso como ética da responsabilidade na situação atual do mundo. Trad. Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. Revista da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. vol. 18. n. 1. 1992. p.113-121. p. 120.

⁷⁹ APEL, Karl-Otto. Ética e Responsabilidade: o problema da passagem para a moral pós-convencional. Trad. Jorge Telles Menezes. Instituto Piaget. 2007. p. 159.

⁸⁰ FORST, Rainer. Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo. 2010. p. 342.

⁸¹ GÜNTHER, Klaus. *op. cit.* p. 02.

Com isso, no que tange à questão da imputação da responsabilidade e a indicação dos bens que poderia responder por algum ato, temos que as circunstâncias em que alguém será ou não considerado juridicamente responsável pela prática de um ato ilícito (responsabilidade civil), bem como seu patrimônio irá responder (responsabilidade patrimonial) advém, ou deveria advir do “resultado do procedimento democrático organizado na forma de argumentos racionais a respeito das circunstâncias em que deve haver responsabilidade civil (os quais podem, naturalmente, incluir argumentos econômicos e morais) e no qual os próprios cidadãos interpretam-se a si mesmos no seu papel de futuros imputados, definindo as características da pessoa de direito imputável”.⁸²

Portanto, deve-se sopesar não somente o direito do credor de receber o que é devido e a dignidade do devedor com a indicação de um patrimônio mínimo, mas também deve considerar a responsabilidade patrimonial dentro de uma política emancipatória do cidadão e de suma importância para o desenvolvimento da sociedade.

2.9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo ou fase de execução, mormente a responsabilidade patrimonial deve ser vista dentro de um contexto constitucional. Deve-se preservar garantias mínimas do devedor, contudo não se deve descurar que a execução tem por fim a satisfação do crédito. Mais que isso, a responsabilidade patrimonial como elemento integrante da responsabilidade deve ser considerada como um elemento importante no desenvolvimento da sociedade e como um instrumento intrinsecamente conectado com a ordem democrática.

A Constituição, como não poderia deixar de ser, também reflete seus comandos e princípios no processo de execução. E ao mesmo tempo que o credor tem o direito à promover a execução e executar os bens do devedor, este possui direitos mínimos assegurados constitucionalmente, não podendo ser despojado de todos os seus bens, e ter sua dignidade afrontada.

Deve ser preservado ao devedor um patrimônio mínimo para sua própria sobrevivência,

⁸² PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil como comunicação de autoria. Social Science Research Network - Direito GV Research paper Series. v. 84. p. 01-36 2014. p. 10.

contudo a necessidade de transparência patrimonial, tanto do devedor quanto do credor, faz-se fundamental para a aplicação dos princípios constitucionais.

3 – A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

3.1 – A IRRELEVÂNCIA DA LOCALIZAÇÃO DAS NORMAS PARA A DEFINIÇÃO DE SUA NATUREZA JURÍDICA

O objetivo do presente trabalho é ir além da atual dicotomização das normas jurídicas, onde de um lado estariam as normas materiais e de outro as normas processuais. Não se pauta na disposição topográfica das normas para a definição de sua natureza. Se assim não fosse inexistiria razão para elaboração deste estudo.

As normas de direito processual em matéria cível, em sua maioria, estão concentradas no Código de Processo Civil, e por sua vez, as normas de direito material de direito privado estão centralizadas no Código Civil. Todavia, não raramente é possível encontrar normas de direito processual no Código Civil (diploma de direito material) como também o contrário. Outro ponto que desperta atenção são leis extravagantes que disciplinam matérias de direito material com algumas normas de direito processual. Para a correta aplicação da norma em muitas vezes se faz necessário uma análise sobre sua natureza, se processual ou material.

Quando se diz que para a correta aplicação é necessário desvendar a natureza da norma tem-se em vista o fato de que aplica-se diferentemente as normas de direito material e as normas de direito processual. O tema será tratado mais adiante, contudo, explica-se desde já que há diferença questão da aplicação da norma no tempo, sendo a lei processual aplicada imediatamente e a lei material aplicada respeitando-se os direitos formados sob sua égide.

Entretanto, é possível encontrar na doutrina nacional comentários destacando uma desimportância do tema. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, sustenta que diante do fato de a ordem constitucional ter unificado a competência legislativa sobre direito privado e processual “é de todo irrelevante o fato de uma norma rotulada de lei civil conter algum preceito de natureza processual, ou um Código de processo civil incluir em seu texto alguma regra própria da lei material civil”.⁸³ Compartilhando de opinião semelhante colhe-se a argumentação trazida por Antonio do Passo Cabral para justificar a ausência de preocupação de se classificar

⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as Regras Heterotópicas de Natureza Processual. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm> > Acesso em: 23 nov. 2013.

as convenções processuais. Segundo o autor, “na atualidade, o debate sobre se as convenções das partes sobre situações processuais têm natureza material ou processual tem pouca importância prática porque a separação entre direito material e processo é apenas relativa. O regime das invalidades no Brasil é prova de que requisitos formais previstos em normas materiais e processuais podem ser conjugados e aplicados harmonicamente”.⁸⁴

Conquanto parte da doutrina revele desinteresse, há juristas que investigam o fenômeno. Os estudiosos que se debruçaram sobre o tema alcunharam essas normas de direito material em diploma processual ou vice-versa de normas heterotópicas, que segundo o professor Rodrigo Mazzei é “uma combinação do grego *héteros*, que transmite a ideia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também de *tópikos*, relativo a lugar (...) tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada”.⁸⁵ E denominaram as normas dotadas de hibridismo de normas *bifrontes*, porquanto estariam numa zona fronteira, não podendo adequar totalmente como norma direito material ou processual, “há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual) chamamos de normas bifrontes”.⁸⁶ Quando à este último, Dinamarco defende que “só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre e si e com os bens da vida. Constituem pontes de passagem entre o direito e o processo”.⁸⁷

O jurista Eduardo Couture ao se debruçar sobre essa problemática manifesta explicando que esse tema é muito comum em países de organização federal onde há secção de competência legislativa, sendo de atribuição dos Estados ou províncias a elaboração de leis processuais e da Federação as de caráter material. Segundo o autor o parece que correto seria o entendimento de que a natureza processual de uma lei não dependeria do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio. A análise, portanto, não partiria de sua localização,

⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 95.

⁸⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Enfoque processual do art. 928 do Código civil: responsabilidade civil do incapaz. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 61, p. 45-70, 2008. p. 48.

⁸⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. 2008. *op. cit.* p. 50.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

mas de seu conteúdo. E esta norma processual consistiria na regulamentação de fenômenos estritamente processuais, faria a normatização e programação do debate judicial⁸⁸:

O que devemos apreender, em face de cada caso particular, é a essência processual ou não processual da lei. Se esta, por seu conteúdo, inclina-se a descrever esse tipo tão especial de relação contínua e dinâmica que chamamos processo, revelado por uma noção de marcha que vai desde a petição inicial até a execução; se encontrarmos na lei essa marcha; se acharmos nela a descrição de como se deve realizar ou ordenar o conjunto de atos tendentes a obter uma decisão judicial suscetível de ser executada, coativamente, pelos órgãos do Estado, essa lei será processual e como lei processual deverá ser tratada.⁸⁹

Vislumbrando o mesmo problema Dinamarco aponta que quando se passa das especulações abstratas para a observação concretas das situações das relações individuais, "percebe-se uma proximidade muito significativa entre certos institutos francamente processuais e a situação de direito substancial em relação à qual o processo atuou ou deve atuar".⁹⁰ Tal fato ocorre porque certos institutos se ligam tão fortemente ao direito individual, à vida das pessoas que seria evidente uma carga substancial na norma (não apenas processual). Poder-se-ia considerar em primeiro lugar como direito material e depois como técnica processual. Conforme o autor, seria o caso da ação, competência, prova, coisa julgada e da responsabilidade patrimonial que "recebendo do direito processual parte de sua disciplina (na sua técnica), mas também dizendo respeito a situações dos sujeitos fora do processo (às vezes, até antes dele), compõe um setor que a doutrina já denominou direito processual material".⁹¹

Essa classificação de acordo com a dicotomia substância/processo é árdua, sendo difícil encontrar consenso. Dinamarco exemplifica apontando cinco institutos. O último citado, a responsabilidade patrimonial, é o tema de estudo deste trabalho. No tocante à prova, a classificação se mostra controversa. Segundo Couture "durante muito tempo acreditou-se que essas normas [relativa à prova] eram inerentes ao Código Civil ou ao Código Comercial. Hoje, entretanto, podemos aceitar como admitido que as regras da prova são normas essencialmente processuais. É completamente indiferente o texto codificado no qual estejam ela inscritas".⁹²

⁸⁸ COUTURE, J. Eduardo. *Interpretação das Leis Processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36

⁸⁹ COUTURE. *idem*. p. 37

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

⁹¹ DINAMARCO. *idem*. p. 44.

⁹² COUTURE. *idem*. p. 36.

Na legislação nacional verifica-se o dissenso acerca da prova. No Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, mesmo havendo um título reservado às questões processuais, quando se trata sobre questões atinentes à prova e sua inversão o tema é disciplinado em conjunto com as normas de direito material. Já no Código Civil há um título específico denominado “da prova”.

Diante disso pode-se afirmar peremptoriamente que “a natureza processual de uma lei não se deduz, pois, necessariamente, do lugar em que se insere, mas de seu objeto”.⁹³

3.2 – A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Antes de se falar propriamente das normas e de sua natureza, convém tratar mesmo que sucintamente da relação jurídica de direito material e da relação jurídica de direito processual com viés no plano normativo-relacional. A ideia que se passa a expor é oriunda essencialmente do labor do jusfilósofo Lourival Vilanova e não tem de maneira alguma o objetivo de apontar a natureza do processo, ou defini-lo, como relação jurídica.

Fazendo um corte simplificado na norma jurídica, ela apresentar-se-ia uma composição dúplice: norma primária e norma secundária. A primeira seria a norma que institui deveres e direitos ocupando os seus sujeitos posições ativa e passiva, com pretensões e deveres. Já a norma secundária adviria quando houvesse o não cumprimento da norma primária, sendo este “inadimplemento” o fato jurídico originário da pretensão de exigir coativamente perante um órgão estatal. Se ocorre uma lesão a um direito, *A* exigirá de *B* a sanção pelo descumprimento do dever de *B*. É a norma jurídica primária que ampara o direito de *A* exigir a prestação em face de *B*. Contudo, é a norma secundária que permite que a prestação seja coativamente exigida perante órgão estatal, em outros termos, pela norma secundária que é possível a prestação ser judicialmente exigível.⁹⁴ Desse modo, a relação jurídica decorrente de uma regulação de uma norma jurídica deve ser capaz de ser judicializada.

⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol I. 2a ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. 1969. p. 72.

⁹⁴ VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2a ed. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 123.

O direito material e o direito processual seriam respectivamente norma primária e norma secundária. E estas, “ainda que eventualmente juntas, por conveniência pragmática, linguisticamente formuladas como unidade, logicamente são duas proposições normativas. Lógica e juridicamente, são diversas, pelos sujeitos intervenientes, pelos fatos jurídicos e efeitos”.⁹⁵

Essas normas “têm como ponto de incidência fatos diversos. E relações jurídicas diversas. A uma relação jurídica material *R*, entre *A* e *B*, sucede outra relação jurídica formal (processual) entre *A* e *C* (órgão *C* que concentrou o emprego da coação) e entre *C* e *B*”.⁹⁶ Por exemplo: na primeira relação regula-se a prestação e na segunda a exigência coercitiva da prestação. Segundo Ovídio Baptista, pode ser da necessidade de se averiguar a verdadeira existência e legitimidade da primeira relação jurídica (relação material), “faz com que a relação originariamente existente entre o titular do direito e o titular do dever jurídico, do ponto de vista do primeiro, dê origem a uma segunda relação, por meio da qual o titular do direito - impedido de realizá-lo por seus próprios meios - terá de exigir (pretensão) do Estado seu auxílio (tutela), a fim de que este, através de uma instituição, especialmente criada para tal fim”.⁹⁷

Segundo Vilanova a relação jurídica derivada seria uma nova relação jurídica com pressuposto lógico do descumprimento da norma primária,⁹⁸ sendo esta nova relação jurídica “uma relação composta de duas relações processuais, eficácia de dois fatos jurídicos (atos jurídicos-processuais): o exercício do direito de ação e o exercício do direito de contraditório. Termo comum dessa dúplice relação processual é o órgão jurisdicional. No conjunto, o processo é uma série ordenada de relações”.⁹⁹

Tendo em vista essa peculiaridade na composição de sujeitos da relação processual, não se pode

⁹⁵ VILANOVA. *idem*. p. 189.

⁹⁶ VILANOVA. *idem*. p. 189.

⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. vol 01. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 14.

⁹⁸ Não obstante Vilanova coloque o pressuposto lógico o descumprimento da norma primária, não se pode olvidar que nas ações de cunho declaratório não há propriamente o descumprimento da norma primária, uma vez que se trata apenas de uma crise de certeza na relação jurídica material. Por isso o autor frisa que “deixemos de parte as sentenças cuja eficácia é meramente declaratória de existência ou inexistência de relação jurídica, pois nelas não se exige, pela via judicial, aplicação de norma sancionadora ao sujeito passivo. A declaração, todavia, não lhe suprime o caráter de ato de império estatal, como vontade jurisdicional, nem confere à sentença a forma lógica de enunciado descritivo. É enunciado normativo, representa preceito”. (VILANOVA. *idem*. p. 193).

⁹⁹ VILANOVA. *idem*. p. 189.

considerar o processo como uma relação jurídica simples, simétrica e unidirecional. “O processo é relação jurídica complexa, dinâmica, bidirecional e circular, em que o comportamento de cada um dos sujeitos afeta e é afetado pelo comportamento dos outros”.¹⁰⁰ Como existe uma relação entre autor-juiz, réu-juiz e eventualmente terceiros, há uma especificidade na relacional. Por isso “pode-se dizer que o processo é um sistema interacional, já que se desenvolve por intermédio da influência mútua entre partes e órgão jurisdicional, devendo ser definido, portanto, como uma estrutura dialética”.¹⁰¹

Esse sistema interacional da relação jurídica processual deriva da relação jurídica material, por isso diz-se em norma primária e norma secundária. Essa relação processual é causal, surge como consequência de um fato em outra relação jurídica. Mas não se pode confundir a norma secundária ou a relação jurídica processual com sanção. Esta é capaz de existir na própria norma primária. O pagamento de juros, cujo pressuposto é o descumprimento de obrigações negociais é parte integrante da norma primária. Daí não é qualquer efeito do inadimplemento que será integrante da norma secundária. As medidas extrajudiciais que um credor toma para fazer exigir seu direito constitui apenas uma pretensão de direito material regulada pela norma primária. Por outro lado, a norma secundária vai regular o modo pelo qual opera a pretensão judicializada.¹⁰²

Ocorre que a sanção em nível pré-processual, que tem por pressuposto o não cumprimento de deveres ou obrigações principais, carece de eficácia coativa¹⁰³ (ou coercitiva)¹⁰⁴ não pode ser efetivada pelo interessado *sponte propria*, ressalvado os raros casos de autotutela. Somente na norma secundária, que se diz norma sancionadora, o descumprimento é o pressuposto antijurídico que conduz à relação jurídica processual. Assim, para o interessado se valer da coação deve ter capacidade processual e pleitear o emprego dessa coação ao Estado.

¹⁰⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. v. 14, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2011. p. 08.

¹⁰¹ MEDINA. *idem* p. 09.

¹⁰² VILANOVA. *op. cit.* p. 192-193.

¹⁰³ Para Vicente Greco Filho: “entende-se que a sentença libera a coação estatal, uma vez reconhecida a norma regente do caso concreto; mas o direito, para sua existência, não depende da efetivação da coação. A característica do direito é a coercibilidade, isto é, a previsão da sanção, da coação como ameaça, e não a coercitividade que vincularia a própria formação do direito à sua violação e à imposição e uso da força. (GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 32).

¹⁰⁴ VILANOVA. *op. cit.* p. 194.

Esse composto de norma primária e norma secundária (este do direito processual objetivo) é que o autor Lourival Vilanova denomina de “bimembridade da norma jurídica” onde a norma “primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte substantivo”.¹⁰⁵ Portanto, é pela norma secundária, via processo, que se faz possível o emprego da coação.

Desse modo, torna-se intuitivo que o direito de ação não advém do inadimplemento da norma primária, mas é um direito fundamental, uma vez que para se efetivar o comando descrito na norma primária o interessado deve ter direito ao emprego do uso da coação, esta, exclusividade do Estado. O direito de ação é “composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal”.¹⁰⁶

Vilanova diz que essa situação de “ser sujeito-de-direito” – não do direito de ação, mas de qualquer direito – é *efectual*, uma vez que “é efeito de fato que a norma qualificadora de subjetividade ligou a esse fato”.¹⁰⁷ E no tocante especificamente ao direito de ação ele pontua:

O direito subjetivo processual é *efectual*, também: requer norma incidente sobre o fato do sujeito-de-direito, decorrente de seu *statusverhaeltniss*, como advertira Jellinek (*system der subjectiven oeffentlichen Rechte*). Mas a norma atributiva da subjetividade processual é norma de direito público (de direito processual e de direito constitucional). O ser sujeito-de-direito de relação processual é, por sua vez, relação jurídica: é estar na relação jurídica como um dos termos. O outro é o Estado, na posição de titular do dever de prestar a tutela jurisdicional.¹⁰⁸

Assim, a relação jurídica material regulada pela norma primária (que dependendo do caso pode ser direito privado) passa a ser suporte de outra relação, esta, de direito público. E, exercido o direito de ação, passa a integrar outro elemento na relação jurídica, o Estado-Juiz, angularizando a relação jurídica. Seguindo a mesma lógica Didier afirma que o processo pode “ser encarado como um efeito jurídico; ou seja, pode-se examiná-lo pela perspectiva do plano da eficácia dos

¹⁰⁵ VILANOVA. *idem*. p. 190.

¹⁰⁶ DIDIER JUNIOR. *op. cit.* 2012. p. 47.

¹⁰⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2a ed. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 200.

¹⁰⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2a ed. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 205.

fatos jurídicos. Nesse sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais”.¹⁰⁹

Tem-se a relação jurídica material como causa e o processo como efeito, de modo que podemos entender que a relação entre direito material e processo pode ser vista como a que decorre em razão do surgimento da situação de crise na realização do direito material. “Quando os integrantes de uma relação jurídica descumprem os respectivos deveres e obrigações ou excedem o exercício de faculdades e poderes revela-se a situação de crise do direito material, abrindo a possibilidade de acesso ao plano do direito processual”.¹¹⁰ Tendo isso em vista, Bedaque assevera que “o conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não finalização espontânea”.¹¹¹

Tem-se com isso uma ideia sobre a relação jurídica de direito material e de direito processual, sendo que essa questão se torna relevante para o nosso estudo na medida que se constata a divergência doutrinária quanto à localização da responsabilidade patrimonial. Se seria regulada pela norma primária ou estaria inserida no seu consequente. Para aqueles que defendem a natureza bifronte, como por exemplo, o já citado Dinamarco, poder-se-ia argumentar que a responsabilidade estaria na norma primária pelo fato de o credor ter a expectativa de excussão patrimonial do devedor, e estaria também no consequente pelo fato de que somente com o descumprimento da obrigação e sua juridicização que nasceria a responsabilidade patrimonial.

É uma forma de se enxergar o problema, mas que, como se verá, não é a que parece ser a mais pertinente.

¹⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. Revista de Processo. São Paulo. vol 210. p. 41-56, ago. 2012. p. 46.

¹¹⁰ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A relação entre os planos do direito material e processual na execução de título executivo extrajudicial e a responsabilidade patrimonial. Revista de Processo. vol 213. p. 123-159. São Paulo. RT. 2012. p. 124.

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 11.

3.3 – TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Explanou-se linhas atrás não sobre a redução do processo, ou a definição da natureza jurídica do processo como relação jurídica, apenas debruçou-se sobre o espectro da relação jurídica processual para poder-se lançar argumentos iniciais na sua distinção da relação jurídica material. Destarte, passa-se agora a algumas considerações sobre algumas teoria acerca da natureza jurídica para melhor compreensão do que seja o processo.

A teorização do processo como relação jurídica surgiu após a teoria do processo como relação de contrato e quase contrato.¹¹² A teoria do processo como relação jurídica, sendo “um conjunto de situações jurídicas pelas quais atravessam as partes até chegar à sentença definitiva”,¹¹³ foi desenvolvida por Bülow em 1868, e foi importante como marco para estabelecer a autonomia do direito processual frente ao direito material. Baseava essa construção em um conceito neutro, e essa “pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreto, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens”.¹¹⁴

A partir da construção da natureza do processo como relação processual Goldschmidt trabalhou o processo como situação jurídica. “Evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual”.¹¹⁵ O processo não seria, pois, a mesma relação material discutida em âmbito judicializado, uma vez que seria dotada de uma carga de incerteza.¹¹⁶ O processo então seria uma complexa situação jurídica, onde a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas.

¹¹² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 78

¹¹³ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. Panóptica (Vitória), v. 4, p. 19-41, 2010. p. 24

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional, pp. 541-574, in: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodvm. 2007. p. 542.

¹¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A incompreendida concepção de processo como situação jurídica: vida e obra de James Goldschmidt. Panóptica (Vitória), v. 17, p. 23-48, 2009. p. 32.

¹¹⁶ Segundo Goldschmidt “quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde”. apud LOPES JUNIOR, Aury. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *op. cit.* p. 32.

Ainda se pode enxergar o processo como instituição (na qual se apoia em critérios sociológicos), como defendeu Guasp, ou conforme defendido por Elio Fazzalari, procedimento em contraditório.^{117 118}

Tais teorizações padecem do mesmo problema, pois não focam na legitimidade do procedimento e tampouco na legitimidade da decisão judicial. A neutralidade do esquema processual “imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do módulo processual em face das necessidades de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão”.¹¹⁹ Não se podendo enxergar o processo apenas como relação jurídica ou um procedimento que confere a oportunidade de se manifestar, “mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, ser em si legítimo - adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais -, e ainda produzir uma decisão legítima”.¹²⁰

Tendo isso em vista, modernamente adveio a teoria constitucionalista do processo ou modelo constitucional do processo de Andolina, Vignera, Zamudio e Baracho, onde “os citados pesquisadores científicizaram a constitucionalização dos institutos processuais do devido processo legal, do contraditório, da isonomia e da ampla defesa exigíveis nos âmbitos de produção e aplicação dos procedimentos infraconstitucionais”.¹²¹ Entendeu-se o processo como uma necessária instituição constitucionalizada, fato que difere da próxima teoria.¹²²

¹¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *op. cit.* p. 81-83

¹¹⁸ Conforme Pereira Leal: “sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o contraditório conquista teórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo”. LEAL, Rosemiro Pereira. *op. cit.* p. 83-84

¹¹⁹ MARINONI. *op. cit.* 2007. p. 543

¹²⁰ MARINONI. *op. cit.* 2007. p. 546

¹²¹ WALTER, Carlos H. Processo como hermenêutica paradigmática (a partir de Fazzalari, Baracho, Fix-Zamudio, Andolina, Vignera e Rosemiro Leal). *Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – p. 179-208 – jul./dez. 2006.* p. 190.

¹²² “A Teoria Constitucionalista do Processo acolhe uma sociedade civil pressuposta e já construída por um Estado nacional pré-histórico como referente hermenêutico dos direitos a serem decididos pela autoridade jurisdicional. Ao contrário, a Neo-Institucionalista propõe-se a construir uma sociedade democrática pelo povo legitimado ao processo (comunidade jurídica de cidadãos) em todos os níveis de produção, atuação, aplicação e extinção de direitos no marco teórico-institucional do devido processo constitucionalizado (Direito Constitucional Processual)”. LEAL, Rosemiro Pereira. *op. cit.* p. 92.

E por fim, pode-se elencar a teoria neo-institucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal, na qual o processo, como instituição constitucionalizada, define-se “como uma conjunção de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental) que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório”.¹²³ Destarte, o processo, por concretização constitucional, seria concebido como “uma instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”.¹²⁴

Na mesma linha pode-se transcrever o pensamento de Marinoni a esse respeito, para quem:

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É o conduto que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário, e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seu corte quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.¹²⁵

Portanto, nas teorias que se seguiram teoria do processo como relação jurídica, não se exclui expressamente a concepção da relação jurídica processual, todavia não se define o processo resumidamente como relação jurídica. Com o advento das novas construções doutrinárias, passou-se a enxergar o processo como instituto ou como procedimento em que inevitavelmente sofrerá influxos do direito constitucional.

¹²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *op. cit.* p. 88

¹²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *op. cit.* p. 88

¹²⁵ MARINONI. *op. cit.* 2007. p. 574

3.4 – A AUTONOMIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Tendo visto os conceitos e a incidência das normas constitucionais na legislação e relações jurídicas formadas no seio do processo judicial, retomemos a análise do direito material e processual convergindo na relação jurídica.

As interações humanas podem estudadas sempre à luz de uma análise jurídico-relacional, onde normas jurídicas regulariam essa relação. Por exemplo, dois vizinhos de um prédio tem seus relações jurídicas de vizinhos normatizadas pela convenção de condomínio. Se vizinho um é locatário do outro haverá a regulação pelo contrato de locação. Se ainda esses mesmos dois vizinhos são sócios de uma pessoa jurídica tipo sociedade limitada terão relações jurídicas reguladas pelo contrato social da sociedade.¹²⁶ Somente com esses três exemplos é possível verificar que poderá haver um sem número de relações jurídicas entres os vizinhos. Deve-se respeitar a vaga de garagem, nível de ruído, utilização das áreas comuns do edifício, pagamento do aluguel, impedimentos dos sócios, distribuição de lucros, etc.

No caso dos direitos reais pode-se se ver com mais clareza. O direito real não é visto como uma relação entre o proprietário e a coisa. Não haveria propriamente uma relação jurídica entre um sujeito e uma coisa. No direito de propriedade de um lado o sujeito proprietário e de outro um sujeito passivo universal. Este sujeito passivo universal seriam todos os outros sujeitos de direito que teriam o dever de respeitar o domínio do proprietário. Desse modo, para cada propriedade existente haveria tantas relações jurídicas para tantos sujeitos de direito existentes.

Dito desta maneira não é difícil concluir que há um complexo de relações jurídicas que regula a vida em sociedade, sendo possível até mesmo que um sujeito nem mesmo conheça o outro sujeito com quem possui uma relação jurídica, ou até mesmo que saiba da própria existência dessa relação jurídica.

Aos lado dessas relações jurídicas onde há um direito em contraponto com um dever decorrente de um efeito da norma jurídica pode-se colocar a relação jurídica processual. A diferença entre a relação jurídica (material) e a relação jurídica processual será a norma que fundamenta o

¹²⁶ Não se pode olvidar ainda que as citadas normas jurídicas não obstam a aplicação da legislação estatal em vigor e tampouco da Constituição da República.

direito de um sujeito e o correspondente devedor do outro sujeito.¹²⁷ Enquanto o direito material regula a relação jurídica material, o direito processual disciplinará a relação jurídica processual.

Essa relação jurídica processual é autônoma frente à relação material (o que não se confunde com autonomia ou independência do processo ou do direito processual), e completa, sendo o direito processual a fonte da qual emana os direitos e obrigações para as partes (autor, réu, juiz e auxiliares). Chiovenda afirma que é autônoma “*em cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por la partes, puesto que se funda e outra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de las partes*”.¹²⁸ E acrescenta que é completa uma vez que “*no comprende um solo derecho o obligación, sino um conjunto indefinido de derechos, como sucede con muchas relaciones aun de derecho civil (por ejemplo, la sociedad); pero todos estos derechos coordinados a um fin común que recoge em unidat todos los actos procesales*”.¹²⁹

Pode-se dizer que com o descumprimento da obrigação de pagar o aluguel, caso apresentada uma ação judicial, nasce outra relação jurídica, sendo esta processual, dotada de autonomia e completude. Haverá um imbricação entre as relações jurídicas material e processual, mas cada qual com sua autonomia. Até que venha decisão judicial em sentido contrário, o devedor da obrigação de pagar o aluguel continuará sendo devedor da obrigação e por outro lado, no plano da relação processual, o devedor-réu terá o direito de se defender do processo judicial. Portanto, haverá uma relação jurídico-material concomitantemente com outra relação jurídico-processual.

A autonomia pode ser vista com mais vigor quando é ajuizada uma ação meramente declaratória. Nesse caso o juiz pode declarar simplesmente que a indigitada relação jurídica material entre autor e réu não existe e nunca existiu. Ou seja, haveria entre autor e réu uma relação processual sem mesmo haver uma relação material.

Não se pode olvidar que a relação jurídica não será mais composta apenas pelos sujeitos da apontada relação material. O estado-juiz passa a compor a relação jurídica, pois da mesma

¹²⁷ Llámase ley procesal la que regula la actuación de la ley en el proceso y particularmente la que regula la relación procesal. CHIOVENDA. Jose. Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid: Reus. 2000. p. 134.

¹²⁸ CHIOVENDA. Jose. Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid: Reus. 2000. p. 123.

¹²⁹ CHIOVENDA. *idem*. p. 123.

forma que a lei processual disciplina a relação jurídica processual sendo a fonte de direitos e deveres para as partes¹³⁰, ela também confere às partes direitos e deveres frente ao juiz, cabendo a este o dever de julgar a demanda¹³¹ de maneira célere¹³².

3.5 – DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

3.5.1 – Distinções tradicionais

Encontrar um critério de classificação normativa satisfatório, onde se possa qualificar com segurança o que seja norma processual e norma material, mostra-se difícil, senão impossível. Afirmar simplesmente que uma norma é processual porque seu conteúdo é de processo e outra norma é de direito material porque traz norma substancial pouco auxilia para o resolver o problema.

De um modo geral, a doutrina brasileira, provavelmente por entender uma ausência de reflexo prático em uma distinção mais aprofundada entre direito processual e material, realiza uma dicotomização de maneira sucinta, não alcançando temas que podem gerar maiores dúvidas.

Moacyr Amaral traz uma definição de processo onde se afirma que “poderia ser considerado como um sistema de atos, que se rege por princípios e leis, constituindo um fenômeno que se situa no campo do direito. Ao sistema de princípios e normas legais que regulam o processo, disciplinando as atividades dos sujeitos interessados, do órgão jurisdicional e seus auxiliares, dá-se o nome de direito processual”.¹³³ Em termos mais simples: “o direito processual é a regulamentação do exercício da função jurisdicional”.¹³⁴

Para o professor da Universidade Nova de Lisboa, José Lebre de Freitas, “o termo processo designa, no seu sentido vulgar, uma sequência de fenômenos (actos humanos ou factos naturais) dirigida a um resultado. No campo do direito os fenômenos da sequência são fatos jurídicos

¹³⁰ CHIOVENDA. *idem*. p. 123.

¹³¹ CHIOVENDA. *idem*. p. 124.

¹³² CRFB. Art. 5º. LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹³³ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 35.

¹³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *idem*. p. 35.

(atos jurídicos). Tudo se pode enxergar como processo, o processo de elaboração de lei, o processo de formação do ato administrativo, o processo dinâmico da obrigação. O mesmo acontece no caso do processo jurisdicional que é sempre a sequência de atos jurídicos ordenados para um fim”.¹³⁵

Acerca da relação entre direito material e processual, Moacyr Amaral, acresce na definição o elemento jurisdição, pois esta consistiria “exatamente em fazer atuar a lei substancial que regula o conflito ou protege o interesse. Ela se vale para isso do processo, que tem sua disciplina no direito processual. Quer dizer, o direito processual e, assim, o direito processual civil regulam as atividades, isto é, os modos e as formas das atividades a serem desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais e mais sujeitos do processo, a fim de que aqueles façam atuar o direito substancial ao caso”.¹³⁶

Rosemiro Pereira Leal entende que “norma material equivale a comandos diretos, os quais, no Direito Democrático, são criados pelo Processo Legislativo, estabelecendo critérios do ser, haver e ter, para que, em caso de julgamento, possa o julgador decidir o *jus in personam* (direito pessoal) ou *jus in re* (direito real)”.¹³⁷ Já a norma processual “compreende comandos de disciplinação da jurisdição, e do procedimento como estrutura e instrumento jurídico de exame e debate dos arcaicamente denominados direitos materiais e até processuais. As normas processuais estabelecem critérios de proceder para todos e especialmente para o que exerçam a jurisdição em nome do Estado”.¹³⁸

Para Luiz Wambier as normas de direito material são as "que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito, aquilo que é ilícito e não deve ser feito".¹³⁹ Por outro lado, as normas de direito processual teriam conteúdo vinculado à atividade do juiz, ao que acontece em juízo, definindo-se tais normas jurídica como àquelas voltadas à regulamentação da atividade característica da jurisdição. Haveria também por meio das normas

¹³⁵ FREITAS, José Lebre de. A Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora. 2006. p. 12.

¹³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *idem*. p. 51.

¹³⁷ LEAL. *idem*. p. 126.

¹³⁸ LEAL. *idem*. p. 127.

¹³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida. 10a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 63.

processuais a criação, modificação e extinção de direito e obrigações, mas sempre no seio do processo judicial. “A diferença está em que lá, mas normas de direito material, há disciplina das relações jurídicas travadas nos mais diferentes ambientes (famílias, comercial etc.), ao passo que aqui, no que diz respeito às normas de direito processual, são disciplinados os fenômenos endoprocessuais (que ocorrem dentro do processo) e a própria relação jurídica em que consiste o processo”.¹⁴⁰

Abordando o tema sob um espectro distinto, Bedaque ao se manifestar sobre a distinção e relação entre direito material e processual parte de direito subjetivo¹⁴¹, sendo que este seria a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor”.¹⁴² O titular do direito subjetivo, tem-no, porque houve proteção de seu interesse por uma norma de direito material¹⁴³.

A partir dessa ideia o autor defende que o direito substancial poderia ser aparatado do direito processual. “Enquanto aquele é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer, o direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente”.¹⁴⁴

Bedaque deixa de forma claro que o direito processual é um instrumento para realização do direito material, e deve ser modelado para que o processo atinja o fim observado no direito material. O processo seria um meio à disposição dos litigantes para que se cumpra a vontade da lei. Direito material e processo caminham juntos, de modo que este seria instrumento daquele, e “se dignifica na razão direta em que aquele se manifesta como buscando a estabilidade e a

¹⁴⁰ WAMBIER. *idem*. p. 63.

¹⁴¹ Cabe lembrar que parte da doutrina defende “nem todas as situações jurídicas subjectivas se reduzem à figura do direito subjectivo”. O processo civil teria “por função a tutela de direitos subjectivos, ou de interesses juridicamente protegidos mas não organizados em direito subjectivo”. FREITAS, José Lebre de. *op. cit.* p. 26.

¹⁴² BEDAQUE. *op. cit.* p. 10.

¹⁴³ BEDAQUE. *op. cit.* p. 10. O autor ainda fala de direito potestativo “que não se confunde com direito com direito subjetivo. Enquanto este é poder correlato a um dever, aquele constitui faculdade decorrente de relação jurídica preexistente, em que uma das partes tem o poder de transformá-la, extingui-la, ou criar uma nova, submetendo a outra parte. O titular de direito potestativo prescinde de alguém, pois pode exercitá-lo unilateralmente, sujeitando outra pessoa a esse poder”.

¹⁴⁴ BEDAQUE. *op. cit.* p. 11

justiça”.¹⁴⁵ Relativiza-se a ideia de autonomia ou independência do direito processual frente ao direito material.

Essa corrente instrumentalista é considerada a terceira fase do desenvolvimento desse estudo da relação do direito processual com o direito material. De um modo geral a doutrina se refere como primeiro momento a fase privatista, em que o direito material e processual se confundiam, não possuindo o último uma autonomia; a segunda seria a fase autonomista, em que o processo ganha autonomia científica e se distancia do direito material; e a terceira fase, chamada de instrumental, “que, em breves linhas, pretende retomar o vínculo perdido com o direito material em prol de escopos vários, dentre eles, mas não principalmente, a realização do direito no caso concreto”.¹⁴⁶ O ordenamento neste ponto seria dividido em dois planos distintos, interagentes mas autônomos e cada qual com sua função específica¹⁴⁷.

Todavia, o fato de se considerar o direito processual como autônomo ou como instrumento do direito material não soluciona o problema da distinção entre as duas normas. Esse “critério diferenciador” onde se vê o processo como mero instrumento do direito material é difundido, contudo pouco esclarecedor, uma vez que elenca mais uma qualidade do processo do que um traço distintivo entre as normas que regulam as relações jurídicas processuais e materiais.

3.5.2 – O desenvolvimento da dicotomia entre substância e processo

A questão da distinção entre o direito material e o direito processual não é nova e tampouco restrita ao direito brasileiro. O direito norte americano enfrenta essas discussões desde longa data:

Substantive law is sacred and fundamental. It represents the experience of the ages. On it is based the freedom of the individual. It never needs reform because its fundamental verities can always be discovered by logical analysis. Procedure, on the other hand, is entirely practical. It always needs, not logic, but change in the light of practical details. It is based on the experience of the ages also, but age with it is senility, not wisdom. Yet, in spite of these fundamental differences, no one has ever been able to formulate any test which will distinguish between

¹⁴⁵ GRECO FILHO. *op. cit.* p. 29.

¹⁴⁶ HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. p. 96.

¹⁴⁷ BURINI, Bruno Corrêa. Normas Processuais no Código Civil (e a disciplina da prova legal). Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol 16. p. 92-115. 2005. p. 101.

*procedure and substantive law in any particular case. Substantive law remains the law which we enforce, procedure the practical rules by which we enforce it. We therefore always restate substantive law in the light of its principles, and reform procedure in the light of its practical problems.*¹⁴⁸

Contudo, o próprio autor estadunidense, mesmo conceituando o direito material e processual, reconhecia a dificuldade na diferenciação. Estabelecer os limites mostrou-se tarefa árdua, mas que no sistema norte-americano seria uma consequência da atitude em direção a um judiciário independente. “*The difference between procedure and substantive law is a movable dividing line which may be placed wherever an objective examination of our judicial institutions indicates is necessary*”.¹⁴⁹

Jeremy Bentham no século XIX, autor a qual se atribui a expressões de direito substantivo e direito adjetivo, entendia processo significaria o curso tomado para a execução das leis. A leis adjetivas prescreveriam o curso do procedimento, já as substantivas seriam a execução que se tem em vista.^{150 151} O entendimento, não obstante ultrapassado, não é de todo desprezável. As chamadas normas adjetivas regularia o procedimento em contraditório, e por sua vez, as normas materiais comportariam o conteúdo finalístico, englobando o objetivo da execução da lei. A norma material traz o objetivo e a norma processual operacionaliza. É o que se denomina atualmente de instrumentalidade do processo. Essa construção doutrinária de Bentham sofreu críticas, pois não traria um critério distintivo seguro, sendo que Bentham admitia que “substância” e processo não podem ser claramente e fortemente separados.

Nos Estados Unidos, no início do século XX, foram desenvolvidas algumas teorias. Salmond, na década de 1930, elaborou uma teoria de uma separação nítida mas que na prática admitia-se muitas regras processuais seria completamente ou substancialmente equivalentes às regras de direito material. Houve também quem não apontasse distinção, afirmando-se ser ilusória qualquer diferenciação (Chamberlayne, 1911). Em outra visão, a teoria também da década de

¹⁴⁸ ARNOLD, Thurman W., *The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process*. Harvard Law Review. vol. 45. p. 617-647. 1932. p. 643.

¹⁴⁹ ARNOLD, Thurman. *op. cit.* p. 643. (tradução livre: A diferença entre processo e lei substantiva é uma linha divisória móvel que pode ser colocada onde um exame objetivo de nossas instituições judiciais indique que é necessário).

¹⁵⁰ KOCOUREK, Albert. *Substance and Procedure*. Fordham Law Review. vol. 10. n. 2. pp. 157-186. 1941. p. 157.

¹⁵¹ MAIN, Orin Thomas. *The Procedural Foundation of Substantive Law*. Washington University Law Review. vol. 87. n. 4. pp. 800-841. 2010. p. 804.

1930, do antigo professor de Yale, Walter Wheeler Cook, não se nega a distinção entre substância e processo, mas haveria muitos problemas decorrentes de uma zona de penumbra ("twilight zone").¹⁵² Para este autor, não seria uma dicotomia, mas sim uma tricotomia entre "(i) 'substance,' (ii) 'procedure,' and (iii) penumbra, a 'twilight zone'".

No Brasil, Dinamarco denomina as normas dessa penumbra de norma ou instituto bifronte, que seriam o direito processual material. Neste, ocorre a convergência de normas substanciais e processuais para sua disciplina. Compreenderia uma faixa de estrangulamento existente entre dois planos do ordenamento jurídico, o plano substancial e o processual. A diferença entre a construção teórica de Cook e a de Dinamarco reside que no fato de que o primeiro fazia uma tricotomia e último dava a entender que o direito processual material seria uma subespécie do direito processual. Seu objeto material seria integrado por institutos (ação, competência, prova, coisa julgada e responsabilidade patrimonial) que "embora processuais em razão de sua direta participação na vida do processo, são diretamente influenciados pelos elementos e pela disciplina da relação jurídica material a ser efetivada mediante este".¹⁵³ Destarte, considera os casos de *twilight zone* como institutos unicamente processuais que teriam também traços característicos de direito material.

Aponta-se crítica até mesmo na denominação de direito substancial e processual. Tais termos seriam insatisfatórios e não passariam de metáfora, sendo o direito substancial definido "*those which exist in and per se*", o que poderia levar a conclusão que o direito processual não existe por si, ou seja, independentemente do direito material. Na realidade, essa ideia de que o direito substantivo é aquele que existiria por si, somente seria válido se parificar o direito material ao direito subjetivo. Por exemplo: numa relação creditícia o direito material do crédito existe por si próprio, já o direito processual desse mesmo sujeito somente existira depois de instaurado o processo judicial.

Albert Kocourek visando evitar os preconceitos dos termos substância e processo designa a norma material de "*telic*" e a processual de "*instrumental*". E definindo o que seria esses "*telic rights*" o autor os apresenta como direitos abstratos cuja realização é efetivada pela aplicação

¹⁵² KOCOUREK. *op. cit.* p. 161.

¹⁵³ DINAMARCO. *op. cit.* p. 46.

concreta, diretamente ou indiretamente dos direitos instrumentais.¹⁵⁴ É interessante notar que o autor aqui já traz a ideia da instrumentalidade trabalhada pela doutrina brasileira em tempo não tão distante.

Esse critério distintivo onde entre o direito processual e o material se assemelha com o sustentado por Norberto Bobbio. Para o jurista italiano as normas de direito material, sob a ótica do processo, atuam como limites de conteúdo normativo do juiz. Deve o julgador procurar uma solução dentro do que as leis estabelecem, “o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei”.¹⁵⁵ Por outro lado, as leis relativas ao processo constituem, ao contrário, os limites formais da atividade do juiz.

Em artigo criticando essa dicotomia entre direito processual e substancial, o professor da Universidade de Nevada, Thomas Main, sustenta que as categorias de direito substancial e direito material foram criadas por influência do iluminismo, onde a filosofia classificava tudo que cercava o ser humano. Tendo isso vista, para a classificação criou-se uma antinomia entre substância e processo¹⁵⁶. Diz-se que é uma antinomia e não uma dicotomia porque “*these concepts are not only counter-terms or antonyms, but are also paradoxically yoked: each is extraordinarily difficult to define without also defining the other*”.¹⁵⁷ Os próprios conceitos de cada elemento são mutuamente dependentes.

Continua o autor dizendo que com a posterior codificação das leis, e com a consequente separação das matérias, acabou-se transformando prematuramente essa antinomia em dicotomia. Não se manteve a consciência de que se tratava de uma simbiose e promoveu forçadamente uma secção das categorias. A disjunção teve um grave efeito, pois perdeu-se a possibilidade de uma norma enquadrar-se em ambas categorias ou nenhuma delas. Com a antinomia não se tinha essa ideia de classificação fechada, mas com a nova concepção de

¹⁵⁴ KOCOUREK, Albert. *op. cit.* p. 164

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999. p. 56

¹⁵⁶ O autor aponta que o uso de metáforas como que o processo é um instrumento, uma ponte, um tubo, um viaduto evidencia que as categorias carecem de uma definição inata (MAIN, Orin Thomas. *op. cit.* p. 811)

¹⁵⁷ MAIN. *idem.* p. 810 (tradução livre: (esses conceitos não são apenas contra-termos ou antônimos, mas também são paradoxalmente jungidos: cada um é extraordinariamente difícil de definir sem também definir o outro)

dicotomia, essa heterogeneidade foi perdida,¹⁵⁸ o que resulta em problemas de normas que não se consegue apontar a natureza.

Essa dificuldade será exposta a seguir.

3.5.3 – O caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins* (1938)

Devido à importância do julgamento e seus desdobramentos que resultaram num maior estudo no direito estadunidense sobre a distinção entre direito material e processual, analisar-se-á brevemente o caso envolvendo Harry Tompkins, e a companhia administradora de ferrovia Erie Railroad, registrada no Estado de Nova York.

Tompkins, morador do estado americano da Pensilvânia, seguia a noite, por um caminho de terra, ao longo de uma via férrea. Ao passar um comboio de mercadorias de um trem de propriedade de Erie Railroad Corporation ocorreu um acidente. Ao que parece, Tompkins foi derrubado e ferido por uma portinhola aberta de um dos vagões. Em razão dos danos sofridos no acidente, Tompkins ajuizou uma ação de indenização no Tribunal Federal do Distrito Sul do estado de Nova York.¹⁵⁹ A Erie Railroad quis valer da jurisprudência da Corte Superior da Pensilvânia que entendia que o autor não teria direito à indenização, pois era considerado um *trespasser*, não tendo direito de circular no caminho de terra que era uma via privada pertencente à companhia. Contudo, o autor alegava que o Tribunal Federal não seria vinculado a esse precedente, uma vez que o *Judiciary Act* de 1789 obrigaria o juiz a aplicar apenas the *laws of Pennsylvania*, ou seja, somente as leis escritas. E à falta de uma lei escrita sobre matéria, que não existia na espécie, deveria o juiz federal decidir com base numa *common law* federal, *general law* dos Estados Unidos e não a jurisprudência (*common law*) do estado da Pensilvânia.¹⁶⁰

¹⁵⁸ MAIN. *idem*. p. 811. Sobre o tema finaliza o autor: “unfortunately, the substance-procedure dichotomy was allocated a heavy jurisprudential load even though it could not bear that structural weight. It should come as no surprise, then, that the contours of the substance-procedure dichotomy remain undefined, if not in outright disarray”. (tradução livre: infelizmente, a dicotomia substância-processo foi atribuída uma carga pesada para a jurisprudência em que esta não tinha estrutura para suportar. Ela não deveria vir como surpresa, então, os contornos da dicotomia entre substância-processo continuam indefinidos, se não em desordem absoluta).

¹⁵⁹ Observa-se que não havia dúvida sobre a possibilidade deste juízo ser competente para julgamento da demanda

¹⁶⁰ RENÉ, David. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 467.

O juiz federal do distrito e a *Court of Appeals* aplicaram o entendimento defendido pelo autor, e decidiram que na ausência de uma lei escrita, era permitido aos tribunais federais aplicarem uma *general law* desconsiderando uma *common law* existente sobre a matéria (no caso, desconsiderando a *common law* do estado da Pensilvânia). Entretanto, houve recurso para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos que anulou a decisão e determinou que o Circuit Court of Appeals julgasse segundo a *common law* da Pensilvânia.¹⁶¹ Entendeu o juiz Brandeis da Suprema Corte dos Estados Unidos que "*whether the law of the state shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a state whether they be local in their nature or 'general,' be they commercial law or part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts*".¹⁶²

Portanto, afirmou-se que não existe *common law* federal.¹⁶³ Excetuando somente os casos em que a competência legislativa seja das autoridades federais, como por exemplo o direito relativo às marcas e patentes.¹⁶⁴ Com isso superou-se uma jurisprudência de quase um século, uma vez que até a decisão do caso Erie seguia-se o entendimento formulado no caso de Swift v. Tyson de 1842 onde decidiu-se que os tribunais federais não estavam vinculados ao *common law* estadual.¹⁶⁵

Do caso Erie resultou outra consequência interessante: além do fato de o tribunal federal ter que aplicar o direito material estadual (*common law*), essa corte federal deverá aplicar o direito processual federal (*federal procedural law*).¹⁶⁶ Destarte, houve uma dicotomização forçada

¹⁶¹ RENÉ, David. *idem*. p. 468.

¹⁶² Duke Law Journal. Comment: Hanna v. Plumer: An Expanded Concept of Federal Common Law — A Requiem for Erie?. Duke Law Journal. pp. 142-165. 1966. p. 145. (tradução livre: se a lei do Estado deve ser elaborada pelo seu Poder Legislativo em um estatuto ou pelo mais alto Tribunal desse estado em uma decisão, não é uma matéria de interesse federal. Não há common law [direito consuetudinário material] federal geral. O Congresso não tem poder para declarar direitos substantivos de common law aplicáveis em um estado caso seja de sua natureza ou 'geral', sejam elas normas de direito comercial ou relativa a indenização. E nenhuma cláusula na Constituição pretende conferir tal poder aos tribunais federais).

¹⁶³ Com a regra também se inibiu a utilização do *forum shopping*, haja vista que o autor não poderia escolher a lei material que seria aplicada em seu julgamento.

¹⁶⁴ RENÉ, David. *op. cit.* p. 468

¹⁶⁵ LORENZEN, Ernest G. Developments in the Conflict of Laws, 1902-1942. Michigan Law Review. vol. 40. n. 6. 1942. p. 782.

¹⁶⁶ Duke Law Journal. Comment: Hanna v. Plumer. *op. cit.* p. 143

pelo sistema.¹⁶⁷ E dentro de um ordenamento que não estava à época devidamente avançado para construir bases seguras para uma distinção segura.

Como era de se esperar a ausência de um critério sólido para se distinguir as normas de direito processual das normas de direito material gerou alguns problemas. A dicotomização tradicional não conseguia resolver um sem número de situações e a falta de diretrizes analíticas adequadas para determinar o que era o direito processual dentro do contexto Erie acarretava divergência entre a doutrina e tribunais. Na tentativa de fornecer alguma orientação, a Suprema Corte norte-americana indicou que não tinha a intenção de ficar vinculada por habituais categorizações de processo-substância.¹⁶⁸

No tocante às teorizações surgidas logo após o caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins*, para fins da doutrina construída pelo caso Erie uma regra de direito seria considerada substancial se a aplicação da norma (no caso, norma federal em vez da norma estadual), afetar significativamente o resultado do litígio. A corte federal deveria agir apenas como mais um tribunal do Estado.¹⁶⁹ O que revela mais um retrato da dificuldade da distinção entre processo e substância. Não haveria, portanto, uma regra geral e abstrada sobre o que poderia ser considerado norma substancial ou processual. A distinção seria de acordo com o caso colocado em discussão.

Na Itália, com base nessa premissa, encontra-se na doutrina o entendimento de que não uma classificação ou distinção abstrata não seria possível. O processualista Vittorio Denti sustenta que o importante não seria propriamente descrever as diferenças na classificação de uma dada situação como substanciais ou processuais (diferenças que podem construir a maneira diferente de entender o processo e a atividade judiciária em geral, no que diz respeito à questão da proteção dos direitos), mas sim destacar a variabilidade dos critérios que regem a qualificação, de acordo com exigências de política judiciária, como tal, não suscetíveis de sistematização. O autor afirma que a classificação como processual ou substancial da questão conduz ao resultado

¹⁶⁷ Com isso, no sistema estadunidense a diferenciação entre norma processual e material se mostra mais importante que no direito brasileiro, o que reflete no avanço doutrinário naquele ordenamento.

¹⁶⁸ Duke Law Journal. Comment: *Hanna v. Plumer*. *op. cit.* p. 155.

¹⁶⁹ Duke Law Journal. Comment: *Hanna v. Plumer*. *op. cit.* p. 156.

de que não poderia ser feito abstratamente, normalmente é fruto da avaliação feita pelos tribunais com base em considerações políticas.¹⁷⁰

Nos Estados Unidos, como resultado da doutrina pós Erie, previu-se na legislação processual federal que a Suprema Corte poderia prescrever regras gerais de processo, contudo, tais regras não poderiam abreviar, ampliar ou modificar direitos substantivos (*abridge, enlarge or modify any substantive right*).¹⁷¹ Ou seja, traçou-se apenas uma regra a partir da qual se poderia deduzir se determinada norma seria de direito processual ou material. Se a norma afetasse de modo a ampliar, abreviar ou modificar algum direito material ela não seria considerada norma processual.

3.5.4 – O caso Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Corporation

O processo que se passa a analisar, e que nos serve como paradigma para a problematização, decorre de uma lide envolvendo uma clínica ortopédica (Shady Grove) e a companhia de plano de saúde (Allstate Insurance).

A segurada da Allstate Insurance Corporation, Sonia Galves, acidentou-se de automóvel e necessitou ser atendida. A Shady Grove Orthopedic Associates, P.A. prestou os serviços médicos à Sonia Galves e efetuou os gastos devidos no atendimento médico conforme o contrato do plano de saúde. Desse modo restava a seguradora Allstate realizar o pagamento à clínica ortopédica Shady Grove.

Conquanto a Allstate tenha pago à Shady Grove, aquela não conseguiu fazê-lo no prazo legalmente obrigado e recusou-se a pagar os juros decorrentes do atraso do pagamento. Verificou-se ainda que a Allstate Insurance Corporation utilizava desse expediente para com outros prestadores de serviços médicos. Tendo isso em vista, a Shady Grove Orthopedic

¹⁷⁰ DENTI, Vittorio. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 22-23. p. 251-261. 1975. p. 260.

¹⁷¹ Federal Rules of Civil Procedure. Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure Federal Rules. §2072. Rules of procedure and evidence; power to prescribe. (a) The Supreme Court shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrate judges thereof) and courts of appeals. (b) Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right. All laws in conflict with such rules shall be of no further force or effect after such rules have taken effect. (c) Such rules may define when a ruling of a district court is final for the purposes of appeal under section 1291 of this title.

Associates ajuizou com uma ação coletiva (*class action*) numa corte federal do distrito leste de Nova York para recuperar os juros legais para ele e para os prestadores de serviços em situação semelhante.

A corte federal do distrito leste de Nova York declarou-se incompetente. Entendeu que os juros legais que a Shady Grove objetivava era uma penalidade, e conseqüentemente a Lei de Nova York (New York Civil Practice Law § 901, b)¹⁷² impedia o ajuizamento de ação coletiva em corte federal visando a aplicação de uma penalidade. Todavia, como a legislação federal (Federal Rules of Civil Procedure 23)¹⁷³ admitia as ações coletivas, Shady Grove recorreu. A Corte de Apelação, por sua vez, confirmou o entendimento dizendo que não havia conflito de leis e que estava correto o entendimento da Corte *a quo*, uma vez que norma estadual seria de direito material. De acordo com a Corte de Apelação, a lei de New York criou um pressuposto (material) para verificação se certas causas são elegíveis para o tratamento como ações

¹⁷² § 901. *Prerequisites to a class action.* a. *One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all if: 1. the class is so numerous that joinder of all members, whether otherwise required or permitted, is impracticable; 2. there are questions of law or fact common to the class which predominate over any questions affecting only individual members; 3. the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; 4. the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class; and 5. a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy.* b. *Unless a statute creating or imposing a penalty, or a minimum measure of recovery specifically authorizes the recovery thereof in a class action, an action to recover a penalty, or minimum measure of recovery created or imposed by statute may not be maintained as a class action.* (tradução livre: § 901. Pré-requisitos para uma ação coletiva a) Um ou mais membros de uma classe pode processar ou ser processado como parte representante em nome de todos se: 1. a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros, se de outra forma exigido ou permitido, seja impraticável; 2. existem questões de direito ou de fato comuns para a classe que predomina sobre quaisquer questões que afetam apenas os membros individuais; 3. As reclamações ou defesas das partes representativas são típicas das reivindicações ou defesas da classe; 4. as partes representantes tem a capacidade de proteger adequadamente os interesses da classe; e 5. uma ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para a composição justa e eficiente da controvérsia. b. A menos que uma lei criando ou impondo uma penalidade, ou uma medida mínima de recuperação autorize especificamente a mesma recuperação em uma ação coletiva, uma ação para impor uma penalidade ou medida mínima de recuperação criada ou imposta por lei não pode ser manejada como uma ação coletiva)

¹⁷³ *Rule 23. Class Actions.* (a) *Prerequisites.* *One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.* (tradução livre: Regra 23. Ações Coletivas. (a) pré-requisitos. Um ou mais membros de uma classe pode processar ou ser processado como parte representativa em nome de todos os membros somente se: (1) A classe é tão numerosas que a reunião de todos os membros é impraticável; (2) existem questões de direito ou de fato comum à classe; (3) as reivindicações ou defesas das partes representativas são típicas de reivindicações ou defesas da classe; e (4) as partes representativas tem capacidade de proteger adequadamente os interesses da classe).

coletivas, e esse pressuposto deve ser preenchido antes da verificação dos critérios processuais da regra 23 da lei federal ser aplicada.¹⁷⁴

Quando se analisa a razão de existência da norma torna-se menos custoso entender a questão controversa: a lei do estado de Nova York tem (também) por objetivo proteger as companhias de seguros de ações coletivas que poderiam gerar altas indenizações ou penalidades. Como na ação coletiva pode-se pleitear indenização para um grupo ou classe, caso julgada procedente, a condenação seria substancialmente maior que numa ação individual. E como muitos lesados poderiam não ajuizar a ação individual, o montante global a dispendido em indenizações seria menor. Por isso previa-se na Lei de Nova York que *“a menos que uma lei criando ou impondo uma penalidade, ou uma medida mínima de recuperação, autorize especificamente a mesma recuperação em uma ação coletiva, uma pretensão para impor uma penalidade ou medida mínima de recuperação criada ou imposta por lei não pode ser manejada por meio de uma ação coletiva”*.¹⁷⁵

A discussão judicial envolveu o fato de se aplicar uma lei de ação coletiva (*class action*) de Nova York em um tribunal federal, quando existe uma norma federal (aparentemente) divergente. A aplicação da lei estadual no tribunal federal, como visto anteriormente, é regido pela doutrina construída a partir do caso *Erie Railroad Company v. Tompkins*. Sob a Doutrina Erie, tribunais federais aplicam na sua jurisdição o direito material do Estado e o direito processual federal. Neste caso, a Suprema Corte teria que determinar a medida em que a lei estadual de Nova York pode limitar as ações coletivas instauradas no tribunal federal,¹⁷⁶ ou seja, se a lei estadual ao limitar a utilização da *class action* é realmente de direito material.

Portanto, tem-se que a lei (supostamente material) de Nova York limita o direito do lesado promover uma ação coletiva para questionar determinadas matérias. Por sua vez, na aplicação da norma de processo federal já era consolidado que não se poderia "abreviar, ampliar ou

¹⁷⁴ REDFERN, Jeffrey. Federal “procedural” rules undermine important state interests in *Shady Grove Orthopedic Associates, P.A. v. Allstate Insurance Co.*, 130 S. Ct. 1431 (2010). *Harvard Journal of Law & Public Policy*. vol. 34. P. 393-403. 2011. p. 395.

¹⁷⁵ New York Civil Practice Law § 901, b. (tradução livre do texto: *“unless a statute creating or imposing a penalty, or a minimum measure of recovery specifically authorizes the recovery thereof in a class action, an action to recover a penalty, or minimum measure of recovery created or imposed by statute may not be maintained as a class action”*).

¹⁷⁶ LYNN, Michele Jessica. MAIER, Chris. *Shady Grove Orthopedic Associates, P.A. v. Allstate Insurance Company*. acesso em 17.05.2016 <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/08-1008>>

modificar um direito substantivo" que um indivíduo de outra forma teria no tribunal estadual.¹⁷⁷ E, cotejando a lei estadual (supostamente material) com a federal (supostamente processual) verifica-se justamente que a última acaba ampliando o direito dos lesados – pois poderiam promover a demanda por meio de ação coletiva – e por consequência aumentaria a responsabilidade do réu.

Nesse panorama, Shady Grove sustentou que a lei federal apenas regularia o método pelo qual se faria a recuperação de seu crédito. Já a companhia de seguros Allstate afirmava que a lei estadual teria por finalidade conferir um direito material, haja vista que objetiva não o litígio em si, mas o seu resultado, pois ações coletivas visando exigência de penalidades acabam por muitas vezes falindo a companhia ré. Outrossim, visando a preservação da empresa a lei estadual teria excluído a possibilidade de ação coletiva exigindo penalidade.¹⁷⁸

Trazendo isso para o direito brasileiro podemos dizer que uma normatização com essa regra estar-se-ia tratando da legitimidade da Shady Grove propor uma ação coletiva, onde “representaria” os interesses de outros lesados. Então, por esse aspecto a norma seria, segundo o direito brasileiro, de natureza processual. Contudo, quando se tem em foco a responsabilidade do réu, a norma poderia ser vista também como material, uma vez que limitaria sua responsabilidade, mesmo que dentro do processo. E foi nesse último sentido que a Corte de Apelação entendeu.

Houve recurso para a Suprema Corte e esta cassou a decisão prolatada pela Corte de Apelação. Entendeu que norma em questão teria natureza processual e não material, e que segundo o precedente fixado no caso Erie, deveria ser aplicada a norma processual federal. Segundo o voto do juiz Stevens, na legislação de Nova York não se mostra clara que na hipótese a norma proibitiva das ações coletivas tem por função conferir direitos. Em segundo lugar, concluiu que a natureza do dispositivo da *class action* é essencialmente processual - cada membro da classe teria uma pretensão válida, portanto, não haveria diferença na responsabilidade total para o qual o réu é exposto. A única diferença, segundo o juiz Stevens, é a eficiência do processo,¹⁷⁹ ou

¹⁷⁷ REDFERN. *op. cit.* p. 394.

¹⁷⁸ LYNN, Michele Jessica. MAIER, Chris. *idem*.

¹⁷⁹ REDFERN, Jeffrey. *op. cit.* p. 397.

economia processual, pois ao invés de se ajuizar várias ações individuais, maneja-se apenas uma ação coletiva.

A decisão não foi imune a críticas. Ao tratar do tema sob o espectro puramente processual, acabou relegando a análise da faceta de direito material da norma, que era a proteção das companhias quando envolvesse indenizações e penalidades em ações coletivas. O resultado do processo teria sido perverso, pois utilizou a lei processual para aumentar a responsabilidade das companhias. “This ruling frustrates important state legislative objectives and exposes defendants to massive liability in diversity suits. The ‘arguably procedural’ approach is at odds with the plain meaning of the statute and should be retired”.¹⁸⁰

O julgamento desse litígio envolvendo *Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Corporation*, não sem razão, causou perplexidade na comunidade jurídica, pois demonstra que o liame para distinguir o direito material do processual é tênue, se não inexistente. Não se limita apenas àquelas hipóteses denominadas pela doutrina brasileira de normas ou institutos bifrontes. Vai além, deixa claro que a ótica utilizada para estudar a norma refletirá no resultado acerca de sua natureza jurídica.

3.5.5 – Antinomia, dicotomia e a busca por um critério distintivo

Atribui-se ao Sir William Blackstone quando publicou na sua obra *Commentaries on the Laws of England* a introdução das categorias de direito substantivo e direito processual. E seu pupilo, Jeremy Bentham, difundiu a ideia e ainda franqueou ao direito processual a alcunha de *adjective law*. Não obstante a categorização das normas jurídicas, já se tinha a ideia de que substância e processo eram considerados inexoravelmente interligados. “A lei substantiva era subsumida na forma processual, tendo a aparência de ser gradualmente secretada nos interstícios do procedimento”.¹⁸¹

¹⁸⁰ REDFERN. *op. cit.* p. 394. (tradução livre: Esta decisão frustra objetivos legislativos estaduais importantes e expõe réus a enorme responsabilidade nos casos diversidade de jurisdição. A abordagem "sem dúvida processual" está em desacordo com o significado claro do estatuto e deve ser rejeitado).

¹⁸¹ MAIN. *op. cit.* p. 805. (Tradução livre de: *substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure*)

O processo, desde sua categorização inicial, pode ser visto como um instrumento de poder que cria ou determina direitos subjetivos e por isso forma uma composição com o direito substantivo. Por sua vez, a elaboração de uma norma material não ocorre em um vácuo, em um lugar totalmente descontextualizado. Ela é informada por expectativas de como ela será aplicada pelas normas processuais¹⁸² Ambas, portanto, caminham juntas na regulação dos direitos individuais.

Ainda pode-se dizer que processo implica mudança ou alteração de um estado a outro. Passa para o futuro uma construção feita com materiais do passado. Com a instauração de um processo os direitos substantivos vão estar em um estado de transformação, do que eles são ou eram no passado para o que eles serão no futuro. O direito substantivo pode não ser o mesmo quando a ação é ajuizada quando a ação termina, uma vez que vai ser o processo que vai construir e formatar o direito substantivo.¹⁸³ É pela lente do processo que o direito substantivo será enxergado.

Entre o processo e o direito material ocorrerá uma relação que podemos considerar circular: “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”.¹⁸⁴ É o que se chamou de teoria circular dos planos. Há um plano processual e outro material, sendo que para se chegar a um resultado onde é construída uma verdade interna com base na argumentação donde se extrai um direito material novo. O raciocínio não afasta a ideia hoje predominante que o processo trabalha como instrumento do direito material. Contudo, vai além ao afirmar que é o processo quem confere colorido ao direito material, é através dele que toma corpo. “Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito”.¹⁸⁵ E o efeito inevitável dessa compreensão da relação entre o direito material e o processo é aprisionar o direito material nas fórmulas criadas pelo processo. Com

¹⁸² MAIN. *idem*. p. 802.

¹⁸³ TIDMARSH, Jay. Procedure, substance, and Erie. *Vanderbilt Law Review*. vol. 64. p. 877-924. 2011. p. 883.

¹⁸⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 205.

¹⁸⁵ ZANETI JUNIOR. *idem*. p. 230.

isso pode-se dizer que não haveria uma realização “pura” do direito material, pois há uma alteração pelo processo, dando-lhe outra forma.^{186 187}

E quando se diz que não haveria uma “pureza” no direito material é porque o direito material é visto sob as lentes do direito processual. Segundo Thomas Main, nenhuma norma substantiva seria aprocessual, quando de sua elaboração é a mesma engendrada levando-se em conta o aparato processual constante no ordenamento jurídico. Assim, mesmo inconscientemente a lei substantiva estará associada ao processo. O autor ainda sustenta que o direito material sem o processual seria uma coisa vã, oca, pois é o processo quem confere efetividade ao direito material.¹⁸⁸ Por sua vez toda norma processual afetaria o direito substancial.¹⁸⁹

Em razão dessa característica da norma processual ter estreita ligação com o direito material, fez com que a doutrina estadunidense criasse outra categoria de norma processual, a qual se nominou de norma transsubstantiva.¹⁹⁰ Essa abordagem parte da ideia que a uma norma seja puramente processual, ou seja, aquilo que pode ser caracterizado como processual e nada mais, e seria considerada transsubstantiva quando se refira apenas a questões de procedimento.¹⁹¹

Contudo, essa ideia encontra resistência, uma vez que o próprio processo é pode ser conceituado como direito material, como se formasse um todo unitário (ou quase unitário). Da mesma forma não existiria um direito substantivo transprocessual. Isso porque “o direito material seria transprocessual somente se os direitos e responsabilidades estabelecidos pelo direito material

¹⁸⁶ HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. p. 218

¹⁸⁷ Essa “mistura” dos planos material e processual, onde os mesmos são complementares e interdependentes e por isso existiria uma circularidade dos planos explica como se desenvolve a interpretação e construção do direito por meio do processo, na sua instrumentalidade. Todavia, tanto o estudo de Zaneti como de Hidalgo, não se analisa os reflexos no campo da classificação das normas como materiais e processuais.

¹⁸⁸ Cabe lembrar que “a característica do direito é a coercibilidade, isto é, a previsão da sanção, da coação como ameaça, e não a coercitividade que vincularia a própria formação do direito à sua violação e à imposição e uso da força”. (GRECO FILHO, Vicente. *op. cit.* p. 32).

¹⁸⁹ MAIN. *op. cit.* p. 822.

¹⁹⁰ v.g. MARCUS, David. Trans-Substantivity and the process of American Law. *BYU Law Review*. vol. 2013. n. 5. pp. 1.190-1.250. 2013. MALVEAUX, Suzette. A diamond in the rough: trans-substantivity of the federal rules of civil procedure and its detrimental impact on civil rights. *Washington University Law Review*. vol. 92. n. 2 pp. 455-526. 2014.

¹⁹¹ BROWN, Stephen. For lack of a better rule: using the concept of transsubstantivity to solve the Erie problem in Shady Grove. *University of Cincinnati Law Review*. Vol. 80. n. 1. pp. 1-52. 2012. p. 39.

pudessem ser cumprido e realizado em qualquer sistema processual”.¹⁹² Todavia, a ideia de que um direito seria o mesmo em qualquer sistema processual se mostra inaceitável, pois teria que se partir da premissa que o direito estabeleceria garantias “processuais” minimamente iguais para se chegar ao mesmo resultado. Os sistemas processuais não são fungíveis, cada “direito processual” afetará de uma forma o resultado do julgamento ou a aplicação do direito material na sociedade.¹⁹³

Um exemplo muito simples mostra-nos veracidade da afirmação de que “*procedural systems are not fungible*”:¹⁹⁴ custas processuais. Se as custas do processo tais como perícia, diligências de oficial de justiça são de valor elevado e não possuindo o interessado os benefícios da justiça gratuita, isso refletirá diretamente no resultado do processo. Pode-se dizer que não somente no campo do direito individual, mas também em termos gerais o direito material sofrerá os efeitos. Se as custas processuais iniciais forem altas a ponto de obstar o ingresso dos cidadãos ao judiciário o direito material será aplicado na sociedade provavelmente de forma diversa, haja vista que os infratores do direito material saberão que as demandas não serão judicializadas. Destarte, “*substance and process are intimately related. The procedures one uses determine how much substance is achieved*”.¹⁹⁵

Com base nessa argumentação as normas processuais assumem uma supina importância no campo jurídico, pois são elementos determinantes do comando contido na norma jurídica. Diante do fato de se relegar indevidamente o direito processual para um plano secundário, Thomas Main assevera que a percepção (indevida) de que procedimento é relativamente insignificante pode ser explorada para manipular propositalmente o direito material. Decisões de cunho substancial podem ser tomadas disfarçadas sobre o rótulo de processo. Este subterfúgio é perigoso porque as reformas processuais podem ter o efeito de negar direitos substantivos sem a transparência, salvaguardas e prestação de contas que atendem a tomada de decisão pública e legislativa. Some-se ainda o fato de se alterar o direito material por meio de

¹⁹² MAIN. *op. cit.* p. 822 (tradução livre de: “substantive law would be trans-procedural only if the rights established and responsibilities assigned in the substantive law could be fulfilled and realized in any procedural system”).

¹⁹³ TIDMARSH. *op. cit.* p. 890.

¹⁹⁴ MAIN. *op. cit.* p. 827.

¹⁹⁵ MAIN. *op. cit.* p. 825. Tradução livre: Substância e processo estão intimamente relacionados. O processo determina a quantidade de direito material alcançado.

normas processuais refletir na aplicação temporal das normas (retroatividade) como é o que acontece com a responsabilidade patrimonial.

Segundo o jurista, tudo pode ser resumido ainda que grosseiramente nas palavras do deputado John Dingell, que disse em uma audiência no Congresso do Estados Unidos: "Vou deixá-lo escrever o direito material... você deixe-me escrever o processo, e eu vou te ferrar toda vez."¹⁹⁶ E arremata dizendo que para quem usa de metáforas ao distinguir processo e substância utilizando de termos metafóricos para definir o processo como adjetivo, tubos de encanamento, serva ou instrumento cabe lembrar que “adjetivos podem perverter o sentido das frases, os tubos podem vaziar ou poluir, um serva de pode se tornar amante, e pianos podem ser tão desafinados que a música se torna irreconhecível”.¹⁹⁷

O professor da Universidade de Notre Dame, Jay Tidmarsh, reconhecendo a dificuldade da diferenciação entre processo e substância, porém julgando necessário gizar um critério distintivo, tenta fugir das definições circulares que consideram o processo como substância e aborda o tema de maneira um pouco diferente. O jurista trabalha com a ideia de valor, tendo a pretensão um valor esperado (uma expectativa) e após o resultado do processo se terá um valor atual. Quando se ajuíza uma ação ela é ainda incipiente e deixa de ser na sentença, ou seja, tinha um valor esperado (ou valor incerto) e passa a ter um valor atual. Entre a abertura do processo e seu fim, o valor do crédito e a força do direito estão constantemente mudando à medida que há novos fluxos de informação sobre o caso.¹⁹⁸

Nesse diapasão, labora-se com a perspectiva de "*procedure as the agency of change*," (processo é uma agência de transformação) onde se constata que "*the very essence of procedure is to change legal entitlements and the value of the legal claims that implicate these entitlements*".¹⁹⁹ E é essa inevitável alteração dos valores (o que refletirá no conteúdo da sentença) que conduz a ideia de infungibilidade de um sistema processual. Então uma ação judicial é como uma boia num oceano. Seu valor constantemente flutua e está sujeita a numerosas influências até que

¹⁹⁶ MAIN. *idem*. p. 821 (tradução livre de: "*I'll let you write the substance... you let me write the procedure, and I'll screw you every time*")

¹⁹⁷ MAIN. *idem*. p. 822. (tradução livre de: "*adjectives can pervert the meaning of sentences, pipes can leak or pollute, handmaids can become mistresses, and player pianos can be so out of tune that the music is unrecognizable*")

¹⁹⁸ TIDMARSH. *op. cit.* p. 883-884.

¹⁹⁹ TIDMARSH. *idem*. p. 900. (a própria essência do processo é mudar direitos legais e o valor das ações judiciais que implicam esses direitos).

reste seu valor final. Todavia, a qualidade de transformar não enseja numa mutação da natureza do processo para direito material, uma vez que o direito material não possui essa qualidade. Só o processo é uma agência de transformação, não o direito material.²⁰⁰

Destarte, toda pretensão tem uma força e valor no tempo em que se entra no sistema do processo (ajuizamento). O processo vai transformar a pretensão e seu direito legal subjacente por meio das normas processuais aplicadas no trâmite processual, e, finalmente se chegará a um valor final. O autor então traz uma fórmula para tentar apontar com mais certeza o que seria o direito material, que se transformado, não o seria por norma processual, mas sim por material. Inicia a teorização partindo do valor esperado, ou valor líquido ex ante (V),²⁰¹ e esse valor específico é determinado multiplicando a probabilidade de recuperação (P) pela quantidade de recuperação (L) diminuído pelo custo do processo (C), encontrando-se a fórmula $V = (P \times L) - C$. Se, numa análise *ex ante* – considerando um processo sem custo e um procedimento neutro que não influencie no resultado do julgamento²⁰² –, a norma jurídica afetar a probabilidade de recuperação ou a quantidade de recuperação, ela será de natureza material e não processual.²⁰³

Assim, a fórmula distintiva parte da análise do caso concreto, onde se averigua antes do ajuizamento se determinada regra impacta na probabilidade de sucesso da ação e no montante esperado dessa ação. Um exemplo bem próximo ao direito brasileiro seria o caso da inversão do ônus da prova²⁰⁴ determinada *ope legis* em casos envolvendo responsabilidade civil. No

²⁰⁰ TIDMARSH. *idem*. p. 890-891.

²⁰¹ O foco é momento em que o autor ajuíza a ação. Analisa-se o valor esperado quando é apresentado caso em juízo.

²⁰² É apenas hipotético a desconsideração de um custo zero e ausência de um resultado neutro, pois *in this world, the probability of recovery (P) depends on influences such as the strength of the legal entitlement on which the claim is based, the facts known at the time of filing, the burden of proof, and other limitations on the ability of a party to file a claim or present a defense (such as statutes of limitations, compliance with notice provisions and other pre-filing requirements, the capacity to sue or be sued, and the like. The recovery (L) depends on the law and facts establishing rights or defenses, as well as the remedies that are available when a violation of a right occurs.* TIDMARSH. *op. cit.* p. 906 (tradução livre: Neste mundo, a probabilidade de recuperação (P) depende de influências tais como a força do direito legal sobre a qual se baseia o pedido, os factos conhecidos no momento do ajuizamento, o ônus da prova, e outras limitações na capacidade de umas das partes apresentar uma demanda ou apresentar uma defesa (como os estatutos de limitações, o cumprimento das disposições de notificação e outros requisitos pré-processuais, a legitimidade, e afins). A recuperação (L) depende da lei e dos fatos que estabelecem direitos ou defesas, assim como os remédios que estão disponíveis quando uma violação de um direito ocorre).

²⁰³ TIDMARSH. *idem*. p. 905-906.

²⁰⁴ Informa-se que no caso envolvendo *Cities Serv. Oil Co. v. Dunlap*, 308 U.S. 208, 212–13 (1939), a Corte Federal do Texas entendeu que a matéria referente ao ônus da prova seria de direito substantivo. TIDMARSH. *op. cit.* p. 907.

caso, como a inversão do ônus da prova afeta a probabilidade de sucesso da ação judicial a regra seria de direito material e não de processo.²⁰⁵

Aplicando essa teoria no caso *Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Corporation* tem-se que a norma regulando a *class action*, tanto a que permitia ajuizar a ação coletiva (federal), bem como a que restringia a utilização da ação coletiva (estadual) não afetavam P ou L, uma vez que cada lesado teria a mesma probabilidade de ser indenizado e no mesmo montante. Pela teorização estatui-se o princípio de que “um tribunal federal deve aplicar a regra de um tribunal estadual se e somente se a regra afeta ou a probabilidade (P) ou a quantidade (L) de recuperação em um mundo no qual a após o ajuizamento do processo este é resolvido sem custos e com resultado neutro (neutralidade do procedimento)”.²⁰⁶

3.6 - CONCLUSÃO

Resta agora, na conclusão deste tópico, relacionar ou categorizar, mesmo que sumariamente, a responsabilidade patrimonial – considerando esta como sujeitabilidade,²⁰⁷ sujeição²⁰⁸ ou submissão²⁰⁹ de seu patrimônio do devedor – de acordo com as teorias expostas.

²⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça ao tratar do tema referente ao momento em que o juiz poderia inverter o ônus da prova caminhou no sentido de conhecer a possibilidade de a regra influenciar o resultado do julgamento e por consectário a atitude das partes. Desse modo, entendeu que o inversão do ônus da prova quando operada pelo juiz deve ser feita no saneamento e não no momento do julgamento da ação. Segundo o acórdão: “a inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope iudicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a a inversão 'ope iudicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope iudicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas”. (STJ. Recurso Especial 802.832/MG. 2a Seção. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Pub. 21.09.2011)

²⁰⁶ TIDMARSH. *op. cit.* p. 909 (tradução livre de: “a federal court must apply the rule of a state court if and only if the rule affects either the probability (P) or the amount (L) of recovery in a world in which the post-filing process for resolving a claim is costless and outcome-neutral”)

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 244.

²⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*. in BETTI, Emilio. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè Editore. 2006. p. 298.

²⁰⁹ ZAVASKI, Teoria Albino. *Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 191.

Segundo Dinamarco, a responsabilidade patrimonial estaria naqueles casos chamados de normas ou institutos bifrontes.²¹⁰ Por sua vez, a legislação processual brasileira, tradicionalmente aponta o instituto como de direito processual, motivo pelo qual manteve intacta sua localização no Código de Processo Civil. Esse viés processual advém da ideia de que a responsabilidade patrimonial somente nasceria após o descumprimento da norma primária (tese que será estudada no próximo capítulo), portanto, não integraria a relação jurídica material.

Como se pode perceber, tentou-se infirmar essa dicotomia existente entre o direito material e o direito processual. Deveras, a distinção claudica após pouca argumentação, o que revela o acerto da doutrina norte americana quando ataca a dicotomia. A construção do próprio direito substantivo não pode ser seccionada do processo, haja vista que é por meio deste que aperfeiçoa. Existe um poder latente do processo em aumentar, diminuir e determinar direito substantivos.

Na normatização da responsabilidade patrimonial, como será mais bem detalhada ao longo deste trabalho, traçam-se as regras de quais bens do devedor podem ser expropriados (impenhorabilidade), qual seria seu patrimônio mínimo, quais os direitos que seus bens possuem no momento do processo de execução. Pode ocorrer até mesmo que a norma referente a responsabilidade patrimonial retire todo o patrimônio do devedor da mira da execução judicial, como o não raro caso de o devedor possuir um único imóvel que utiliza como residência, protegido pela Lei 8.009/1990.

Pode-se dizer que essas regras acerca da responsabilidade patrimonial, quando por exemplo retira da possibilidade de expropriação o único bem do devedor, diminui, amplia ou modifica²¹¹ o direito do autor? A resposta é sim. O autor não pode mais fazer a excussão judicial daquele bem porque a norma jurídica não mais lhe permite e por isso seu direito de recebimento do crédito foi diminuído.

²¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

²¹¹ Federal Rules of Civil Procedure. Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure Federal Rules. §2072. Rules of procedure and evidence; power to prescribe. (...) Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right.

Mas pode se defender, como o faz Tidmarsh que o processo é uma agência de transformação. Naturalmente os direitos substantivos são alterados por meio do processo. Quando se coloca as lentes do processo o direito substancial se transforma naturalmente. Contudo, o autor estabelece dois pontos que o processo não se pode alterar, sob pena de ser conceituado como norma de direito material, o primeiro é a probabilidade de recuperação (P) e o segundo é quantidade de recuperação (L). A regulação da responsabilidade patrimonial sem dúvida impactaria no segundo ponto, pois uma lei dita processual poderia proteger o patrimônio do devedor (estabelecendo garantias “mínimas”) a tal ponto que o mesmo restaria esvaziado, transformando a quantidade de recuperação (parcial ou total).

Lícito ainda fazer o seguinte raciocínio para tentarmos categorizar a responsabilidade patrimonial: Suponha-se que no Brasil se altere a distribuição de competência legislativa entre os entes federativos e que a União fique responsável por legislar o direito material (direito civil, comercial, consumidor etc) e aos Estados fosse privativa a competência para legislar sobre o direito processual. A União estabeleceria os casos em que a obrigação existe e que o devedor tenha que pagar ao credor, mas o Estado regularia o processo e a responsabilidade patrimonial. A inexorável pergunta: e se um Estado para proteger seus cidadãos devedores legisle sobre a responsabilidade patrimonial no sentido de proteger, excluindo da possibilidade da execução, praticamente todo o patrimônio dos devedores, tal norma seria processual?

Sem adentrar nos meandros de constitucionalidade material da norma, não se pode aceitar essa norma como processual por evidente frustração ou fulminação do direito substancial.

4 – A OBRIGAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

4.1 – INTRODUÇÃO

Faz-se necessário estabelecer algumas definições e fincar certas premissas acerca da responsabilidade. Sem uma noção mais exata do que seja a expressão responsabilidade, corre-se o risco de se andar em círculos e não se chegar ao ponto da problematização do tema.

No caso, pretende-se estudar onde a responsabilidade patrimonial se encontra dentro do estudo do direito das obrigações. Se ela está ou não inserido no contexto das obrigações.

Por isso a análise da expressão responsabilidade é importante, pois sem se saber o que é realmente a responsabilidade não se consegue situá-la. De igual importância é saber o que é o patrimônio, haja vista que a responsabilidade é adjetivada pelo termo patrimonial.

Adianta-se que parte do problema da matéria reside na ótica em que se enxerga a responsabilidade patrimonial, se de dentro do processo ou de fora dele, se do lado devedor ou sentado na posição de credor. Tendo isso em vista, o presente trabalho visa analisar em todos os seus espectros para se chegar uma conclusão sobre a natureza do instituto.

4.2 – ESTABELEENDO PREMISSAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE

A palavra responsabilidade possui um conceito plurívoco. Entre outras acepções semânticas imagináveis, poderia assumir forma de atribuição de responsabilidade por algum ato (mera imputação), atribuição de uma obrigação (dever jurídico), onde se poderia dizer que uma pessoa é responsável pelo cumprimento de uma dada obrigação.

Segundo o professor da Universidade de Frankfurt, Klaus Günther, o termo em análise é complexo, e trata-se “sempre da responsabilidade de uma pessoa por uma ação (ou omissão) ou consequência de uma ação perante outras. Tais ações, omissões ou consequências são atribuídas à pessoa para que esta se responsabilize, devendo prestar contas desses fatos a outras pessoas. Isso vale em especial para aquelas ações ou consequências de ações consideradas

negativas com base em uma norma, como certos tipos de danos”.²¹² Ou seja, parece revelar que a responsabilidade seria uma mera imputação.

Segundo definição contida no lexicógrafo Houaiss responsabilidade é a “obrigação de responder pelas ações próprias e dos outros”.²¹³ Plácido e Silva conceitua o vocábulo responsabilidade no seu dicionário jurídico. Para ele de responsabilidade “forma-se o vocábulo de responsável, de responder, do latim *respondere*, toma-se na significação de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. Em sentido geral, pois, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa”.²¹⁴

Para Maria Helena Diniz, responsabilidade é “1. Dever jurídico de responder por atos que impliquem dano a terceiro ou violação de norma jurídica. 2. Qualidade de ser responsável. 3. Imposição legal de reparar dano causado. 4. Situação daquele que deve responder por um ato ou fato”.²¹⁵

Desse modo a responsabilidade pode ser considerada a imputação de um dever a alguém. Cabe frisar que não necessariamente a responsabilidade advirá de uma conduta ilícita. Nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, por exemplo, conforme sustenta Bandeira de Mello, a responsabilidade do Estado poderá ser originada de comportamento lícito. O fundamento da responsabilidade estatal seria “garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suporte prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade”.²¹⁶

²¹² GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. in PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther. Trad. PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 05-06.

²¹³ HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001. p. 2440.

²¹⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 1214

²¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. vol. 04. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 200.

²¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 961.

Já o segundo termo de nosso estudo, o vocábulo patrimonial, como é fácil induzir, vem de patrimônio. Quanto a este “segundo a noção corrente, patrimônio seria o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”.²¹⁷

A expressão responsabilidade patrimonial ou responsabilidade do patrimônio seria aquela que se atribui *o que* deve responder. Assim, a responsabilidade indica *quem* deve responder (responsabilidade pessoal), a responsabilidade patrimonial impõe *o que*, ou *qual coisa* deve responder (responsabilidade do patrimônio).²¹⁸

Nesse diapasão, do mesmo modo que a responsabilidade pessoal pode ser vista como dando origem a um dever do responsável e um direito do lesado, a responsabilidade patrimonial pode ser colocada como um direito do credor de perseguir os bens, e a sujeição do devedor em ter bens expropriados.

Maria Helena Diniz, quando conceitua a responsabilidade patrimonial, toma-a tendo em conta a posição do credor, por isso ao conceituar a responsabilidade patrimonial entende que é "responsabilidade em que o credor tem à sua disposição, como garantia do adimplemento da obrigação, o patrimônio do devedor".²¹⁹ Analisado sob a ótica do devedor, a responsabilidade patrimonial seria a sujeitabilidade,²²⁰ sujeição²²¹ ou submissão²²² de seu patrimônio, é o fato de seus bens (patrimônio) responderem pela obrigação.²²³

Destarte, o instituto pode ser visto tanto na posição do credor como do devedor.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. vol. 01. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 245.

²¹⁸ Como base nesse raciocínio, chega-se a conclusão de que a normatização da responsabilidade descrita no ordenamento seria composta de duas partes. Assim, segundo a doutrina italiana: “come conseguenza dell'inadempimento, l'ordinamento interviene ponendo in capo al debitore una duplice responsabilità: la responsabilità personale (art. 1218 c.c.) e la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)” (como consequência do inadimplemento, o ordenamento intervém colocando na pessoa do devedor uma dúlice responsabilidade: responsabilidade pessoal [art. 1218 cc] e a responsabilidade patrimonial [art. 2740 cc]). (ELGUETA, Giacomo Rojas. L'Autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Roma: Aracne Editrice. 2006. p. 12).

²¹⁹ DINIZ, Maria Helena. 2005. *op. cit.* p. 212.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 244.

²²¹ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. in BETTI, Emilio. CARNELUTTI, Francesco. Diritto sostanziale e processo. Milano: Giuffrè Editore. 2006. p. 298.

²²² ZAVASKI, Teoria Albino. Processo de execução. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 191.

²²³ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 55.

4.2.1 - Ajoeirando a responsabilidade

De início cabe frisar que não se pode confundir responsabilidade patrimonial com outras “espécies de responsabilidade” que comumente aparecem em manuais de direito, como a responsabilidade contratual, a extracontratual, a aquiliana, a delitual, a famigerada responsabilidade civil, e suas variantes: responsabilidade civil objetiva, subjetiva etc.

Segundo a doutrina especializada, responsabilidade civil significa a obrigação que alguém assume em virtude de efeitos de sua conduta. Da responsabilidade nasceria uma obrigação, sendo portanto, um dever jurídico sucessivo, associado a uma obrigação derivada.²²⁴ Então, por essa acepção a responsabilidade seria uma sanção ou efeito decorrente de uma conduta anterior (atribuição de uma obrigação). Nessa construção, responsabilidade civil torna-se uma modalidade de origem de obrigação jurídica. Assumiria a natureza de fonte de obrigação, de onde adviria o dever jurídico de indenizar. Então não haveria função de reparação, mas função de imputação apenas.

A responsabilidade civil é vista naturalmente identificada à responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, delitual, advém como consequência da violação do direito de outrem. É tratada como uma das fontes das obrigações. Pela responsabilidade extracontratual nasce uma obrigação, que *in casu*, seria o de indenizar.

Apesar de não estar claro no Código Civil, o instituto da responsabilidade civil seria o gênero dos quais as responsabilidades contratual e extracontratual seria modalidades. “Na rubrica da responsabilidade civil cabe tanto a responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes de contratos, de negócios unilaterais ou da lei (responsabilidade contratual), como a resultante de violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causem prejuízos a outrem (responsabilidade extracontratual)”.²²⁵

²²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

²²⁵ OLIVEIRA, Ana Catarina Martins. Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros em caso de lesão corporal. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Minho. Braga. Portugal. 2011. p. 5.

A causa da responsabilidade civil é o descumprimento de uma norma, onde se gera prejuízo a terceiro. Já o seu efeito é o nascimento da obrigação de indenizar. Por isso José de Aguiar Dias aduz que a responsabilidade civil "a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha".²²⁶

O que não se pode ocorrer é simplesmente associar a figura da responsabilidade civil ao ato ilícito, uma vez que "são múltiplas as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar",²²⁷ sendo o ato ilícito apenas uma delas. Contudo, a legislação tende a parificar o ato ilícito e a responsabilidade civil. E é exatamente essa associação entre ato ilícito e responsabilidade civil que faz o Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). Prevê, no final da parte do direito das obrigações, um título específico denominado "ato ilícito" (Titel 27 - Unerlaubte Handlungen), para regular a responsabilização por ato ilícito.²²⁸ Sendo que neste título há previsão de diversas hipóteses, como por exemplo, responsabilidade por ato de menores (§ 828) e responsabilidade por ato de animais (§ 833)²²⁹.

O Código Civil brasileiro difere um pouco do BGB, mas parece ter mantido a essência. O BGB abre o título dos atos ilícitos e ali insere o § 823 que trata da reponsabilidade por danos (Schadensersatzpflicht), conceituando o que seria ato ilícito, fazendo uma associação entre responsabilidade civil e ato ilícito. O Código brasileiro por outro lado inseriu a definição dos atos ilícitos dentro da parte geral (título III. arts. 186-188), o que é acertado, mas ao tratar da responsabilidade civil no último título do Livro das Obrigações deixa transparecer a associação entre responsabilidade civil e ato ilícito.

Um pouco distinta seria a responsabilidade contratual ou obrigacional que seria "àquela que resulta da violação de um direito de crédito ou de uma obrigação em sentido técnico, como é o

²²⁶ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9. ed. rev. e atual. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 3.

²²⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. COELHO, José Martônio Alves. BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 1, p. 29-50, jun. 2011. p. 31.

²²⁸ No Código Civil brasileiro de 2002 essa disposição vem na parte geral "Título III - Dos Atos Ilícitos", artigos 186 à 188.

²²⁹ No Código brasileiro há normas semelhantes, respectivamente, nos artigos 928 e 926, no "Título IX - Da Responsabilidade Civil".

caso dos deveres de proteção advindos de uma relação contratual”.²³⁰ “Está atrelada à inobservância de uma obrigação advinda de uma relação ou situação jurídica entre pessoas previamente vinculadas”.²³¹

Importante anotar que a diferença entre responsabilidade obrigacional da responsabilidade delitual é bastante tênue. A doutrina aponta que a distinção entre ambas reside no interesse atingido pela ação ou omissão e não segundo a origem contratual ou extracontratual do ato. Se o prejuízo atinge interesse extracontratual a responsabilidade será a aquiliana. Outros entendem que se existe diferença, esta não seria relevante para o direito, devendo a responsabilidade contratual e extracontratual serem tratadas de uniforme.²³²

A responsabilidade obrigacional teria por objetivo reforçar e prolongar, ainda que por força da imposição de indenização, a função do contrato atrelada à criação e circulação de riquezas. “Em contrapartida a responsabilidade aquiliana teria por desiderato proteger direitos subjetivos”.²³³ Na essência – descumprimento da obrigação com a conseqüente responsabilidade – ambos os institutos são semelhantes. Todavia o Código Civil de 2002 demonstra um apego ao dualismo existente entre responsabilidade contratual e extracontratual (sendo que esta última vem disposta no título da responsabilidade civil), tratando de maneira separada a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual.

Tal sistematização em pouco discrepa do código civil português em que a responsabilidade civil é analisada em conjunto com as obrigações em geral. A “Secção V – Responsabilidade Civil” vem logo no início do “Capítulo II – Fonte das Obrigações”, deixando clara sua natureza de fonte de obrigação. A responsabilização seria a fonte da “obrigação de indemnização”.²³⁴ Todavia o artigo 799 ao tratar do inadimplemento obrigacional (responsabilidade civil contratual) diz que “a culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”. O Código Civil italiano, por sua vez, não possui uma previsão específica sobre responsabilidade

²³⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade civil e o novo código: contributo para uma revisitação conceitual. *Revista dos Tribunais*. vol. 850 p. 57-88. Ago/2006. p. 70.

²³¹ SOUZA, Selma Maria Marques de. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. vol. 6. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 5891-5984. 2013. p. 5911.

²³² DUARTE, Ronnie Preuss. *op. cit.* p. 70.

²³³ SOUZA, Selma Maria Marques de. *op. cit.* p. 5913.

²³⁴ MONTEIRO, Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol.2 (2005), pp.349-390, 2005. p. 349.

civil, contudo, há uma normatização sobre fato ilícito onde trata da responsabilização (arts. 2.043 à 2.059).

Em relação ao direito espanhol a diferença é mais contundente, onde o Código Civil não difere a obrigação contratual da não contratual (e por consequência a responsabilidade). Traz apenas que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” (art. 1089).

Essa distinção entre responsabilidade contratual da extracontratual suscita discussões doutrinárias havendo vozes que defendem a unificação de ambas em um só regime.²³⁵ A duplicidade de tratamento da responsabilidade fincado no argumento de que derivam de fontes diversas não justificaria a separação de regimes.²³⁶ Caio Mário ao analisar a culpa pelo descumprimento das obrigações defende que a culpa contratual e aquiliana induzem o responsável para a mesma consequência. Na estrutura da obrigação há uma norma e da violação desta gera um dano. E afirma que a tendência da doutrina civilista moderna é caminhar rumo a unidade da culpa.^{237 238}

De qualquer maneira, deixada as divergências doutrinárias sobre um ou outro ponto específico, o que se procurou lançar um pouco mais de luz é que a responsabilidade civil, seja ela de que espécie for, faz nascer uma obrigação. Ou seja, a desobservância de uma norma jurídica acarretaria uma sanção. A sanção seria a obrigação (dever de indenizar) e a responsabilidade civil seria a parte que estudaria a imputação.

4.3 – O ASPECTO ECONÔMICO DAS OBRIGAÇÕES

A primeira vista pode até causar espécie mencionar obrigação no seio deste trabalho. O estudo se mostra necessário porque far-se-á um desdobramento lógico, onde o ponto de origem eleito

²³⁵ Em sentido contrário: DUARTE, Ronnie Preuss. *op. cit.* p. 70.

²³⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*. vol. 19. p. 260-269. 2004. p. 264.

²³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. ²³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. II. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 331.

²³⁸ No direito português o prof. da Universidade de Lisboa, Antônio Menezes Cordeiro, propôs a unificação dos regimes da responsabilidade, mas entendeu ao final que seria importante uma distinção (SOUZA, Selma Maria Marques de. *op. cit.* p. 5913)

é o direito obrigacional. A análise do direito das obrigações se mostra pertinente não somente porque o marco inicial seria o direito obrigacional, mas também para se averiguar se a responsabilidade patrimonial compõe de alguma forma a estrutura do vínculo obrigacional.

No direito romano definia-se a “obligatio” como “*iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius soluendae rei secundum nostrae civitatis iura* (um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa, segundo o direito de nossa cidade)”.²³⁹ Nessa definição, atribuída ao jurisconsulto Florentino, percebe-se claramente que se elege o vínculo como elemento essencial da obligatio. A própria palavra obrigação em sua origem etimológica envolve a idéia de laço, liame, nexos. É uma ideia de ligação, enlaçamento. Nessa esteira, José Cretella conceitua que “obrigação é o vínculo que liga duas pessoas de tal maneira que uma deva dar, fazer ou prestar algo à outra segundo o direito do país, em que ambos vivem”.²⁴⁰

Tendo esse ponto de partida, cabe averiguar se existe algum elemento que indique que se a responsabilidade patrimonial poderia de algum modo fazer parte da relação obrigacional. Para tanto, tem-se como pressuposto a necessidade de verificação se o elemento econômico ou a patrimonialidade compõe o vínculo obrigacional. Isso porque se na natureza de uma obrigação qualquer não tiver o aspecto econômico dificultaria a projeção da responsabilidade patrimonial, uma vez que esta dependeria da condição da existência de economicidade da obrigação. Portanto, discute-se sobre se a prestação precisa ou não ter caráter econômico, se pode ou não ser auferível economicamente, ou resumindo em uma palavra, se a patrimonialidade é intrínseca a ideia de obrigação.

Para Caio Mário, “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”.²⁴¹ Note-se que o autor inclui no conceito de obrigação uma característica bem definida: a patrimonialidade. Nessa definição estão os elementos subjetivos, credor e devedor, e o requisito objetivo, a prestação (com um natural conteúdo econômico).²⁴²

²³⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. v. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

²⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 237.

²⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2005. *op. cit.* p. 7.

²⁴² Com o mesmo entendimento: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol 2. Teoria Geral das Obrigações. 22a ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 35.

Noutra senda, segundo Couto e Silva a obrigação nem sempre seria dotada de uma prestação apreciável pecuniariamente. Os bens e interesses da vida, de modo geral, poderiam ser objetos de convenção válida. Muitas vezes, dessas mesmas convenções, poderiam brotar direitos e deveres que não se acarretariam diretamente à transferência de algum bem patrimonial, nem de cuja lesão possam resultar perdas e danos. Ainda sustenta que “exigir sempre caráter econômico, direta ou indiretamente, seria conceber o direito como uma superestrutura da economia. Ele não se destina, contudo, somente resolver os conflitos de interesses no campo econômico. Boa parte da aplicação do direito tem-se realizado sobre aquele setor. Nem toda, obviamente, porém, tem esse destino”.²⁴³ Todavia, o próprio autor admite que a tendência do direito seria admitir a jurisdicização de interesse que pelo menos na sua visão não seria capaz de ensejar conversão para perdas e danos.²⁴⁴

É difícil imaginar uma obrigação jurídica totalmente despida de um conteúdo econômico, e o pior, que não haja possibilidade de conversão em perdas e danos em razão de seu inadimplemento. Uma obrigação que não pudesse acarretar, em face de seu inadimplemento, a conversão patrimonial seria uma norma imperfeita²⁴⁵, onde poderia simplesmente não haver consequência pela infringência ao direito do credor. Sem um conteúdo econômico a obrigação não poderia ser jurisdicizável.

O vínculo obrigacional teria passado “ao longo dos tempos, por um progresso lento, até adquirir, no Direito moderno, natureza econômica”,²⁴⁶ sendo consequência de um processo natural da extinção das penas corporais pelo descumprimento das obrigações. Ao invés de se aplicar transformar mutilar, aprisionar ou impor qualquer pena corporal sobre o devedor, o inadimplemento obrigacional incidiria sobre parcela do patrimônio, o que se operaria por meio da conversão em perdas e danos. Quando ao direito brasileiro, não obstante a ausência de previsão expressa, é possível observar ao menos implicitamente a adoção da ideia de patrimonialidade pelo Código Civil brasileiro. Isso porque há previsão expressa de conversão

²⁴³ SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006. p. 130.

²⁴⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *op. cit.* p. 130.

²⁴⁵ Termo utilizado pelo Clóvis Couto e Silva onde afirma que os dois elementos necessários para formar uma obrigação perfeita são o débito e a responsabilidade. (SILVA, Clóvis do Couto e. *op. cit.* p. 83)

²⁴⁶ COVELLO, Sérgio Carlos. Fontes das obrigações (será a lei uma delas?). Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. vol. 1. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 1366.

da obrigação em perdas e danos no inadimplemento culposos das obrigações,²⁴⁷ mesmo que na prestação as partes não tenham cogitado de seu caráter econômico originário²⁴⁸.

Sobre a questão da patrimonialidade Caio Mario aduz que “se a prestação pudesse ter por objeto prestação não econômica, faltaria uma nítida distinção entre ela e aqueles atos indiferentes, e é precisamente a pecuniariedade que extrema a obrigação em sentido técnico daqueles deveres que o direito institui”.²⁴⁹

Se no direito positivo brasileiro não há uma adoção expressa a uma das teses, em algumas legislações estrangeiras o mesmo não ocorre. O Código Civil de Portugal define obrigação como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação” (art. 397) e sobre o conteúdo dessa prestação que as partes podem fixar o conteúdo da prestação, dentro dos limites da lei, sendo que “a prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal” (art. 398).

Já o Código Civil da Itália, seguindo entendimento diverso impõe que a obrigação deve ser possível expressar avaliação econômica. A obrigação deve ter caráter patrimonial. Segundo a legislação italiana “a prestação que forma o objeto da obrigação deve ser suscetível de valoração econômica e deve corresponder a um interesse ainda que não patrimonial do credor”.²⁵⁰ Note-se que enquanto o Código italiano é expresso em afirmar a necessidade de a obrigação ser *suscettibile di valutazione economica*, o diploma lusitano, por outro lado deixa claro que não necessita ter valor pecuniário, no entanto, termina com uma expressão no mínimo curiosa, a prestação deve corresponder a um interesse *digno de proteção legal*.

Visualizado o elemento patrimonial na relação obrigacional (mesmo que foco de divergência), torna-se mais palatável uma aproximação da responsabilidade patrimonial do direito das obrigações. Sendo a obrigação constituída de um vínculo dotado de uma prestação com

²⁴⁷ Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos. Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

²⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2005. *op. cit.* p. 21.

²⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2005. *op. cit.* p. 22.

²⁵⁰ Tradução livre do artigo art. 1174 do Código Civil: Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore.

conteúdo econômico, conseqüentemente o patrimônio do devedor da prestação é considerado integrante do vínculo obrigacional.

Neste ponto, Maria Helena Diniz é enfática, e defende que o interesse econômico, ou melhor, a satisfação desse interesse econômico é essencial à obrigação. Apontando inclusive que não seria exagero dizer que a obrigação seria uma relação entre dois patrimônios,²⁵¹ de modo que se coloca a responsabilidade patrimonial no centro do direito obrigacional.

4.4 – A COMPOSIÇÃO NO VÍNCULO OBRIGACIONAL

4.4.1 – Evolução e colocação do problema

Do ponto de vista histórico, observa-se que no direito antigo a relação de obrigação não era vista como um dever jurídico, antes disso, era vista como responsabilidade. A romanística alemã qualificava como *negócios de responsabilidade (haftungsgeschäfte)*, sendo que o sujeito respondia com seu corpo. A noção de *obligatio* como *vinculum iuris*, somente mais tarde veio a ser aperfeiçoada.²⁵² A coerção do obrigado era determinante e a responsabilidade nem mesmo ficava restrita a figura do devedor. O sistema romano permitia que a responsabilidade recaísse sobre outros membros ligados ao devedor (*nexum*). O *nexum* não significava a dívida, mas a uma relação diversa para garanti-la. Não só o pai respondia pela dívida com o seu corpo, como também os demais membros da família.²⁵³

Para gizar melhor a questão, compara-se com o sistema moderno. Atualmente, como visto no tópico anterior, a obrigação possui os seguintes elementos: credor, devedor e prestação. O credor teria o direito de receber sua prestação, e por sua vez, o devedor, o dever jurídico de adimplir a prestação devida. A responsabilidade, dependendo da posição que se adote, pode ou não fazer parte da relação obrigacional. No direito romano antigo, a responsabilidade comporia a obrigação, sendo elemento da estrutura obrigacional, por isso, negócio de responsabilidade.

²⁵¹ DINIZ, Maria Helena. 2007. *op. cit.* p. 29.

²⁵² ENNES, Luis Rodríguez. La "obligatio" y sus fuentes. *Revista Internacional de Derecho Romano. RIDROM* [on line]. Universidad de Castilla-La Mancha. v. 2. p. 90-126. 2009. p. 102 <<http://www.ridrom.uclm.es>>

²⁵³ SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 3, p. 165-181, 2013. p. 172

A sistemática obrigacional somente se alterou com o advento da *Lex Poetelia Papiria*. Relata-se que o motivo da alteração foi um caso que ocorreu envolvendo um jovem de boa família que tomou um empréstimo com um agiota. Este não recebendo seu dinheiro tentou estuprar o filho do devedor, onde não conseguindo devido a resistência da vítima, golpeou-o ferozmente. A vítima ensanguentada de tão pouca idade causou comoção na cidade, e mostrou o equívoco no tratamento do direito obrigacional. Com isso elaborou-se a *Lex Poetelia Papiria*, que revolucionou o direito obrigacional da época, fundindo os conceitos de débito e obrigação (*debitum y obligatio*), fazendo com que o devedor detenha o dever jurídico de cumprir a obrigação. O devedor poderia assumir a garantia de sua própria dívida, sendo uma espécie de autofiança. No entanto, essa reforma não aboliu a execução pessoal, mas “*esa reforma procesal se encuentra el elemento que permite contemplar la obligatio personae como una relación jurídica de naturaleza y régimen patrimonial*”.^{254 255}

Essa concepção de que o objeto da obrigação seria de natureza patrimonial, ou melhor, que a responsabilidade que se gera é de natureza patrimonial e não corporal, inseriu-se lentamente no direito. O conteúdo “corporal” da responsabilidade que afetava a liberdade ou integridade física, adquire a fisionomia exclusivamente patrimonial. A responsabilidade não necessitava de ato jurídico especial, o próprio débito engendrava por si mesmo a responsabilidade.²⁵⁶ Contudo, o negócio que formava a obrigação não era mais visto como negócio de responsabilidade. O dever pelo pagamento era o principal, sendo que existia a responsabilidade por existir o débito.

Verifica-se que ideia predominante de responsabilidade pessoal focada na pena corporal é transformada em uma construção fincada na premissa de direito e deveres, onde existindo o

²⁵⁴ ENNES, Luis Rodríguez. *idem*. p. 99.

²⁵⁵ Pode-se dizer que o processo de execução ganhou um caráter satisfativo. Desde a fase do *bonorum venditio* onde era vendido todos os bens do devedor iniciou-se a fase de que haveria responsabilidade patrimonial (antes a sanção pelo descumprimento e em decorrência o processo não tinha esse caráter de satisfatividade da obrigação). Com o *pignus ex causa iudicati captum* surge a execução singular, meio dela, procedia-se à penhora de tantos bens do devedor quantos fossem suficientes à satisfação do direito de um só credor. A partir dessas mudanças a execução “tornava-se atividade eminentemente estatal. Não era mais o credor o responsável pela arrecadação, conservação e alienação dos bens em hasta pública; tal atividade era incumbência dos chamados *apparitores*, correspondentes aos nossos atuais oficiais de justiça (...) podemos vislumbrar, na execução civil – e, ao que nos interessa, na responsabilidade do devedor –, claramente as tendências de (i) estatização, (ii) patrimonialização e (iii) humanização, ao que acrescentaríamos, ainda, a de (iv) satisfação”. (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial e sua tutela judicial à luz do direito fundamental do credor à execução forçada. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2014. p. 25-29)

²⁵⁶ ENNES, Luis Rodríguez. *idem*. p. 100

débito, há que se concentrar no dever jurídico de cumprimento da obrigação. E ainda que as penas corporais são suprimidas para a responsabilidade ser vista como uma garantia ao cumprimento da obrigação, sendo esta garantia de caráter marcadamente patrimonial.

4.4.2 - A evolução da responsabilidade no contexto das obrigações

A questão da participação ou não da responsabilidade patrimonial na relação obrigacional tem sido ponto de divergência doutrinária ao longo do tempo. Relata-se que ao se formular o Código Civil italiano, houve intenso debate sobre a estrutura da relação obrigacional.²⁵⁷

Uma das correntes debatidas, e uma das mais antigas, é a sustentada por Savigny o qual sustenta que na “essência da obrigação está no poder do devedor sobre determinado ato do credor”.²⁵⁸ Era concebido originalmente como o direito do credor como um domínio sobre a pessoa do devedor. O objeto do credor seria algum ato do devedor que era retirado da sua esfera de liberdade e ficava sujeito à vontade do credor.²⁵⁹

A doutrina alemã foi, porém, logo começou a pôr em dúvida a validade dessa construção teórica pois essa sujeição da vontade era inaceitável para a cultura da época. Essa teoria “personalista” entrou em crise quando percebe-se que a atividade pessoal do devedor, como toda ação humana, é essencialmente incontrollável.²⁶⁰ Entrementes, surgiram as chamadas teorias patrimoniais da obrigação e que tiveram grande aceitação na Itália. Sua forma mais famosa era o que distinguia dentro do relação obrigacional as figuras do *Schuld* e *Haftung*.²⁶¹ Como é composta por esses dois elementos é denominada de dualista, enquanto a de Savigny pode ser considerada como unitária ou monista.

Essa corrente dualista no seio do vínculo obrigacional faz uma distinção entre débito e responsabilidade (*schuld und haftung*). Esta teorização, foi desenvolvida por Brinz, e enxergava

²⁵⁷ PETRASSI, Marco Cristiano. Separazione patrimoniale e autonomia privata. 200 f. Tese (Doutorado em Direito). Università degli Studi di Roma Tre. Milano. Italia. 2008. p. 28

²⁵⁸ GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas Elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. Revista de Direito Privado. vol. 26. p. 30-76. São Paulo. 2006. p. 40.

²⁵⁹ PETRASSI, Marco Cristiano. *op. cit.* p. 28.

²⁶⁰ VALLONE, Giuseppe. Esecuzione Forzata e responsabilità patrimoniale del debitore. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Università Degli Studi di Palermo. Palermo. 2014. p. 31

²⁶¹ PETRASSI, Marco Cristiano. *op. cit.* p. 28.

na obrigação um débito (*schuld*) e uma garantia, ou responsabilidade (*haftung*). O *schuld* é a incumbência do sujeito passivo de atuar em prol do credor. *Haftung* é a responsabilidade que incide sobre a figura do obrigado, que assegura o credor o cumprimento da obrigação. Por esta, o credor poderá reclamar o cumprimento da obrigação ou seu equivalente patrimonial.²⁶²

Nessa diapasão, a responsabilidade patrimonial seria intrinsecamente ligada ao débito²⁶³ e por consequência também à relação obrigacional. Esses dois elementos (*schuld und haftung*) nasceriam de maneira concomitante no início da relação obrigacional, não havendo que se falar, nessa teoria da responsabilidade surgindo após o inadimplemento.²⁶⁴ Portanto, mesmo na hipótese de conversão da obrigação em perdas e danos, a responsabilidade patrimonial não surgiria somente na fase patológica da obrigação. Segundo Couto e Silva “a possibilidade de exigir perdas e danos não se inseriria no conceito de responsabilidade, mas no do próprio dever, de modo que se poderia definir o dever jurídico como aquele que, uma vez descumprido, enseja perdas e danos”.²⁶⁵ A responsabilidade acompanharia todo o vínculo obrigacional e não apenas se erigindo no descumprimento da obrigação.

Desse modo, a responsabilidade “é elemento da obrigação e coexiste com o débito. Não é totalmente correta afirmar que a responsabilidade surge, apenas, quando se manifesta adimplemento insatisfatório ou recusa em adimplir”.²⁶⁶ A responsabilidade patrimonial não nasceria com o inadimplemento, mas seria inerente ao elemento prestacional. Contudo, pode-se dizer que a responsabilidade estaria num estado latente, e quando ocorre o inadimplemento ela se transforma no centro onde gravita a relação obrigacional.

A responsabilidade, antes do inadimplemento possuiria apenas uma função de garantia e com isso, embute-se a ideia de uma função também de coerção. Após o descumprimento da obrigação sua função se altera. A doutrina separa os dois momentos, sendo no primeiro, que vai desde o nascimento da obrigação até sua inexecução, “*la responsabilidad atribuye simples facultades de control, el acreedor tine algo así como un superdominio y el deudor vendría a*

²⁶² GUERRERO. *op. cit.* p. 40.

²⁶³ PETRASSI, Marco Cristiano. *op. cit.* p. 29.

²⁶⁴ Com base nessa teoria não se poderia dizer que a responsabilidade surge com o inadimplemento. Todavia, encontra-se interpretação da teoria como uma separação da obrigação em dois momentos em que a responsabilidade somente surge após o inadimplemento da obrigação v.g. SIMÃO, José Fernando. *op. cit.* p. 169.

²⁶⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *op. cit.* p. 130.

²⁶⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *op. cit.* p. 83.

ser un sujeto patrimonialmente semisoberano, o bien a estar sometido a un protectorado patrimonial; cuando se procuce el incumplimiento, estas facultades se transforman en verdadero derecho de agresión patrimonial dirigido a la satisfacción del interés del acreedor”.²⁶⁷

Quanto à essa distinção entre débito e responsabilidade advinda da teoria do *schuld und haftung* afirma-se ainda primeiro (*schuld*) “è costituito dal dovere di adempimento del debitore, cui però corrisponde anche una posizione giuridica ben definita del creditore, qualificata come aspettativa; la seconda (*haftung*), invece, nella posizione di soggezione del (patrimonio del) debitore cui, dal lato attivo, si affianca un’aspettativa di soddisfazione”.²⁶⁸ A teoria trouxe a novidade de conferir uma posição de destaque para o credor, e ainda apontar a existência de uma expectativa de satisfação de credor protegido pelo sistema legal.

Essa teoria também se mostrou importante porque se centrava na prestação e não na pessoa do devedor. Contudo, o fato de ser cindido o débito da responsabilidade gerou crítica pela doutrina, uma vez que a responsabilidade não poderia ser uma categoria separada do débito. A incidência ou não da responsabilidade é uma questão que não afetaria a estrutura obrigação original, mas apenas as relações entre o garante e garantido.²⁶⁹

Não obstante essa teoria da obrigação baseada no *schuld und haftung* ter sido codificada pelo legislador alemão nos §§ 241 e 242 do BGB de 1896 ela acabou perdendo força na doutrina e sendo gradualmente refutada no BGB atual.²⁷⁰

4.4.3 – Corrente processualista ou publicista

A corrente doutrinária capitaneada pelo processualista Francesco Carnelutti adota a responsabilidade patrimonial como elemento integrante do processo, e possui como um dos fundamentos – seguindo evolução doutrinária sobre o tema – a ideia de que a responsabilidade

²⁶⁷ SCHILMAN, Benito Daniel. *Schuld e Haftung. Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias. Lecciones y Ensaíos*. n. 35. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1967. p. 127.

²⁶⁸ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 32. (tradução livre: o primeiro (*schuld*) consiste no dever de adimplemento do devedor, que, no entanto, corresponde também a uma posição legal bem definida do credor, qualificada como expectativa; o segundo (*haftung*), por sua vez, a posição de sujeição (do patrimônio) do devedor que, pelo lado ativo, é acompanhada por uma expectativa de satisfação)

²⁶⁹ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 33

²⁷⁰ SICCHIERO, Gianluca. *La responsabilità patrimoniale*. Torino: UTET Giuridica. 2011. p. 14.

não compõe o vínculo obrigacional, sendo elemento estranho à obrigação. Considera a responsabilidade vista somente do momento patológico do inadimplemento, mais precisamente no processo de execução. E dado o fato da prestação ser incoercível pelo próprio credor, exaltava o direito de satisfação pelo patrimônio do devedor por meio do processo executivo.²⁷¹

O que existiria na relação obrigacional seria o direito e o correspondente dever, não cabendo se falar em responsabilidade nesse momento. Somente surgiria a responsabilidade após o inadimplemento, e consistiria na sanção imposta pelo não cumprimento da obrigação. Por isso o autor italiano afirma que deve-se entender a responsabilidade como a “*soggezione di una persona alla sanzione giuridica*”.²⁷² E como entende a responsabilidade como sujeição à uma sanção, ela será consequencial, fazendo-se incidir a norma secundária (processual) por infringência à norma primária (material).

Esclarece o jurista que a responsabilidade seria pessoal, uma vez que o sujeito é o responsável pelo cumprimento da obrigação, o que não se confunde com responsabilidade corporal. A sanção incidiria sobre a pessoa, onde o patrimônio seria o objeto dessa sanção, e com essa sanção nasceria a responsabilidade patrimonial, podendo a partir daí golpear os bens do devedor.²⁷³ Portanto, a responsabilidade patrimonial nasce ou se concretiza em razão do descumprimento de uma norma anterior (norma primária ou endonorma). Essa segunda relação jurídica surgida do inadimplemento ou do cometimento do ilícito seria processual e não de direito material.

Seguindo a linha de Carnelutti acima exposta, Zavaski aponta a estrutura de uma norma jurídica de natureza creditícia da seguinte maneira: “(a) no enunciado da endonorma, um sujeito (devedor) obrigado a entregar a outro (credor) uma determinada prestação; e (b) no enunciado da perinorma, o Estado-juiz com o poder-dever de fazer atuar coativamente sobre determinados bens a sanção prevista para o não atendimento do preceito endonormativo”.²⁷⁴ Da relação entre os sujeitos da endonorma (credor e devedor) nasceria o débito. Por outro lado, segundo o mesmo autor, da relação estabelecida entre o Estado e o sujeito sobre cujo patrimônio recai a

²⁷¹ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 35.

²⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*. in BETTI, Emilio. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè Editore. 2006. p. 298.

²⁷³ CARNELUTTI, Francesco. 2006. *op. cit.* p. 296.

²⁷⁴ ZAVASKI, Teoria Albino. *Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 189.

sanção jurídica, nasceria a responsabilidade, entendida esta como a “sujeição dos bens ao atendimento coativo da prestação. O débito está relacionado com o preceito que define a conduta do devedor e seu atendimento espontâneo; a responsabilidade, diferentemente, só ganha sentido e função com o inadimplemento do preceito e com a execução forçada da prestação”.²⁷⁵

Quanto à questão do patrimônio – por meio da responsabilidade patrimonial – compor de alguma forma o vínculo obrigacional Carnelutti ainda aponta que não se poderia colocar o patrimônio, por meio da responsabilidade patrimonial no seio do vínculo obrigacional, pois este não possui uma concretude. Quando se defende que a responsabilidade patrimonial integraria a relação obrigacional estaria se enxergando o patrimônio atomisticamente. O patrimônio não poderia fazer parte da relação jurídica, pois ele não tem uma concepção individualizada. Segundo o autor *“il patrimonio non è il prodotto della addizione di più quantità positive ma ti quantità positive con quantità negative; tanto basta per postulare l'unità”*.²⁷⁶ Destarte, não se poderia dizer por exemplo, que em vários contratos de mútuo, o patrimônio do devedor, por meio de sua responsabilidade patrimonial, garantiria cada valor individualmente, uma vez que o patrimônio teria um caráter de universalidade e não seria concebido atomisticamente para integrar uma porção para cada novo vínculo obrigacional.

Assim, segundo Carnelutti, “debito e responsabilidade não são dois elementos da mesma relação, ou seja da relação entre credor e devedor, mas sim duas relações distintas, a primeira da qual tem caráter material e a segunda de caráter processual. A responsabilidade não é uma obrigação, mas uma sujeição, e a relação ocorre não entre o devedor e o credor, mas entre o devedor e o juiz”.²⁷⁷

Portanto, a responsabilidade patrimonial atuaria no ambiente do processo judicial, pois o credor não poderia se valer de meios próprios para a excussão patrimonial do devedor. Essa responsabilidade é “instrumental em relação ao crédito: não atua ela no plano da formulação do

²⁷⁵ ZAVASKI, Teoria Albino. *op. cit.* p. 190.

²⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore. 1958. p. 317. (tradução livre: patrimônio não é o produto da adição de mais quantidade positiva, mas quantidade positiva com quantidade negativa; que é suficiente para postular sua unidade)

²⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. 1958. *op. cit.* p. 314-315. Tradução livre de “*debito e responsabilità non sono due elementi di uno stesso rapporto, ossia del rapporto tra debitore e creditore, sibbene due distinti rapporti, il primo dei quali ha carattere materiale e il secondo carattere processuale, la responsabilità non è un obbligo, ma una soggezione e il rapporto corre non tra il debitore e il creditore ma tra il debitore e il giudice.*”

direito, mas, sim, se presta a dar realização a outro direito já existente observado. No caso, não confere ao credor de certa quantia pecuniária qualquer direito distinto daquele que a relação obrigacional lhe dá, tão somente lhe outorgando meios para que, através do processo de execução, seu direito possa ser satisfeito”.²⁷⁸ A sujeição patrimonial (processual) oriunda da responsabilidade seria a decorrência lógica da própria ação executiva e não garantiria qualquer direito sobre os bens pertencentes ao sujeito responsável, contudo possibilitaria que fossem submetidos à sujeição do poder estatal através da execução por expropriação.

Todavia, é importante aduzir nesse ponto, que, sobre a asserção de que a norma secundária ou sancionatória (perinorma) seria acionada quando houvesse o ingresso judicial, não se pode olvidar que nada obsta que a sanção ocorra em nível pré-processual, carecendo apenas de eficácia coercitiva.²⁷⁹ Desse modo, quando se sustenta que a responsabilidade patrimonial adviria de uma sanção não caberia defender que a responsabilidade patrimonial *somente* surgiria após o ingresso judicial, uma vez que também ocorre a sanção em nível pre-processual.

Outro ponto interessante e atualmente contestado pela doutrina que se verá a seguir, é que Carnelutti para construir sua teoria processualista sobre a responsabilidade patrimonial excluiu toda responsabilidade da estrutura obrigacional. E acerca desse ponto não há como concordar, pois não se pode enxergar o direito (ou dever) sem responsabilidade. O devedor quando lhe é imputado o dever de cumprir uma obrigação, é responsável por esta.

O jurista italiano Michele Giorgianni, também compartilha da posição de Carnelutti no que tange que a responsabilidade patrimonial seria instituto de direito processual, contudo aborda de ângulo diverso. Ao tratar de direito de obrigações ele considerou a responsabilidade pessoal como vinculada ao direito material, e a responsabilidade patrimonial vinculada ao processo. A última poderia ser considerada um como uma etapa da responsabilidade pessoal, ou, ainda que a responsabilidade pessoal seria um etapa preparatória da patrimonial. Enquanto a responsabilidade pessoal existiria no vínculo obrigacional, a patrimonial surgiria com o inadimplemento.²⁸⁰ De acordo com essa concepção haveria uma correlação perfeita entre a

²⁷⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *op. cit.* p. 97.

²⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 32 e VILANOVA, Lourival Faustino. *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 194

²⁸⁰ GIORGIANNI, Michele. *La tutela del creditore*. In: ALPA, Guido; ZATTI, Paolo. *Lecture di diritto civile*. Padova: CEDAM, 1990. pp. 465-478. p. 467.

posição ativa e a posição passiva e em um sentido duplo: em que o comportamento do devedor, que constitui o conteúdo da prestação, é de molde a satisfazer perfeitamente o interesse do credor, e por sua vez representa o próprio objeto do direito do credor, uma vez que é precisamente o objeto do direito do credor, o bem que a lei atribui à satisfação.²⁸¹

O autor entendia a responsabilidade do vínculo obrigacional como preparatório da responsabilidade patrimonial. Esta teria sua base no duplo princípio: que as consequências do inadimplemento do devedor devem ser avaliadas do ponto de vista patrimonial com referência a uma soma de dinheiro que representa o equivalente pecuniário do dano (responsabilidade pessoal), e que esta soma de dinheiro deve ser forçosamente apreendida (se o devedor não cumprir voluntariamente o débito tendo por objeto aquela soma de dinheiro) pela venda (ou adjudicação) forçada dos bens.²⁸² Assim, “a partir da concepção pela qual a responsabilidade patrimonial é pressuposto do poder de expropriação do credor, e que está funcionalmente ligado com o inadimplemento, considera-se a responsabilidade pessoal e a patrimonial como dois aspectos do mesmo fenômeno: a responsabilidade patrimonial constituiria uma nova etapa ulterior àquela pessoal, pela qual esta seria uma fase preparatória da primeira. Daí a consequência evidente que a responsabilidade patrimonial é instituto estranho à relação obrigacional, e imanente à expropriação forçada”.²⁸³

Nesse ponto seu entendimento fica claro que o enquadramento da responsabilidade patrimonial como direito material ou processual dependeria da ótica que se visualizasse o instituto. A responsabilidade vista no vínculo obrigacional é enxergada como responsabilidade pessoal, e quando se coloca dentro do processo avista-se o mesmo instituto como responsabilidade patrimonial. Desse modo, o autor parte da ideia que a responsabilidade patrimonial não seria uma sujeição do devedor, mas designa um “*strumento esecutivo, predisposto dall'ordinamento per l'ipotesi di inadempimento de debitore, che si concreta nella vendita (o assegnazione) forzata dei beni del debitore. Tale strumento esecutivo presuppone che il creditore abbia diritto ab ottenere una somma di denaro, che costituiva l'originario oggetto della prestazione ovvero*

²⁸¹ PETRASSI, Marco Cristiano. *op. cit.* p. 32.

²⁸² PETRASSI. *op. cit.* p. 33.

²⁸³ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 26. Tradução livre de “*partendo dalla concezione per cui la responsabilità patrimoniale è presupposto del potere espropriativo del creditore, e che la stessa è funzionalmente collegata col solo inadempimento, considera responsabilità personale e patrimoniale due aspetti dello medesimo fenomeno: la responsabilità patrimoniale costituirebbe uno stadio ulteriore di quelle personale, la quale, a sua volta sarebbe stadio preparatorio della prima. Da ciò la evidente conseguenza che la responsabilità patrimoniale è istituto estraneo al rapporto obbligatorio e immanente, invece alla sola espropriazione forzata*”.

*costituisce la liquidazione del danno provocato dall'inadempimento".*²⁸⁴ Analisa-se, portanto, exclusivamente sob ótica do credor, que teria o direito a um instrumento executivo para satisfazer seu crédito.²⁸⁵

Sobre o tema da responsabilidade, nos próximos tópicos se trabalhará de maneira mais minuciosa. Outrossim, quanto à questão levantada por Carnelutti acerca do patrimônio não poder ser considerado atomisticamente, far-se-á uma explicação mais a frente.

4.4.4 – A corrente privatista ou dualista

O civilista italiano Emilio Betti,²⁸⁶ responsável pela redação do atual Código Civil Italiano, a partir de uma comparação entre a obrigação no direito romano e a obrigação no direito moderno, traçou as características fundamentais da relação obrigacional, o conceito de garantia patrimonial, da incoercibilidade da prestação do devedor e de ação judicial, no qual se mostram infungíveis.²⁸⁷

A relação obrigacional deve ser estudada através da observação do lado do credor cujo direito é genericamente definido como uma situação de expectativa, de confiança, mas que dividida em dois momentos. Durante a pendência da obrigação, enquanto não vencido o prazo para o adimplemento, o credor detém a expectativa principal de realização, onde o credor aguarda que o devedor cumpra a obrigação espontaneamente. Essa expectativa é acompanhada pela garantia do patrimônio, o que seria uma situação decorrente de seu estado de espírito, um desejo, correspondente a um verdadeiro e próprio status jurídico subjetivo. Se falta-lhe o adimplemento espontâneo, surge na cabeça do credor uma expectativa secundária de satisfação, ou seja, de

²⁸⁴ GIORGIANNI, Michele. *op. cit.* p. 468. (Tradução livre: instrumento executivo, previsto em lei para a hipótese de inadimplemento do devedor, que se consubstancia na venda (ou cessão) forçada dos bens do devedor. Este instrumento executivo pressupõe que o credor tenha direito de obter uma soma de dinheiro, que era o objeto originário da prestação ou que tenha sido constituído pela liquidação dos danos provocados pelos inadimplemento).

²⁸⁵ Desde já manifesta-se a discordância, neste ponto, sobre o entendimento do jurista. Isso porque examinar o instituto somente considerando o espectro do credor é fazer uma análise parcial. Ademais, quando nomeia a responsabilidade patrimonial como instrumento executivo (*strumento executivo*) não se está referindo àqueles instrumentos que se prestam para efetivação da execução, como o sequestro de bens, penhora via bacenjud etc, mas parte da ideia de que os bens são um “instrumento” para se atingir a satisfação do credor.

²⁸⁶ Ao autor trabalha o tema de maneira distinta de Carnelutti na obra: BETTI, Emilio. *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione.* in BETTI, Emilio. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo.* Milano: Giuffrè Editore. 2006.

²⁸⁷ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 35

realização forçada dessa pretensão, que se explica mediante o direito de ação no qual se propriamente se realizará a responsabilidade patrimonial.^{288 289}

Portanto, o fato de a responsabilidade patrimonial tomar forma no processo judicial, mais propriamente no processo executivo, não tem o condão de transformar a natureza do instituto em processual. Essa responsabilidade, como defendido por Betti²⁹⁰ e Giorgianni por exemplo (o último adepto da corrente processualista), já existe ao tempo apenas da obrigação, fase anterior ao processo judicial, e quando a ação é ajuizada há apenas a prática de atos em que se ataca o patrimônio do devedor. Segundo Fragali, “è la forza del vincolo obbligatorio che pone a disposizione del creditore i beni del suo debitore”²⁹¹ (é a força do vínculo obrigacional que põe à disposição do credor os bens do devedor). Se não fosse a responsabilidade originada na obrigação, nada haveria que se executar e não se poderia falar em responsabilidade patrimonial.

Inclusive a regra seria a de que um débito, ou um vínculo obrigacional, não poderia funcionar sem a garantia dos bens pertencentes ao devedor.²⁹² Em outras palavras, não se mostraria consentâneo com o Direito que o responsável pelo débito pudesse excluir toda sua responsabilidade pelo adimplemento, deixando a avença sem garantia alguma.

Para citar um fundamento legal, pode-se dizer que uma cláusula que previsse a exclusão da responsabilidade patrimonial do devedor não seria aceita pelo fato de que poderia ser tomada como puramente potestativa, o que seria vedado pelo artigo 122 do Código Civil.²⁹³ Quando não pesa contra o devedor a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação, ou seja, estando

²⁸⁸ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 35

²⁸⁹ Outra maneira de se entender a questão é dicotomizando em fim imediato e fim remoto. Segundo Marcos Catalan “ao se decompor uma relação jurídica obrigacional, afere-se que o direito creditório tem de um lado, como fim imediato, uma prestação, e de outro, como fim remoto, a sujeição dos bens do devedor ao adimplemento da obrigação assumida, eis que a proteção jurídica do patrimônio foi o modo encontrado pelo Direito de resguardar a pessoa do seu titular”. CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. *Revista de Direito Privado*. vol 20. p. 266-279. 2004. p. 268.

²⁹⁰ “Betti ha avuto il grande merito di pensare responsabilità e garanzia unicum unicum, e di considerarli elementi inscindibili e concomitanti all’obbligazione”. (Betti teve o grande mérito de pensar a responsabilidade e garantia original única, e considerá-las como elementos inseparáveis concomitantes da obrigação). VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 36.

²⁹¹ FRAGALI, M. Garanzia, in *Enc. diritto*, XVIII, Milano, 1969, p.452 *apud* PETRASSI. *op. cit.* 36

²⁹² PETRASSI. *op. cit.* p. 35

²⁹³ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

seu patrimônio, presente ou futuro, totalmente desonerado e desvinculado do cumprimento da obrigação, ficaria ao puro e livre arbítrio do devedor o poder de cumprir ou não sua obrigação.

Portanto, a responsabilidade patrimonial serviria como garantia da relação jurídica obrigacional.²⁹⁴ E mais, essa garantia seria imperativa, inexorável do vínculo obrigacional, não podendo ser excluída totalmente. De fato, a responsabilidade patrimonial do devedor assegura ao credor um substitutivo da prestação que tem por isso a mesma eficácia funcional da prestação. O credor tem, em virtude do princípio expresso pelo artigo 391 do Código Civil (art. 2740 do Código Civil Italiano), uma expectativa subsidiária de satisfação independente da cooperação do obrigado.²⁹⁵

Nesse sentido, Girolamo Monteleone, professor da Universidade de Palermo aponta que *“l’istituto della responsabilità patrimoniale nella sua attuale fase evolutiva è tale da dare ad esso (al vincolo obbligatorio) una fisionomia inconfondibile”*,²⁹⁶ de modo que se deixa claro que a responsabilidade patrimonial não deve ser analisada somente no âmbito da execução forçada, mas também dentro do contexto do direito obrigacional, uma vez que a mesma também está presente desde a formação do vínculo obrigacional. Enquanto não se alcança o estado patológico da obrigação pelo seu inadimplemento, o credor se encontra em uma situação expectativa legítima, um *“stato di fiducia giuridica”* para receber uma determinada prestação.²⁹⁷

Para o professor da Universidade de Trieste, Paolo Cendon, conquanto a função da responsabilidade patrimonial seja mais perceptível através do fenômeno do inadimplemento, desde o momento da formação da obrigação a responsabilidade patrimonial atua como um garante do bom funcionamento da relação obrigacional. Contudo, é pela execução que o patrimônio do devedor se sujeitará de fato ao interesse do credor, assegurando o adimplemento mesmo na inércia ou contra a vontade do devedor.²⁹⁸

²⁹⁴ GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. *op. cit.* p. 37.

²⁹⁵ PETRASSI, Marco Cristiano. *op. cit.* p. 36.

²⁹⁶ MONTELEONE, Profili sostanziali e processuali dell’azione surrogatoria, Milano, 1975 *apud* VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 14. (tradução livre: o instituto da responsabilidade patrimonial no seu atual estágio evolutivo [vinculação à obrigação] tem uma fisionomia inconfundível)

²⁹⁷ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 34.

²⁹⁸ CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*. Milano: Giuffrè Editore. 2009. p. 08

4.5 – O PODER DE GESTÃO PATRIMONIAL DO CREDOR

O Código Civil ao estabelecer os bens passíveis de responder pelas obrigações dispôs que todos os bens do devedor respondem pelo inadimplemento (art. 391). Já o Código de Processo Civil à semelhança do Código Civil da Itália²⁹⁹ deixou expresso que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações” (art. 789).

Interessante notar que o Código Civil quando dispõe textualmente que o devedor responde com seus bens, prescreve que é pelo inadimplemento das obrigações que respondem os bens do devedor. O que poderia sugerir a ideia de que a somente com inadimplemento que se faria com que o devedor respondesse com seus bens, ou melhor, que o inadimplemento seria o marco temporal. Por outro lado, o CPC deixa expresso que o devedor responde com seus bens pelo cumprimento das obrigações, e não simplesmente pelo inadimplemento. Ou seja, quando aponta que os bens do devedor respondem pela obrigação não indica o momento certo, apenas diz que os bens respondem pelo adimplemento, e não pelo inadimplemento. Sendo esta a norma posta, seria plenamente viável concluir-se com base no CPC que os bens do devedor respondem desde o surgimento da obrigação, uma vez que desde o nascimento a obrigação esta pode ser adimplida.

No direito português utiliza-se a seguinte normatização: no Código Civil prevê-se que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora” (art. 601), no Código de Processo Civil se estabelece que “estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda” (art. 735). O ordenamento jurídico lusitano é mais coerente que o brasileiro, pois no Código Civil preocupa-se com o cumprimento, vinculando o patrimônio ao adimplemento. Já na lei processual diz-se que tais bens estarão sujeitos à execução.

Não obstante a sutileza das redações, não se pode afirmar que essa distinção gizada seja inócua. Se admitir que os bens do devedor respondem somente após o inadimplemento, ou pior, que respondem somente após o ajuizamento da ação executiva, teria que se excluir os bens

²⁹⁹ Art. 2740. Responsabilità patrimoniale. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

adquiridos em momento anterior ao inadimplemento. Da mesma forma acarretar-se-ia reflexo, pelo menos no plano teórico, nas questões envolvendo fraude contra o direito de credor.

Criticando a redação legislativa brasileira, Dinamarco esclarece que o equívoco do artigo 591 do CPC/1973 brasileiro (atual artigo 789 do CPC/2015) foi ter reproduzido a norma positivada no Código Civil italiano. Assim, o autor assera que os termos futuro e presente são empregados de forma heterogênea, sendo que quando se emprega o termo “futuro” estaria se referindo ao momento da constituição da obrigação, e o termo “presente” faria referência ao momento da execução. A crítica do jurista reflete sua posição semelhante à de Carnelutti, para quem a responsabilidade patrimonial seria instituto de direito processual. Assim, não haveria que se falar em bens presentes e futuros, mas apenas que o “devedor responde por suas obrigações com os bens que se encontram em seu patrimônio no momento da execução”.³⁰⁰

Pontes de Miranda afirmava somente o seguinte: “o devedor responde, para adimplir as obrigações, com todos os seus bens, presentes e futuros”,³⁰¹ o que pela posição que se defende neste trabalho se mostra correto. O patrimônio do devedor serve como garantia ao cumprimento da obrigação, uma vez que responde pelo adimplemento e não pelo inadimplemento.

Por isso, seria mais coerente admitir a responsabilidade patrimonial como um fenômeno ligado à relação devedor-credor, desde a sua origem. Com isso coloca-se mais sentido no ordenamento jurídico, uma vez que essa “garantia genérica” poderia ser invocada mesmo durante a relação obrigacional e antes do início da ação executiva (através de uma ação visando a conservação do patrimônio do devedor). Considerar que “bens futuros” seriam aqueles adquiridos pelo devedor após o exercício da ação executiva, “equivaleria a limitar o âmbito operacional de responsabilidade apenas para estágio patológico relação obrigatória, reduzindo assim escopo da garantia prevista art. 2740 cc [idêntico ao art. 789 do CPC brasileiro] e ignorando os meios de proteção preventiva a disposição do credor na fase fisiológica de tal relação”.³⁰²

³⁰⁰ Segundo ainda o mesmo autor, aderindo a posição de Carnelutti, não se poderia considerar o termo “presente” como sendo referente à formação da obrigação porque acarretaria no congelamento do patrimônio do devedor. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 245.

³⁰¹ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IX (arts. 566-611). Rio de Janeiro: Forense. 1976. p. 441.

³⁰² MANSI, Giovanni. Patrimonio e patrimoni: Alla ricerca dei confini attuali della responsabilità patrimoniale. 192 f. Tese (Doutorado em Direito). Università di Bologna. Bologna. Italia. 2014. p. 31. Tradução livre do texto: “equivarrebbe a limitare l'ambito di operatività della responsabilità alla sola fase patologica del rapporto obbligatorio, così riducendo la portata della garanzia di cui all'art. 2740 c.c. ed ignorando i mezzi di tutela preventiva ad operabili da parte del creditore nella fase fisiologica di tale rapporto”.

Em outras palavras, quando a norma prescreve que pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens presentes e futuros, se admitir que a responsabilidade patrimonial integra o vínculo obrigacional, ou seja, que ela nasce junto com a obrigação conferindo uma garantia à esta, seria consequência natural que o credor pudesse manejar ações visando desfazer condutas ou inibir que o devedor frustrasse o direito de recebimento do credor. Todavia, quando se considera que a responsabilidade patrimonial somente surge após o inadimplemento o ordenamento tem que criar exceções para proteger o direito do credor. Assim, na segunda hipótese, ações como fraude contra credores devem ser previstas legalmente, pois como não haveria responsabilidade antes do inadimplemento o devedor poderia dispor livremente de todo seu patrimônio.

Na perspectiva da satisfação do interesse do credor, deve-se vincular pela regra do artigo 789 o patrimônio do devedor ao cumprimento da obrigação. No entanto, cabe salientar que a expressão “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações” pode significar a responsabilidade no lugar da obrigação. Em outros termos, a norma pegaria aquela responsabilidade constante na obrigação e a colocaria em primeiro lugar.³⁰³

Em razão disso, em estudo específico sobre o tema, Giovanni Mansi, discorda do entendimento do Carnelutti quando este conecta aplicação do artigo 2740 do CC italiano (CPC brasileiro art. 789) somente com a ação executiva, com atuação unicamente no momento da expropriação, como se fosse um instrumento de direito processual. Afirma o autor que tal orientação doutrinária “*erroneamente limita la rilevanza della responsabilità patrimoniale alla sola fase esecutiva derivante dall'inadempimento del debitore, (...) riveste una grande importanza già nella fase fisiologica del rapporto obbligatorio e rappresenta il presupposto sostanziale per l'esercizio dell'azione processuale*”.³⁰⁴

Uma ilação interessante é que se admitir que a responsabilidade patrimonial, ou em outros termos, que os bens do devedor respondem pela obrigação desde a sua constituição, pode-se dizer que o credor tem uma expectativa legítima de seu crédito no correspondente patrimônio

³⁰³ PETRASSI, Marco Cristiano. *op. cit.* p. 35

³⁰⁴ MANSI, Giovanni. *op. cit.* p. 13. (tradução livre: erroneamente limita a importância da responsabilidade de patrimonial a somente a fase de executiva resultante do incumprimento do devedor, (...) é de grande importância já no estágio fisiológico da relação obrigacional e é o pressuposto material para o exercício da ação processual).

do devedor, no momento em que este contraiu o débito. Dessa expectativa legítima poderia se afirmar a existência de uma certa ingerência do credor no patrimônio do devedor, um “poder de gestão” do credor sobre o patrimônio do devedor.

Assim, as ações conservativas do patrimônio do devedor, como no caso, da fraude contra credores ou alguma outra medida visando que o devedor não esvazie seu patrimônio (v.g. a antes prevista como cautelar de arresto no 813 do CPC/1973, e agora no CPC/2015 no artigo 301), teria um fundamento mais sólido e com respaldo no próprio direito material. Isso não quer dizer que o devedor não poderia dispor de seus bens, mas que há um limite de disposição para a disposição de seu patrimônio, uma vez que este estaria “afetado” a uma “expectativa” do credor. O devedor pode dispor livremente de seus bens sem qualquer limitação em relação ao valor da prestação devida. Todavia, existe a possibilidade de o credor aplicar medida preventiva para proteger seu crédito.³⁰⁵

No direito português quando se trata do arresto como procedimento especial diz-se expressamente que a finalidade é de assegurar a *garantia do patrimônio*, em outros termos, deixa claro essa função de gestão do credor sobre o patrimônio do devedor. Segundo o Código Civil lusitano: “O credor que tenha justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor, nos termos da lei de processo.” (art. 619). Naquele ordenamento, o CPC ainda faz previsão idêntica no artigo 319.

A doutrina italiana denomina esse fenômeno de o credor poder ajuizar ação para conservar o patrimônio do devedor como *controllo gestorio*. Sobre o tema se manifesta no sentido de que “pela força da garantia do patrimônio, de fato, o devedor se sujeita ao *controllo de gestorio* do credor, o qual, na pendência da obrigação, mesmo antes da fase do adimplemento, existe o poder de intervir sempre que o devedor, reduzindo seu próprio patrimônio, coloca em risco o adimplemento em eventual satisfação coativa”.³⁰⁶

³⁰⁵ MANSI, Giovanni. *op. cit.* p. 14.

³⁰⁶ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 15. Tradução livre do texto: “in forza della garanzia sul patrimonio, infatti, il debitore è assoggettato al “controllo gestorio” del creditore, il quale, in pendenza dell’obbligazione, ancor prima dell’adempimento, ha il potere di intervenire ogni qualvolta il debitore, riducendo il proprio patrimonio, metta a rischio sia l’adempimento che l’eventuale soddisfazione coattiva”

Nem o direito do credor de poder conservar o patrimônio do devedor, e tampouco o termo utilizado à esse poder de gestão são novos. O jurista italiano Giovanni Pacchioni empregou a expressão ainda na década de 1920 e o conectava com o direito de garantia insculpido na responsabilidade do devedor pelo adimplemento. Segundo o autor no “diritto di garanzia si concretava in un diritto di controllo gestorio”.³⁰⁷ E por sua vez a responsabilidade patrimonial constitui a premissa fundamental desse direito de garantia.³⁰⁸

Essa ideia de *controllo gestorio* é tão enraizada no direito italiano que existe uma norma que permite que o credor ajuíze uma ação (ação de sub-rogação) no lugar de um terceiro, quando o devedor, credor do terceiro negligenciar o ajuizamento. Consta no artigo 2900 do Código Civil da Itália que “o credor para assegurar que seja satisfeito o seu direito ou conserva-lo, pode exercer os direitos e ações negligenciadas pelo seu devedor em face de terceiros, desde que os direitos e ações tenham conteúdo financeiro, e não se trate de direito e ação que, por sua própria natureza ou pela lei, não poderia ser exercida senão pelo titular do direito”.^{309 310}

No Código Civil de Portugal há uma seção específica denominada “conservação da garantia patrimonial” onde se prevê a mesma ação idêntica ação “sempre que o devedor o não faça, tem o credor a faculdade de exercer, contra terceiro, os direitos de conteúdo patrimonial que competem àquele, excepto se, por sua própria natureza ou disposição da lei, só puderem ser exercidos pelo respectivo titular” (art. 606).

Para o professor associado da Universidade de Roma, Giacomo Elgueta, é a garantia genérica do crédito, consubstanciada na responsabilidade patrimonial, que confere ao credor essas medidas conservativas. No direito italiano, além da ação de sub-rogação vista acima, ainda teria a ação de revocatória (art. 2901 do Código Civil) e o sequestro conservativo (art. 2.905 do

³⁰⁷ PACCHIONI, Giovanni. *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale.* Padova. Cedam. 1926. p. 51. *apud* MARCHETTI, Giovanna. *I nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore.* 335 f. Tese (Doutorado em Direito) - Università Degli Studi di Padova. 2015. p. 23.

³⁰⁸ VALLONE, Giuseppe. *op. cit.* p. 21

³⁰⁹ Tradução livre: Sezione I – Dell’azione surrogatoria. Art. 2900. Condizioni, modalità ed effetti.

Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare. Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi.

³¹⁰ Contudo, anota a doutrina que esta ação não teria o caráter preponderante de conservar o patrimônio mas de mas de “efectivar a destinação específica do crédito à execução em curso”. FREITAS, José Lebre de. O silêncio do terceiro devedor. *Revista de Processo.* vol. 163. p. 123-160. 2008. p. 145.

Código Civil).³¹¹ O jurista ainda conclui que essas diferentes funções da responsabilidade patrimonial durante a relação obrigacional evidencia o caráter de direito substancial do instituto.³¹²

No direito brasileiro também se pode-se vislumbrar medidas de espécie conservativa fundadas na expectativa gerada pela responsabilidade constante da formação da relação obrigacional, como por exemplo o arresto e sequestro cautelares. Tais medidas poderiam vir através de ação judicial visando que o devedor esvazie seu patrimônio com o fim de frustrar o adimplemento de alguma obrigação e poderiam ser classificadas como tutelas inibitórias.

4.6 - DO PATRIMONIO SEPARADO

Tendo em vista que Carnelutti apontou como empecilho o fato de não se poder admitir a responsabilidade no seio do vínculo obrigacional (item 4.4.2) tendo em vista que o patrimônio seria entendido como universalidade e não poderia ser considerado atomisticamente, faz necessário tecer algumas considerações especificamente sobre o patrimônio.

Segundo a doutrina a origem histórica do princípio da indivisibilidade ou unidade do patrimônio nasceu no século XIX com o jurista tedesco Zachariae. O centro do pensamento teria vindo do entendimento de que o patrimônio de um indivíduo constitui uma proteção (e projeção da) à sua personalidade, no qual estaria localizado seu próprio fundamento. O patrimônio não seria nada mais que a personalidade do indivíduo visto em relação com seus bens aos quais se poderia exercer seus direitos.³¹³

Caio Mario descrevia que a doutrina afirmava que o patrimônio é uno e indivisível no sentido de que não seria possível conceber sua pluralidade na mesma pessoa. Como adviria da personalidade, todo indivíduo tem um patrimônio. Ele abrangeria “todo o conjunto das relações jurídicas, não se pode imaginar que a mesma pessoa tenha mais de um, porque em qualquer circunstância, ainda que procure teoricamente destacar mais de um acervo ativo-passivo de

³¹¹ ELGUETA, Giacomo Rojas. *L'Autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*. Roma: Aracne Editrice. 2006. p. 17.

³¹² ELGUETA, Giacomo Rojas. *op. cit.* p. 19.

³¹³ MANSI, Giovanni. *op. cit.* p. 16-17

valores jurídicos, sempre há de exprimir a noção de patrimônio a idéia de conjunto, de reunião. E esta, segundo a própria razão natural, é uma”.³¹⁴ Conforme o mesmo jurista essa concepção tradicional do patrimônio se destacava por duas funções: uma de garantia onde “os credores têm no patrimônio do devedor, independentemente da época da aquisição dos bens, a garantia para seus créditos³¹⁵ (...) o segundo é a fixação do estado patrimonial do de cuius no momento da abertura da sucessão”.³¹⁶

Ocorre que de tais assertivas não se inferem automaticamente que o patrimônio além de uno e indivisível seja intocável pelo devedor, não podendo em razão dessa unidade e indivisibilidade, realizar negócios jurídicos onde pudesse aumentar ou diminuir essa garantia do credor. Tal concepção do patrimônio afrontaria a autonomia do indivíduo. E mesmo que se considere claudicante, esse é um dos pilares daqueles que consideram a responsabilidade patrimonial como instituto de direito processual, pois consideravam que a responsabilidade patrimonial seria tema afeto à decisão judicial.

A respeito de uma eventual “divisibilidade” do patrimônio, Caio Mario escreveu relatando que alguns escritores modernos desenvolveram a teoria da afetação pela qual se concebe uma espécie de secção do patrimônio em razão do encargo imposto a certos bens, que são colocados a serviço de um fim determinado. Por esta teorização abrir-se-ia uma brecha na noção da unidade e indivisibilidade, uma vez que “enquanto a doutrina tradicional considera o patrimônio como uma relação subjetiva (cada pessoa tem um patrimônio), a teoria da afetação entende que existem bens a compor os patrimônios da pessoa (natural ou jurídica), objetivamente vinculados pela idéia de uma afetação a um fim determinado”.³¹⁷

Todavia, a noção atual não é de que o parcela do patrimônio estaria afetada a determinado fim. A concepção de patrimônio separado é a de que seria conjunto de bens que formando um núcleo próprio no patrimônio do devedor, e que em virtude de um específico vínculo de destinação, é retirado da função de garantia genérica, sendo reservado para a satisfação de determinados

³¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. vol. 01. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 248.

³¹⁵ Todas as obrigações que uma pessoa contraí são sujeitas a estimação pecuniária, então a obrigação grava o patrimônio. Do princípio personalista do patrimônio foi inferido, portanto, a unicidade e indivisibilidade da garantia dos credores. MANSI, Giovanni. *op. cit.* p. 19

³¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 1996. *op. cit.* p. 252.

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 1996. *op. cit.* p. 251.

credores.³¹⁸ Considerando que o patrimônio pode ser visto além de sua indivisibilidade, credor e devedor podem estipular a responsabilidade patrimonial do devedor quando do momento da formação do vínculo obrigacional. Poderiam, sem afetar a universalidade do patrimônio, estipular que somente parte do patrimônio respondesse pelo débito.

O Código Civil lusitano prevê expressamente a separação do patrimônio onde dispõe que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios” (art. 601), e sobre a limitação da responsabilidade patrimonial prevê: “salvo quando se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes, é possível, por convenção entre elas, limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens, no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida” (art. 602).

No direito brasileiro Pontes de Miranda parecia defender essa possibilidade de convenção sobre a responsabilidade patrimonial, pois ao comentar o CPC ele afirmava que o devedor responde pela obrigação com seus bens presentes e futuros “exceto se há limitação legal, ou se alguma restrição foi feita, com observância de lei, em virtude de alguma cláusula”.³¹⁹

4.6.1 – O patrimônio como condição para realização e manutenção do negócio jurídico

Do que já foi exposto ao longo do trabalho já se gizou a importância do patrimônio dentro do contexto da responsabilidade patrimonial. Ao se admitir que o patrimônio do devedor assuma de alguma forma uma posição no vínculo obrigacional antes do inadimplemento estaria infirmo a tese de que a responsabilidade patrimonial se daria somente no processo executivo.

Quando se defende que a responsabilidade patrimonial poderia ser convencional, que o patrimônio pode responder não na sua universalidade, mas limitado à alguns bens, o patrimônio do devedor toma outro sentido no vínculo obrigacional. Ele passa a fazer parte da relação entre credor e devedor e por isso gera no credor um conforto caso a obrigação atinja seu estado patológico de inadimplemento. Por isso fala-se em sujeitabilidade patrimonial, isto é, o fato de

³¹⁸ MANSI, Giovanni. *op. cit.* p. 36.

³¹⁹ MIRANDA, Pontes. *op. cit.* p. 442.

o patrimônio poder estar sujeito futuramente à constrição patrimonial. Ato contínuo, quando se chegar no processo ou fase executiva ao invés da sujeitabilidade haverá a sujeição patrimonial.³²⁰

Essa sujeitabilidade patrimonial vincula-se a uma relação obrigacional, sendo que os bens do devedor possuem a função de garantia onde tais bens possuem uma finalidade subsidiária (satisfação da obrigação em caso de inadimplemento). A responsabilidade sobre o patrimônio do devedor é decorrência de situação advinda do direito material.³²¹ E com o inadimplemento do devedor, a responsabilidade patrimonial se torna concreta, de forma que o credor e o devedor assumem posições jurídicas ativas e passivas em relação à responsabilidade patrimonial. “Essas situações jurídicas subjetivas estão diretamente atreladas àquilo para o qual serve a responsabilidade patrimonial, ou seja, a submissão do patrimônio do devedor como garantia pelo inadimplemento”.³²²

Não seria exagero dizer que o patrimônio não é somente garantia de uma prestação, mas também, dependendo do caso, objeto da própria prestação. Isso porque quando se pensa em obrigação de fazer ou não fazer fica claro que o patrimônio é uma garantia em caso de a tutela específica não ser frutífera. Todavia, quando se trata de obrigação de dar o patrimônio do devedor é envolvido no vínculo obrigacional.

Se o devedor se obrigou com o pagamento de cem mil, a parte do seu patrimônio que corresponde a essa quantia “passou a integrar” o vínculo patrimonial não somente como garantia, mas como objeto da própria obrigação. Quando um vendedor se compromete entregar o bem objeto da venda e o comprador se obriga a solver dívida em dinheiro, o comprador traz

³²⁰ É interessante notar neste ponto, que a doutrina diverge sobre a nomenclatura. Dinamarco aponta que responsabilidade patrimonial é uma “situação meramente potencial, caracterizada pela sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à atuação concreta do direito material” (DINAMARCO. *op. cit.* p. 243.). Deixa anotado, contudo, que Carnelutti define o mesmo fenômeno como sujeição. Todavia, Carnelutti afirma que é sujeição porque é um fenômeno do processo de execução. Então o patrimônio do devedor estaria sujeito à constrição imediatamente. Ocorre que a definição elaborada por Dinamarco, quando menciona “sujeitabilidade” e “situação meramente potencial” dá a entender que o patrimônio será agredido no futuro e que por isso, dentro do contexto aqui traçado, essa conceituação seria mais apropriada para se referir a responsabilidade quando ainda não ocorrido o inadimplemento. Dinamarco difere de Carnelutti por um motivo simples, o segundo autor somente considera a existência da responsabilidade após a sanção (execução pelo inadimplemento). Em razão disso não haveria sujeitabilidade, mas ocorreria diretamente a sujeição do patrimônio pelo descumprimento da obrigação.

³²¹ ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 75.

³²² ABELHA. *op. cit.* p. 77.

o seu patrimônio para o centro da relação obrigacional. O patrimônio não é uma mera garantia do cumprimento da obrigação, mas sim determinante no vínculo obrigacional. O credor ao negociar com o devedor sabe de antemão que o patrimônio desde responderá pelo cumprimento da obrigação. E, provalmente o credor ao saber que o devedor não teria patrimônio suficiente para adimplir com sua obrigação, teria estabelecido a avença de maneira diversa.

Outrossim, algumas normas constantes no Código Civil corroboram o entendimento de que o patrimônio integra a relação obrigacional. Os artigos 548 e 549, por exemplo, prescrevem a nulidade da doação quando o doador não mantiver bens para assegurar sua sobrevivência e que não poderá doar mais do que poderia dispor em testamento. Ou seja, colocam o patrimônio tanto em destaque, que verificado a insuficiência após a doação, o negócio jurídico seria nulo.

Outro dispositivo que deixa ainda mais claro essa vinculação do patrimônio na relação obrigacional é o artigo 477 do Código Civil. Segundo esse artigo “se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”. O patrimônio do devedor da prestação pecuniária afeta diretamente na obrigação pactuada. Se inexistir patrimônio apto a pela prestação a outra parte pode recusar de cumprir sua parte. Sem a garantia “inicialmente estabelecida”, faz-se com que a relação obrigacional se desnature, uma vez que perde um elemento essencial, que é a própria ideia da garantia do credor.

4.7 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO SUBSTRATO MATERIAL DO PROCESSO EXECUTIVO

Um dos problemas para se classificar a responsabilidade patrimonial como instituto de direito processual ou material circunda a sua definição e o espectro analisado. Pode-se enxergar como um direito do credor, direito do devedor, instrumento executivo, sujeição a uma sanção etc. Contudo, esclareceu-se anteriormente que o instituto da responsabilidade patrimonial tem como objetivo normatizar quais bens são passíveis de responder pela obrigação ou pela execução.

A responsabilidade era vista por Carnelutti como sendo uma “*soggezione alla sanzione*”³²³, e, por isso, não haveria responsabilidade no vínculo obrigacional, uma vez que somente surgiria após a execução do devedor. A responsabilidade adviria da sanção pelo inadimplemento da obrigação. Desse modo, a obrigação seria a norma primária (endonorma), e por sua vez, a responsabilidade adviria da norma secundária (perinorma), ocorrendo a primeira no plano material, e a segunda obrigatoriamente no plano processual, haja vista que para exercer os atos executivos seria necessário de órgão investido de jurisdição.^{324 325} Por isso afirma-se que a própria execução (ou medidas executivas) seria a sanção, uma vez que na execução que se efetivaria os atos sancionatórios.³²⁶

Disse-se no presente trabalho que não necessariamente a norma secundária ou sancionatória (perinorma) somente seria acionada quando houvesse o ingresso judicial. A sanção pode ocorrer em nível pré-processual, carecendo apenas, enquanto não ajuizado processo judicial, de eficácia coercitiva.³²⁷ Desse modo, quando se sustenta que a responsabilidade patrimonial adviria da sanção não seria correto que a responsabilidade patrimonial *somente* surgiria após o ingresso judicial, uma vez que também ocorre a sanção em nível pre-processual. Todavia, a efetivação da sanção se daria por meio do processo executivo.

Em um plano mais prático podemos separar a discussão em três indagações: (1) existe responsabilidade patrimonial anteriormente ao inadimplemento? (2) Caso ela surja somente após o inadimplemento da obrigação, faz com que ela seja instituto de direito processual? (3) E se a responsabilidade patrimonial nasce somente com a ação executiva, faz com que ela seja instituto de direito processual?

(1) Quanto a primeira pergunta, devido ao tudo que foi explanado, como por exemplo, (a) a expectativa que teria o credor de recebimento de seu crédito (b) a responsabilidade patrimonial

³²³ CARNELUTTI, Francesco. 2006. *op. cit.* p. 296. Nesse ponto o autor diz o seguinte: “che campeggia in tutte le definizioni della responsabilità, accanto o in contrapposto al debito, consista precisamente nella *soggezione alla sanzione*”. (Tradução livre: o que é evidente em todas as definições de responsabilidade, ao lado ou contraposto ao débito, consiste precisamente na sujeição à sanção).

³²⁴ CARNELUTTI, Francesco. 1958. *op. cit.* p. 314-315.

³²⁵ Também foi sustentado por Carnelutti o entendimento de que o patrimônio não poderia ser concebido atomisticamente, argumento tratado no tópico relativo ao patrimônio.

³²⁶ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *op. cit.* p. 49. Aponta ainda o autor que esta sanção “consiste na imposição de medidas que se destinam a produzir o mesmo resultado que deveria ter sido levado a efeito pela atuação do devedor inadimplente”.

³²⁷ GRECO FILHO. *op. cit.* p. 32 e VILANOVA. *op. cit.* p. 194

sendo a garantia do credor para o cumprimento da obrigação, e (c) o poder de gestão do credor sobre o patrimônio do devedor podendo ajuizar medidas visando a conservação patrimônio, é possível concluir a existência da responsabilidade no vínculo obrigacional. Não se pode ainda olvidar o fato de que autor e credor poderiam, em tese, fazer negociações para limitar a responsabilidade patrimonial.³²⁸ Por conseguinte, não pode reduzir a responsabilidade patrimonial num instrumento processual,³²⁹ uma vez que, o estado de sujeição dos bens à ação executiva é apenas uma das possíveis manifestações desse instituto.³³⁰ Portanto, mostra-se com uma clareza límpida a existência a responsabilidade patrimonial do devedor mesmo antes do inadimplemento, responsabilidade esta manifestada sob a forma de garantia do cumprimento da obrigação.

(2) Poder-se-ia considerar que a sanção ocorreria pelo fato de que antes do inadimplemento o devedor não responderia com nada, uma vez que não tinha responsabilidade; após o inadimplemento, em virtude da sanção passa a ter seu patrimônio respondendo pela obrigação, mas até antes de ajuizada a execução não existiria coercibilidade. De fato, com base nesse entendimento, como consequência do inadimplemento, considera-se que o ordenamento intervém colocando na pessoa do devedor uma dúplice responsabilidade: responsabilidade pessoal (art. 389 do CC) e a responsabilidade patrimonial (art. 391 do CC e art. 789 do CPC). É no inadimplemento que a relação obrigacional entra em um estado patológico, com isso a responsabilidade patrimonial seria acionada, sendo do lado do credor, como uma opção de ajuizar uma ação executiva para expropriar os bens do devedor, e, do lado do devedor, como uma sujeitabilidade de seus bens.³³¹ Sendo a responsabilidade patrimonial erigida do inadimplemento, sem necessidade de execução, não se poderia afirmar que seria instituto de direito processual, haja vista que estaria a todo vigor entre o inadimplemento a ação executiva.

(3) Aqui parte da ideia de que a responsabilidade patrimonial somente nasceria, tomaria corpo, com a ação executiva. É a própria ação executiva que seria a sanção, e com ela que a responsabilidade patrimonial ganharia essa concepção de coercibilidade, haja vista que o

³²⁸ Neste ponto, especificamente no direito brasileiro poderia remanescer alguma dúvida quanto à redação do artigo 789 do CPC, no que diz que o devedor responde com todos os seus bens, “salvo as restrições estabelecidas em lei.” Numa interpretação mais restrita, na qual não concordamos por ferir a autonomia da vontade, poder-se-ia dizer que somente nos casos expressos na lei autor e credor poderiam limitar a responsabilidade patrimonial.

³²⁹ Aliás, cabe mencionar mais uma vez que o artigo 789 do CPC ao dispor sobre a responsabilidade patrimonial expressa que os bens presentes e futuros respondem para o cumprimento de suas obrigações e não pela execução.

³³⁰ ELGUETA, Giacomo Rojas. *op. cit.* p. 19

³³¹ ELGUETA, Giacomo Rojas. *op. cit.* p. 14.

credor, por intermédio do juiz, poderia atacar o patrimônio do devedor. E é especificamente essa a posição de Carnelutti, onde ele considera que a sanção é própria execução, e a responsabilidade patrimonial não seria uma sujeitabilidade, mas uma sujeição do patrimônio, uma vez que seria um estado atual e não potencial.³³² Desse modo, para quem responde a pergunta que a responsabilidade patrimonial surge não com o inadimplemento, mas com a ação executiva, e por isso ela teria natureza de direito processual, tem como supedâneo o fato de que a responsabilidade patrimonial somente ser concretizada no processo de execução. Ou melhor, antes do processo de execução não haveria responsabilidade patrimonial. Assim, do lado do credor-exequente constitui um meio de proteção, e, do lado do devedor-executado, uma sanção.

Todavia, como se passa a demonstrar quaisquer dos dois momentos que se adote como início da responsabilidade patrimonial (inadimplemento ou execução) não acarretará alteração no resultado de que a responsabilidade patrimonial é instituto de direito material.

Como visto, a responsabilidade patrimonial normatiza os bens que seriam passíveis de quaisquer medidas de constrição, regula a parcela do patrimônio que recairá a execução (e não propriamente a maneira como recairá a execução). Quando se menciona que a responsabilidade patrimonial é acionada por meio da execução se quer dizer que ela sai do estado de inércia, podendo o credor buscar no patrimônio do devedor os bens para satisfazer sua pretensão. Ou seja, pelas normas que disciplinam a responsabilidade patrimonial no Código de Processo Civil (art. 789 e seguintes), apenas se “individualiza o substrato material pelo qual o credor é autorizado a exercitar sua execução forçada (bens presentes e futuros do devedor)”.³³³

Fazendo um comparativo com direito penal, utiliza-se como exemplo o artigo 121 do Código Penal que dispõe o seguinte: “matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos”. A estrutura do tipo penal é invertida em relação ao direito contido no Código Civil, pois prescreve o ilícito, mas isso não atrapalha a comparação. Então, trazendo para o campo de nosso estudo o artigo 121 teria como obrigação *não matar alguém* (endonorma). O inadimplemento seria *matar alguém*, e, com isso atrairia a sanção: reclusão de 6 a 20 anos (perinorma). Essa pena reclusão seria no direito cível a responsabilidade patrimonial, uma vez que da mesma forma que a reclusão a responsabilidade patrimonial decorreria da sanção. E quando se dispõe que a reclusão

³³² SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *op. cit.* p. 71

³³³ ELGUETA, Giacomo Rojas. *op. cit.* p. 13. Tradução livre de “individua il substrato materiale su cui al creditore è consentito esercitare l'esecuzione forzata (tutti i beni presenti e futuri del debitore)”.

é de 6 a 20 anos, sendo vedado a pena de morte, seria o mesmo que a norma cível expressar que o devedor responde com todos os seus bens, exceto com os bens indispensáveis a sua sobrevivência. Agora o mais interessante: da mesma forma que a reclusão, a responsabilidade patrimonial somente se opera no plano processual, ou seja, somente há efetivação da prisão definitiva do autor do crime, bem como da expropriação dos bens do devedor no processo judicial. A agressão do patrimônio do devedor ocorrerá no processo da execução judicial da mesma forma que a agressão à liberdade do devedor.

O que se quer dizer que a previsão da sanção não considerada norma de direito material. Quando a norma material diz que o devedor responde com seus bens pelo inadimplemento (ou quando dizia em tempo antigos que o devedor responderia com seu corpo) essa norma é de direito material, sendo que o processo lhe vai dar efetividade, como qualquer outra norma de direito material. Isso porque essa é a função do direito processual: dar efetividade e concretude ao direito material. Então, quando o direito afirma que o devedor responde pela dívida com os bens X e Y, ou que o autor do crime responde com pena de 6 a 20 anos, processo tem por função dar efetividade ao direito material, “sancionando” o devedor inadimplente com a expropriação de seus bens e o autor do crime com a perda de sua liberdade. Como o processo atingirá esse objetivo, aí sim seria matéria de direito processual. Se para expropriar os bens do devedor será necessário citação, arresto, bloqueio por meio eletrônico, leilão judicial etc, é uma questão que deve ser resolvida pelo direito processual.

Para tornar nossa posição mais palatável sobre a distinção na hipótese, esclarece-se que quando uma norma que disciplina a responsabilidade patrimonial determina por exemplo, que, feita a partilha cada herdeiro responde pelas dívidas do espólio limitado ao valor que recebeu de herança (CPC, art. 796), ela seria de direito material, uma vez que estabelece o limite da responsabilidade (ou “sanção”). Contudo, quando se dispõe que poderá haver penhora de dinheiro depositado ou aplicado em instituição financeira (art. 854), essa regra será de processual, visto que regula a forma de como se atingirá o patrimônio do executado. Esta regra processual será instrumento executivo e não a responsabilidade patrimonial, uma vez que a responsabilidade foi estabelecida na norma anterior.

Não é porque a eficácia de uma norma, ou uma sanção de uma norma se dá necessariamente dentro do processo que a transforma em norma processual. O fato de a responsabilidade

patrimonial ter que se realizar coativamente no processo judicial não pode induzir à conclusão de sua natureza processual. Não é porque se está aplicando efetivamente a sanção (construção patrimonial) dentro do processo que a relação o objeto sobre o qual incide a sanção terá natureza processual. Aduz-se como outro exemplo a norma sancionatória que determina a perda do cargo de um juiz (art. 95, I da Constituição da República). Consta no dispositivo constitucional que o juiz somente perderá o cargo por decisão judicial transitada em julgado. Contudo, a sua efetivação obrigatória por meio de processo judicial, não faz surgir defensores de que tal sanção assumira a natureza de direito processual.

Aplicando a raciocínio de que a relação jurídica processual independe da relação jurídica material e que existe um complexo de relações jurídicas (tratada no tópico 3.4) o que temos é que a relação jurídica entre credor e devedor onde havia um débito e um direito ao recebimento, ao adentrar no processo, mantém essa mesma característica de relação jurídica material. O devedor continua com a obrigação para com o credor. Todavia, o credor passa a ser denominado autor ou exequente e o devedor, réu ou executado. A responsabilidade pessoal ao adentrar no processo passaria a se denominar responsabilidade patrimonial (para quem entende dessa forma). Contudo, mesmo que se admita que não existia responsabilidade patrimonial antes de ajuizado o processo judicial, tal fato não leva a conclusão de que a natureza do instituto seja de direito processual, haja vista que a responsabilidade patrimonial não regula nenhuma relação jurídica processual.

Após o inadimplemento, mesmo antes de iniciado o processo executivo, há uma relação jurídica entre credor e devedor, onde aquele pode exigir, sem eficácia coercitiva, que o devedor cumpra a obrigação devida. Por sua vez, também o devedor tem o dever de cumprir sua obrigação mesmo antes de iniciado a ação executiva. Essa é a relação jurídica material entre credor e devedor. Quando é ajuizada a ação de execução, credor e devedor passam a ter a presença do juiz na relação jurídica. O autor poderá pedir a construção patrimonial do devedor baseado na relação jurídica processual, uma vez que esta lhe concedeu novos poderes. E o devedor terá seus bens sujeitos à agressão patrimonial. Contudo, esse poder potestativo do credor com essa correspondente sujeição patrimonial do devedor não advem das normas constantes da responsabilidade patrimonial. Esse poder do credor vem por exemplo da regra prescreve que incumbe ao credor-exequente indicar “a espécie de execução de sua preferência, quando por mais de um modo puder ser realizada” (CPC, art. 798, II).

Destarte, não é a responsabilidade patrimonial que confere ao credor o poder de atacar via processo executivo o patrimônio do devedor. São as normas do próprio do processo executivo que determina esse poder, o qual o devedor terá a sujeição. A responsabilidade patrimonial estabelecerá um limite *a priori* sobre os bens que credor poderá atacar, o que não se confunde com o poder que lhe é conferido pelas normas processuais.

Por isso, para desconstruir a teoria de que a responsabilidade patrimonial seria norma de direito processual, prescinde passar pela discussão se a responsabilidade integra ou não a relação obrigacional ou se inicia no inadimplemento ou na execução. Neste ponto, é precisa a lição de Giacomo Elgueta quando diz que a responsabilidade patrimonial “individualiza o substrato material pelo qual o credor é autorizado a exercitar sua execução forçada”,³³⁴ haja vista que será no processo de execução que haverá a aplicação da responsabilidade patrimonial do devedor determinada na *norma material*.³³⁵

4.8 – CONCLUSÃO

A título de um breve fechamento, pontua-se que este capítulo teve por objetivo, e espera ter conseguido mostrar que a responsabilidade patrimonial é de natureza de direito material adotando quaisquer teorias acerca da sua relação com o vínculo obrigacional. Por qualquer ótica que se visualize a responsabilidade patrimonial ela será instituto de direito material.

Relevante deixar registrado que o fato de se considerar a responsabilidade patrimonial como integrante do vínculo obrigacional como uma expectativa torna o ordenamento mais coerente, uma vez que seria este o fundamento de quaisquer pretensões judiciais visando a conservação do patrimônio do devedor.

³³⁴ ELGUETA, Giacomo Rojas. *op. cit.* p. 13. Tradução livre de “individua il substrato materiale su cui al creditore è consentito esercitare l'esecuzione forzata (tutti i beni presenti e futuri del debitore)”.

³³⁵ Por isso se mostra coerente o direito português quando no diz no Código Civil que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora” (art. 601), e no Código de Processo Civil que “estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda” (art. 735).

5 - A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

5.1 – O PAPEL DA RESPONSABILIDADE NO PROCESSO EXECUTIVO

Faz-se necessário o estudo da responsabilidade patrimonial dentro do processo de execução e não apenas no âmbito do direito material. Isso porque é no processo de execução onde se observa a devida aplicação desse instituto de direito material. Por isso é importante o estudo de seus reflexos no processo de execução, mormente a análise da penhora.

Verifica-se que a responsabilidade patrimonial se aperfeiçoa no processo de execução. É nesta fase que fica mais evidente o que o devedor terá que responder em razão de seu inadimplemento. Porém, o fato de o processo executivo tornar a responsabilidade patrimonial mais palpável, como dito no capítulo anterior, não conduz ao entendimento de que o instituto seja de direito processual.

E tal se dá porque que o fundamento da execução está arraigado na própria preservação do direito, pois “reside na função e no poder do Estado de garantir a aplicação e eficácia das normas de direito material, ainda que estas não sejam espontaneamente cumpridas pelo devedor, dando ao credor a mesma condição que ele teria se as referidas normas tivessem sido observadas”.³³⁶ Portanto, o processo de execução deve ser o lugar onde se dá efetividade as normas de direito material. Não só visando ao adimplemento da obrigação por meio da execução, mas também de todo o ordenamento.³³⁷

No processo de execução, para a satisfação do credor, vai se buscar qualquer bem integrante do patrimônio atual ou futuro do devedor (nas obrigações de quantia certa e as de tutela pelo equivalente). O processo não se volta à uma prestação voluntária do executado, mas a satisfação

³³⁶ Zahr Filho, Sergio. Penhora: *Exame da técnica processual à luz da realidade econômica e social*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 64.

³³⁷ É com base nesse raciocínio que atualmente é possível obstar execução quando o título executivo é fundado em norma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

do credor, porquanto se está após o inadimplemento da obrigação. Por isso conceitua-se execução como um conjunto de atos estatais que, independente da vontade do devedor, “invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito material objetivo”.³³⁸ Pela execução forçada “o Estado-Juiz invade o patrimônio do devedor de obrigação de pagar e, independentemente da vontade deste, expropria seus bens em favor do credor”.³³⁹

Não mais se discute sobre a obrigação do devedor, tampouco se ele quer cumprir a obrigação. Ademais, a resistência do devedor, seja por impossibilidade fática ou por mera insurgência, é um pressuposto lógico para o processo de execução. Se o devedor não se opõe ao cumprimento da obrigação basta que ele a cumpra que a execução forçada não se inicie, assegurando o processo de execução ao credor quando ocorre a relutância do devedor³⁴⁰. Destarte, os atos judiciais no processo de execução devem ser voltados para fazer valer o título executivo, e mormente vencer a resistência do devedor.

No que tange especificamente à execução por quantia certa em face do devedor solvente é lícito deduzir que os atos executivos se voltam contra a totalidade do patrimônio do devedor. O objetivo do processo de execução é exatamente promover a expropriação. Retirar do devedor parte de seu patrimônio (presente ou futuro) para satisfazer o crédito do exequente.

Essa questão patrimonial, e por consequência a responsabilidade patrimonial constitui o centro do processo de execução, e quiçá, um dos motivos pelos quais parte da doutrina o coloca como de natureza processual.

5.2 – A RELAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E PENHORA

Conquanto a responsabilidade patrimonial seja o foco do estudo, a análise não será restrita somente a ela, pois no processo de execução a responsabilidade patrimonial reflete em alguns

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª.ed. São Paulo: Malheiros. p. 115.

³³⁹ ZHR FILHO, Sergio. *Penhora: Exame da técnica processual à luz da realidade econômica e social*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 64.

³⁴⁰ SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do Processo de Execução*. Vol 01. 2a. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1986. p. 36.

instrumentos do processo executivo. Neste ponto se faz relevante analisar a penhora.

Para a expropriação judicial dos bens do devedor, na atual sistemática processual, a penhora constitui uma fase do iter procedimental da venda forçada. A lei processual ao regular o processo de execução judicial traçou os contornos da penhora dos bens, apontando, além do procedimento da penhora, hipóteses de impossibilidade de penhora (impenhorabilidades).

Não por acaso a penhora possui nomenclatura parecida com o instituto do direito civil chamado penhor. No direito romano a penhora era o penhor judicial³⁴¹. No direito alemão vigente “pela penhora, adquire o credor, um direito de garantia pignoratícia sobre as coisas penhoradas (§ 804,I), terceira forma do direito do penhor, ao lado da contratual e legal”.³⁴²

No direito brasileiro, a penhora é um ato processual que se faz necessário para a expropriação dos bens do devedor. Por meio dela há uma delimitação do patrimônio em que vai recair a expropriação judicial. Em outras palavras, há uma individualização do bem que sofrerá a constrição patrimonial.

Segundo Liebman, a penhora tem finalidade dupla: “visa individualizar e apreender efetivamente os bens que se destinam aos fins da execução, preparando assim o ato futuro de desapropriação” e “conservar os bens assim individuados na situação em que se encontram, evitando assim que sejam escondidos, deteriorados ou alienados em prejuízo da execução em curso”³⁴³. Conforme o autor “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”³⁴⁴.

No tocante ainda à finalidade da penhora, para Marinoni “a penhora é o procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida

³⁴¹ ARAÚJO, Adilson Vieira de. *A Penhora na Execução Civil e suas Limitações*. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 106

³⁴² GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Vol 2. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller. 2003. p. 218.

³⁴³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 123

³⁴⁴ LIEBMAN. *op. cit.* p. 124.

inadimplida”³⁴⁵. E define que “a penhora é o ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução”.³⁴⁶ Portanto, frisa que o ato é de natureza processual.

Sobre a natureza processual do instituto, não difere a doutrina italiana: “*Il pignoramento può essere inteso sia come atto processuale che come complesso di effetti processual e sostanziali che derivano dall’atto stesso*”³⁴⁷. Ou seja, não obstante a natureza processual, deixa claro que os efeitos desse ato processual são de ordem processual e material.

No que tange especificamente esses efeitos materiais da penhora, Liebman informa que a posição que prevalecia na doutrina italiana e francesa era que a penhora produzia indisponibilidade dos bens apreendidos, ou seja, sua inalienabilidade. Isso decorria do fato de uma reminiscência histórica que parificava a penhora ao penhor, sendo que aquela gerava direito real sobre o bem penhorado³⁴⁸.

Desse modo, um dos efeitos da penhora é de criar uma situação de indisponibilidade relativa do bem penhorado. O devedor não é privado da coisa, entretanto não possuirá domínio pleno. Segundo Proto Pisani “*funzione del pignoramento è assoggettare i beni pignorati ad un vincolo di indisponibilità. Si tratta di un regime non di indisponibilità assoluta, ma di inefficacia relativa*”³⁴⁹. De forma semelhante afirma-se que “*il debitore non è privato di disponibilità materiale*”³⁵⁰.

Por isso a doutrina elenca como principal efeito da penhora, não a indisponibilidade, mas a ineficácia da alienação do bem penhorado em relação ao credor exequente. Araken de Assis afirma que “a penhora é ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol 03: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 251.

³⁴⁶ MARINONI. *op. cit.* p. 251.

³⁴⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol 02: Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 4. ed. Bologna, Itália: Il Mulino, 2006. p. 349. (tradução livre: a penhora pode ser entendida tanto como ato processual, como um complexo de efeito processual e substancial que derivam desse ato)

³⁴⁸ LIEBMAN. *op. cit.* p. 125.

³⁴⁹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 5ª ed. Napoli, Itália: Jovene Editore. 2006. p. 707. (tradução livre: função da penhora é sujeitar os bens penhorados a um restrição de indisponibilidade. Se trata de um regime não de indisponibilidade absoluta mas de ineficácia relativa. É entrada de esquema de indisponibilidade hum não da absoluta, mas a relativa ineficácia)

³⁵⁰ COMOGLIO; FERRI; TARUFO. *op. cit.* p. 351.

ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo”³⁵¹. A mesma posição compartilha Marinoni ao dizer que “qualquer ônus real, alienação ou, enfim, qualquer ato que retire o valor de comercialização de bens penhorados é ineficaz em relação à execução em que a penhora se deu”.³⁵²

Nessa linha, o entendimento doutrinário predominante é no sentido de que a penhora não retira a faculdade de alienação do bem pelo executado. “Inexiste dispositivo legal ou razão jurídica para que a penhora impeça a alienação do bem penhorado”³⁵³. A alienação do bem não é proibida, todavia, “ela é ineficaz perante o exequente, isto é, o ônus acompanha a coisa penhorada e o adquirente não pode opor a este o negócio pelo qual se tornara titular de um direito sobre ela”.³⁵⁴

Portanto, não obstante não tornar o bem absolutamente indisponível, o ato é processual mas possuirá efeitos materiais.

5.3 – A NORMATIZAÇÃO DA PENHORA COMO EXPEDIENTE PARA REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O Código Civil ao tratar das obrigações estabelece uma norma geral para a definição da responsabilidade patrimonial do devedor. Ainda deixa claro que responde com todos seus bens, excetuando eventuais restrições legais. Conforme assevera Araken de Assis:

Segundo dispõe o art. 391 do CC/2002, retratando a longa história que separou a dívida da responsabilidade, no caso de inadimplemento da obrigação o devedor responderá com “todos” os seus bens. A regra estabelece, dos domínios da lei civil, o princípio da responsabilidade patrimonial. O patrimônio do obrigado constitui a garantia mínima, ou de primeira linha, nos direitos de crédito. Todavia, o pronome “todos” inserido na regra revela-se, à primeira vista, enganoso. Na verdade, nem todos os bens que compõem o patrimônio do obrigado respondem pela satisfação do crédito. Há bens excluídos da regra da responsabilidade patrimonial por expressa disposição legal (art. 591, *in fine*, do CPC). Por óbvio, tais bens, chamados de impenhoráveis, só ficam subtraídos à

³⁵¹ ASSIS. *op. cit.* p. 555.

³⁵² MARINONI. *op. cit.* p. 251.

³⁵³ DINAMARCO. *op. cit.* p. 289.

³⁵⁴ DINAMARCO. *op. cit.* p. 290.

incidência do art. 391 do CC/2002 em virtude de regra explícita”.³⁵⁵

A regra geral sobre a responsabilidade patrimonial é desdobrada em duas proposições: “1 – todos os bens e direitos do executado estão sujeitos à execução; 2 – só os bens do executado lhe estão sujeitos”³⁵⁶. Pode-se também dizer que os bens do devedor serão atingidos mesmo que em poder de terceiros e que a responsabilidade pela execução é pessoal, limitada ao patrimônio do executado.

Essa responsabilidade patrimonial está diretamente associada – mesmo que de forma questionável – à possibilidade de penhora dos bens do devedor, de forma que a limitação da penhora é também o limite da responsabilidade patrimonial do devedor. Por consequência o objeto da penhora coincidiria com o objeto sobre o qual responde o patrimônio do devedor.

A lei exclui da responsabilidade patrimonial, por vários motivos seja de ordem jurídica ou humanitária, vários bens do devedor. E é essa a consequência de a lei declarar certos bens impenhoráveis, onde há uma vedação da penhora que acaba por excluí-los da sujeição à execução.³⁵⁷ Dinamarco, quando cuida dos “limites da execução”, aponta existir limites naturais e limites políticos na execução civil. Cabe esclarecer, todavia, que limite da execução não é o mesmo que limite da penhora, uma vez que em algumas modalidades de execução não é feita penhora para o adimplemento da obrigação (v.g. execução de obrigação de não fazer)³⁵⁸.

Segundo ainda Dinamarco, os limites naturais seriam aplicáveis para modalidades de execução diversa da execução por quantia certa. Seria o caso por exemplo da execução para entrega de coisa que não existe mais. Já os limites políticos seriam as restrições impostas por critérios eleitos pelo legislador. Nas obrigações de fazer os direitos da personalidade limitam a execução da tutela específica. Para que se garanta o mínimo existencial, a execução de quantia também é restringida. Não obstante esse substrato material a instrumentalização da proteção vem por meio do processo. “No campo processual, essa orientação manifesta-se através da subtração à

³⁵⁵ ASSIS, Araken de. A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro. Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior / coord. Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 408.

³⁵⁶ LIEBMAN. *op. cit.* p. 100.

³⁵⁷ LIEBMAN. *op. cit.* p. 102.

³⁵⁸ DINAMARCO. *op. cit.* p. 299.

responsabilidade executiva dos bens patrimoniais sem os quais a pessoa ficaria impossibilitada de viver dignamente e que são os chamados bens impenhoráveis”.³⁵⁹

A impenhorabilidade de um bem, como intuitivo, é a impossibilidade de se efetivar a penhora (limites materiais). Ela pode ser apontada como um verdadeiro limitador da responsabilidade patrimonial. Na sistemática atual a pecha de impenhorabilidade de determinados bens impede o credor de buscar no patrimônio executado o seu crédito, e em termos de teoria das obrigações, resulta na minoração de sua garantia.

Pode-se dizer que a impenhorabilidade pode ser ou não jurídica. Bens fora do comércio como o ar, ou as águas do mar seriam impenhoráveis por absoluta impossibilidade fática. Mesmo que se quisesse não seria possível haver a expropriação do ar. E como a penhora tem por finalidade “reservar ou apreender bens de propriedade do devedor, visando a satisfação daquilo que é postulado pelo credor em sede de demanda executiva”³⁶⁰, somente haveria sentido de permitir a penhora de bens que pudessem ser expropriados. Destarte, o estudo sobre impenhorabilidade, nesses termos, seria uma questão apenas processual (dever de não praticar atos inúteis).

Por outro lado, a impenhorabilidade estabelecida pela lei, quando o fundamento seja outro afora a impossibilidade de expropriação, teria outra natureza. Uma vez que ao se elencar bens que não estão sujeitos à penhora a lei se propõe excluir esses bens da própria execução, havendo uma restrição da responsabilidade patrimonial do devedor. Por isso a doutrina afirma que “*la impignorabilità costituisce una eccezione al principio secondo cui il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni.*”³⁶¹

Ocorre que tradicionalmente a legislação não faz qualquer diferenciação sobre o regime de impenhorabilidade. Em uma intelecção um tanto perfunctória pode-se verificar por exemplo a impenhorabilidade em razão de impossibilidade de expropriação judicial quando o objeto não possui valor de mercado; quando o bem revela valor ínfimo se comparado ao prejuízo do devedor (v.g. roupas íntimas do devedor); direitos da personalidade; ou em razão de proteção

³⁵⁹ DINAMARCO. *op. cit.* p. 301.

³⁶⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Penhora - Necessidade de Registro - Um novo Direito Real? - A Preferência na hipótese de duas constrições sobre um mesmo bem.* São Paulo: Revista de Processo. v. 113, p. 304-311, 2004. p. 305.

³⁶¹ COMOGLIO; FERRI; TARUFO. *op. cit.* p. 377

de determinada parcela do patrimônio do devedor. Não obstante a distinção dos fundamentos das hipóteses listadas, ao longo do tempo em variados ordenamentos jurídicos, o rótulo da impenhorabilidade abriga os mais diversos casos de restrição da penhora.

Sob a roupagem da impenhorabilidade abarca-se não somente a impossibilidade da penhora por razões processuais, mas acaba se protegendo interesses das mais diferentes tonalidades. “A impenhorabilidade não resulta apenas da indisponibilidade (objectiva ou subjectiva) de certos bens ou de convenções negociais que especificamente a estipulem. Resulta também da consideração de certos interesses gerais, de interesses vitais do executado ou de interesses de terceiro que o sistema jurídico entende deverem-se sobrepor aos do credor exequente”.³⁶²

No direito estrangeiro é comum encontrar um rol que pode abrigar impenhorabilidades fundadas em proteção patrimonial como por inutilidade da penhora. O Código de Processo Civil Português estabelece são absolutamente impenhoráveis: a) As coisas ou direitos inalienáveis; b) Os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas; c) Os objetos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes ou careça de justificação econômica, pelo seu diminuto valor venal; d) Os objetos especialmente destinados ao exercício de culto público; e) Os túmulos; f) Os instrumentos e os objetos indispensáveis aos deficientes e ao tratamento de doentes (art. 736).

Ressalte-se que no regramento lusitano poderíamos dizer que a restrição do item “c” seria distinto das demais, uma vez que é a própria apreensão do bem vedada por ser ofensivo aos bons costumes. Uma proteção patrimonial fundada no ferimento aos bons costumes, porquanto sem a apreensão do bem restaria impossível a desapropriação judicial do mesmo.

O CPC alemão (*Zivilprozessordnung*), de maneira semelhante, estabelece um rol de bens que não poderiam ser penhorados (§ 811 - *Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen*) que engloba bens de uso pessoal, utensílios de cozinha, pequenos e poucos animais, meio necessários à alimentação, próteses etc.

O CPC italiano tem seu elenco excluído da penhora no artigo 514 (*cose mobili assolutamente*

³⁶² FREITAS, José Lebre de. *A Acção Executiva*. Depois da Reforma da Reforma. 5. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora. 2011. p. 218.

impignorabili) onde estabelece seus casos mais diversos de impenhorabilidade. Chama a atenção para o rol do Código da Itália porque estabelece impenhorabilidade para as armas e objetos que o devedor tem a obrigação de preservar para a realização de um serviço público. É uma restrição da execução não para proteger a condição do devedor, mas em prol do Estado.

É interessante notar que Carnelutti trabalha com a ideia de expropriação de um direito do devedor, sendo que a “idoneidade do direito para ser transferido constitui seu pressuposto, porque quando não existir tal idoneidade deve ser reconhecido um caso de impenhorabilidade”.³⁶³ Neste ponto, o autor esclarece “os direitos que não são transferíveis em geral, ou são transferíveis unicamente com o consentimento do obrigado, não podem dar lugar à expropriação”.³⁶⁴ Como exemplo informa que segundo a legislação civilista italiana não se poderia penhorar o direito do devedor sobre um bem o qual seria arrendatário ou comodatário, porquanto o “direito que nasce do arrendamento ou do comodato não pode ser transferido a outros por efeito da única vontade do arrendatário ou do comodatário”.³⁶⁵

O direito brasileiro, à semelhança dos demais, traz um rol de impenhorabilidades no estatuto processual de natureza bastante heterogênea.

5.4 – A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA PENHORA

Não é difícil constatar que no direito brasileiro, assim como em outros ordenamentos, a proteção do patrimônio do devedor se faz muitas vezes pela via da impenhorabilidade. Como esta é um conceito de direito processual, acaba sendo instrumentalizada pelos Códigos que regulam o direito processual civil. Esse é um dos motivos pelo qual existe a barreira em se aceitar a responsabilidade patrimonial como instituto de direito material.

Quanto à questão da vedação da penhora e a natureza normativa, Araken de Assis afirma que “a impenhorabilidade é noção respeitante ao direito processual. Em campo diferente do processo ostenta nula importância perquirir a sujeição desta ou daquela coisa à penhora. Este

³⁶³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. 02. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz. 2004. p. 725.

³⁶⁴ CARNELUTTI. *op. cit.* p. 727.

³⁶⁵ CARNELUTTI. *op. cit.* p. 726.

relevo circunscrito ao processo não impede, contudo, a criação de óbices na lei material”.³⁶⁶ Deveras, se considerarmos a responsabilidade patrimonial como norma de direito material, qualquer restrição à penhora derivada da exclusão de determinado bem da execução seria norma de direito material.

O fenômeno é interessante porque a penhora e a impenhorabilidade são conceitos inexoravelmente ligados ao processo, mas na prática são utilizadas como instrumentos não somente pelo direito processual (códigos de processo). Não é raro leis, e até mesmo normas constitucionais,³⁶⁷ excluírem determinado bem do rol dos bens passíveis de expropriação judicial para pagamento de débito por quantia certa constando para tanto a expressão “impenhorável”. O legislador constituinte por exemplo, ao invés de se redigir que a propriedade rural é protegida contra a expropriação judicial para pagamento de certas dívidas, preferiu dizer que a pequena propriedade rural não será objeto de penhora. Quando se faz uso dessa técnica confunde a natureza da impenhorabilidade que é um instrumento da responsabilidade patrimonial.

Carnelutti detectou a anomalia e reconheceu a dificuldade no regramento da matéria e asseverou que “o fato de que uma quantidade maior ou menor de bens seja subtraída à execução, ou seja, seja impenhorável, resolve-se unicamente em um limite da responsabilidade, de onde resulta que a teoria destes limites confunde-se com a teoria da impenhorabilidade”.³⁶⁸ E ainda que “o estudo dos limites da responsabilidade estende-se necessariamente, ultrapassando os confins do Direito processual, pelo campo do Direito material, ao qual pertencem as normas e os princípios relativos a se podem, e como podem, ser transferidos os direitos subjetivos singulares”.³⁶⁹

A impenhorabilidade é a face negativa da penhora e será de natureza de direito processual somente quando seu fundamento for no próprio direito processual. É o caso por exemplo de impenhorabilidade pela imprestabilidade do bem para expropriação judicial. Noutra senda, quando o bem é impedido de ser alienado judicialmente por disposição legal ou constitucional a impenhorabilidade é mera consequência da sua não sujeição à execução judicial.

³⁶⁶ ASSIS. *op. cit.* p. 196.

³⁶⁷ Art. 5º. XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

³⁶⁸ CARNELUTTI. *op. cit.* p. 725.

³⁶⁹ CARNELUTTI. *op. cit.* p. 727.

No direito brasileiro a restrição da penhora, ou a exclusão de determinada parcela do patrimônio do devedor da execução não se dá somente pela alcunha da impenhorabilidade. A execução de quantia certa em face da Fazenda Pública serve para aclarar o que se tem dito. O artigo 100 da Constituição Federal instituiu um regime especial para pagamentos dos débitos da Fazenda Pública oriundos de sentença judicial que é excludente da expropriação judicial dos bens do devedor. Os bens da Fazenda Pública não podem ser objeto de expropriação judicial, tudo em razão de um regime diferenciado de execução civil.

Assim, afirmar que segundo a Constituição da República os bens da Fazenda Pública seriam impenhoráveis é parcialmente correto. Isso porque o que a Constituição prevê é a exclusão dos bens como passíveis de expropriação em execução judicial por quantia certa. Se por disposição constitucional há exclusão dos bens públicos como passíveis de serem objetos da execução por quantia certa a impenhorabilidade dos mesmos seria mera decorrência lógica.

Enquanto a exclusão de determinados bens como objeto da execução ou a proteção patrimonial ocorre no plano do direito material, a impenhorabilidade opera no plano processual. No momento que o artigo 100 da CRFB/1988 dispôs um regime especial para pagamentos dos débitos da Fazenda Pública oriundos de sentença judicial no plano do direito material temos que houve uma proteção patrimonial, mas no plano processual temos uma hipótese de impenhorabilidade.

Destarte, o fato de ser ou não penhorável é um dado do direito processual. O fato de estar ou não sujeito a responder pela obrigação é um dado do direito material conectado à responsabilidade patrimonial.

5.4.1 – O exemplo da impenhorabilidade do bem residencial

Colhe como exemplo para o estudo a impossibilidade de expropriação do bem residencial a impenhorabilidade trazida pela Lei 8.009/1990. Serve como paradigma, entre outros motivos, porque a norma protegendo o imóvel residencial foi acolhido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como norma de direito processual. Conferiu-lhe aplicação imediata,

inclusive desfazendo as penhoras anteriormente efetuadas³⁷⁰.

Devido ao impacto da regra imposta pela Lei 8.009/1990 nas relações comerciais houve quem defendesse até mesmo que a norma seria inconstitucional (mesmo sem adentrar na questão intertemporal), haja vista que tornaria “inócuo o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas, acolhido pela Constituição brasileira (art. 5.º, LXVIII, LIV) atingindo o próprio regime econômico básico adotado pela Carta”.³⁷¹

Mais relevante para nosso estudo é a questionável classificação da impenhorabilidade como norma de direito processual. Entendimento que afetou diretamente o direito dos credores que realizaram negócios jurídicos acreditando que o imóvel residencial comporia os bens integrantes da responsabilidade patrimonial.

A doutrina aponta que o impedimento da expropriação judicial do bem de família nasceu com tratamento jurídico específico no Texas, e teve em vista a pequena propriedade agrícola, residencial, da família. “A Constituição Texana de 1836 delinea, antes da Lei do *Homestead*, as linhas gerais do instituto, possibilitando a todo cidadão do Texas, com exceção dos negros africanos e de seus descendentes, a obtenção, junto ao Governo, de uma pequena porção de terras do Estado, desde que fosse chefe de família, e porção menor, se celibatário”.³⁷² O objetivo da proteção era o povoamento do território de modo que assegurando a propriedade da terra, incentivaria a permanência dos residentes no Estado, bem como fomentaria a ocupação.

Conceitua-se *homestead* como “a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme o estatuído na lei. Nos seus estudos sobre o Direito Civil dos EUA, Ernest Leh esclarece sobre o *homestead* como sendo um terreno de características agrícolas, separado do patrimônio do proprietário como uma reserva sagrada para família (*as a sacred provision for the family*)”.³⁷³

No direito estadunidense o *homestead*, ou proteção do bem residencial, é previsto na

³⁷⁰ Superior Tribunal de Justiça. Súmula 205: A Lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência.

³⁷¹ CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial). Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 662, p. 58-63. 1990. p. 62.

³⁷² AZEVEDO. Álvaro Vilaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/1990. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 27.

³⁷³ AZEVEDO. *Idem*. p. 24.

constituição de alguns estados. Segundo a Constituição do Estado do Texas: “Bem de família; Proteção contra venda forçada; hipotecas, alienação fiduciária, e garantias. (a) O bem de família de uma família ou de uma pessoa solteira, deve ser, e fica protegido de venda forçada, para o pagamento de todas as dívidas” (Art. 16. Sec 50).³⁷⁴

No estado da Florida a Constituição prevê norma semelhante na seção 4 do artigo X, sendo que em razão do forte caráter protetivo da propriedade alguns setores da economia acusam os devedores de se valerem da norma para fraudar os credores³⁷⁵. A formatação do bem de família nesse Estado permite por exemplo que os filhos se valham do *homestead* para permanecer no imóvel depois da morte do devedor e que a qualidade de “bem de família” seja transferido para outro imóvel³⁷⁶.

Vê-se que as normas constitucionais dos estados do Texas e Florida estabelecem hipótese de restrição à responsabilidade patrimonial de forma semelhante ao direito brasileiro. Porém, com a diferença de naqueles estados a norma vir regulada na constituição estadual, enquanto no direito brasileiro ela é entendida como de direito processual.

Cabe frisar inclusive que a normatização feita pela Lei 8.009/1990, conquanto declare que o bem residencial é impenhorável, deixa expresso que esse bem “não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza” (art. 1º). Ou seja, mais que disciplinar uma forma de impenhorabilidade elegeu uma modalidade de proteção patrimonial.

É possível concluir então, que a proteção ao bem residencial, ou bem de família, assim como a maioria das normas reguladoras da impenhorabilidade é uma proteção advinda do direito

³⁷⁴ “*Homestead; Protection from forced sale; mortgages, trust deeds, and liens. (a) The homestead of a family, or of a single adult person, shall be, and is hereby protected from forced sale, for the payment of all debts except for (...)*”

³⁷⁵ COHEN, Jules S. The use of the Florida homestead to defraud creditors. *Florida Bar Journal*. Dec. 1998. Disponível em: <http://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNJournal01.nsf/c0d731e03de9828d852574580042ae7a/d842b20cc6b2c97585256adb005d6222!OpenDocument&Highlight=0,jules,cohen*> Acesso em 09 set. 2014.

³⁷⁶ *Article X, Section 4, (c). The homestead shall not be subject to devise if the owner is survived by spouse or minor child, except the homestead may be devised to the owner's spouse if there be no minor child. The owner of homestead real estate, joined by the spouse if married, may alienate the homestead by mortgage, sale or gift and, if married, may by deed transfer the title to an estate by the entirety with the spouse. If the owner or spouse is incompetent, the method of alienation or encumbrance shall be as provided by law.*

material e não do direito processual. Há uma nítida imposição de limites à sujeição patrimonial do devedor. A impenhorabilidade do bem residencial decorre como consequência de uma resguarda patrimonial feita pelo direito material. E assim como a impenhorabilidade do *homestead*, algumas das chamadas impenhorabilidades possuem um nítido caráter de direito material e o fato de alguns bens ou determinadas circunstâncias virem com essa roupagem, ou estarem prevista em lei reguladora de processo judicial não transforma sua natureza para direito processual.

5.5 – A EXCLUSÃO DOS BENS DA EXECUÇÃO PELA IMPENHORABILIDADE

É interessante notar que a prática de se excluir determinados bens da venda forçada por meio da técnica da impenhorabilidade é enraizada no direito. O Código de Processo Civil prevê que “não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.” (Art. 832). Se considerarmos a impenhorabilidade como efeito da proteção do patrimônio do devedor, ou instrumentalização da responsabilidade patrimonial, haveria uma clara inversão entre causa e efeito. Até mesmo por uma questão de ordem cronológica a redação teria que vir expressa que “não estão sujeitos à penhora os bens que a lei considera excluídos da execução judicial e os bens inalienáveis”.

Como a relação jurídica de direito processual nasce depois da relação jurídica de direito material³⁷⁷, e ainda que a penhora seja ato que ocorre depois de iniciada a execução, pelo menos em termos de cronologia quando da regulação da penhora, esta tem que vir tratada como consequência.

Na realidade, e truísmo a parte, para ser fiel à natureza dos institutos a redação teria que vir dizendo que “não estão sujeitos à penhora os bens que a lei considera impenhoráveis”. Quando a lei dispõe que não será objeto de execução está alterando o conceito da penhora e invertendo a ordem natural.

Cabe ressaltar que se essa previsão do artigo 832 não existisse alguns atos executivos poderiam ser realizados (com exceção da penhora), e não seriam vedadas medidas como arresto e

³⁷⁷ VILANOVA, Lourival Faustino. *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 188.

bloqueio judicial dos bens impenhoráveis no seio da execução. Uma vez que somente haveria restrição da penhora.

Outra conclusão que decorre dessa técnica como escudo do patrimônio do devedor é a de que nada obsta que o bem sobre o qual recai a impenhorabilidade seja objeto da hipoteca judiciária.³⁷⁸ Quanto a ela o Código de Processo Civil dispõe que “a decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária” (art. 495). “Trata-se de efeito anexo da sentença que impõe a obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa e se revela como medida extremamente eficaz para assegurar/garantir o resultado útil de futura execução”.³⁷⁹

E como a hipoteca judiciária não é execução judicial, seria apenas um simples efeito da sentença onde não haveria impedimento do vencedor da ação de conhecimento se valer da hipoteca judiciária para salvaguardar seu crédito em futura execução judicial.

De todo o exposto, espera-se que tenha aclarado a distinção e correlação entre a responsabilidade patrimonial e a penhora e sua faceta negativa, a impenhorabilidade.

A responsabilidade patrimonial, como dito alhures, é relacionado ao estado de sujeição dos bens do devedor da obrigação. E, como vem sendo defendido ao longo desse trabalho, é de natureza material, uma vez que compõe o vínculo obrigacional, bem como afeta diretamente na possibilidade de perfectibilização das obrigações. Por sua vez, a penhora e a impenhorabilidade, são institutos processuais que deveriam atuar como instrumento para a excussão patrimonial do devedor, indicando os bens que são processualmente passíveis de constrição patrimonial.

5.6 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL SECUNDÁRIA

5.6.1 – A inutilidade da classificação

³⁷⁸ “Hipoteca é direito real de garantia sobre coisa alheia, por meio do qual um bem pertencente ao devedor passa a garantir o cumprimento de uma obrigação pecuniária” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 02. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 5a ed. Salvador: Juspodvum. 2010. p. 369.

³⁷⁹ DIDIER JUNIOR. *op. cit.* p. 370.

Atribui-se a Liebman a classificação da responsabilidade patrimonial primária e secundária.³⁸⁰ Aponta-se essa distinção em razão de os bens sobre os quais recairá a execução ser de terceiro não devedor da obrigação originária do débito.^{381 382} Em outros termos, a execução e a expropriação dos bens ocorrerá na pessoa que não é devedora, mas é responsável pela obrigação.

Ocorre que não é possível constatar um critério distintivo entre o responsável primário e o responsável secundário. Não há regra geral que determine que o responsável secundário terá mais direito que o responsável primário. Por exemplo, não há uma regra que determine que nos casos de responsabilidade secundária o bem a ser expropriado deve atingir a no mínimo setenta por cento do valor da avaliação. Ou seja, a normatização é a mesma para os casos de responsabilidade patrimonial primária e secundária.

O que o CPC ressalva, em relação a alguns casos de “responsabilidade secundária” são alguns benefícios específicos que tem como fundamento o direito material do responsável, e não o fato de ser o responsável ser secundário. A previsão de que o fiador “quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora” (art. 794), é originada do artigo 827, § único do Código Civil. Dentre os responsáveis patrimoniais secundários, ela somente se aplica ao fiador.

Outra hipótese específica é a responsabilidade dos herdeiros que, caso o espólio tenha dívida, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube (art. 796). Tal regra advém do artigo 1792 do Código Civil e obviamente só cabe para os casos de dívidas deixadas pelo espólio aos herdeiros.

³⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 3a ed. São Paulo: Método. 2011. p. 864.

³⁸¹ PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. Fraude à execução. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2006. p. 27.

³⁸² “O legislador não restringiu a potencial invasão ao âmbito pessoal do devedor, estendendo-o a outros sujeitos, que, no entanto, não possuem tal predicação, não tendo se proposto a cumprir o dever jurídico de realizar a prestação (...) Esses sujeitos, que não figuram como devedores na relação de direito material, mas cujas esferas jurídicas são passíveis de invasão, segundo expressa previsão legal, são responsáveis em caráter secundário” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Execução - Parte Geral. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. p. 1089-1158. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 1132.

Cabe frisar que esses responsáveis secundários “não devedores”, à semelhança dos devedores, serão tratados no processo de execução como executados e não como terceiros. Segundo Araken de Assis “o obrigado e o responsável são partes passiva na demanda executória porque executados, sem embargo do fato de que, à luz da relação obrigacional, o primeiro assumiu a dívida (e, por isso, também é ‘responsável’) e o outro, não”.³⁸³ Destarte, por outro lado, os chamados responsáveis patrimoniais “secundários” respondem diretamente pela dívida, devendo ser tratados como partes no processo de execução.³⁸⁴ ³⁸⁵ A responsabilidade patrimonial entendida como a sujeição do patrimônio pelo cumprimento da obrigação não faz distinção do fato de quem deve pagar é o devedor ou alguém que resolveu sujeitar seu patrimônio para o pagamento da obrigação.

Outro ponto é que mesmo se aceitando essa classificação é imperioso afirmar que nem todas as hipóteses do artigo 790 seria o caso de “responsabilidade patrimonial secundária”. Por exemplo o inciso III quando diz que estão sujeitos à execução os bens do devedor mesmo quando em poder de terceiros. Ora, isso é um caso claro de responsabilidade patrimonial própria do devedor da obrigação.

É de se apontar ainda, que o artigo 790 do CPC³⁸⁶, assim como seu antecessor, artigo 592 do CPC/1973³⁸⁷, no tocante à responsabilidade patrimonial não traz regra nova para o disciplinamento da matéria. Pode-se dizer que é apenas exemplificativo, haja vista que as hipóteses em que elenca nada mais é decorrência natural das regras de direito material.

³⁸³ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 190.

³⁸⁴ Segundo José Miguel Garcia Medina esses responsáveis secundários seriam considerados de início como terceiros, no entanto, devem ser citados, caso a execução seja direcionada para seus bens, tornando-se partes e podendo exercer sua defesa como tal (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. 2015. *op. cit.* p. 1132).

³⁸⁵ No CPC português é expresso nesse sentido: “nos casos especialmente previstos na lei, podem ser penhorados bens de terceiro, desde que a execução tenha sido movida contra ele” (art. 735).

³⁸⁶ Art. 790. São sujeitos à execução os bens: I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; II - do sócio, nos termos da lei; III - do devedor, ainda que em poder de terceiros; IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

³⁸⁷ Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; II - do sócio, nos termos da lei; III - do devedor, quando em poder de terceiros; IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida; V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

5.6.2 – As hipóteses previstas nos incisos I a VI do artigo 790

No tocante ao inciso I em que se menciona que se sujeitam à execução os bens do sucessor singular a execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, estar-se-ia conferindo aplicação ao direito de seqüela ínsito ao direito de propriedade (Código Civil, artigo 1.228), e a perseguição de determinado bem na ação reipersecutória.

Quando à possibilidade de execução dos bens do sócio, “nos termos da lei”, refere-se às previsões legais em que o sócio responde com seu patrimônio pelas dívidas sociais. A sociedade em nome coletivo serve como exemplo dessa possibilidade legal, onde todos os sócios respondem “solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais” (Código Civil, art. 1.039). “Atribui-se responsabilidade patrimonial direta aos sócios, nas hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica. Trata-se de regra processual "em branco", pois remete ao regramento do tema pelo direito material”.³⁸⁸

O inciso III, já comentado anteriormente, não gera dúvida. Conforme relata Marcelo Abelha “deve-se dizer que esse dispositivo diz o óbvio, pois a regra geral do art. 391 do CCB e do art. 789 do CPC é clara ao dizer que o patrimônio do devedor responde pelo inadimplemento da obrigação. Logo, se o bem pertence ao devedor, então ele compõe o seu patrimônio e deverá também responder pela dívida sujeitando-se à execução”.³⁸⁹

Não menos óbvio é o inciso IV onde afirma que no caso do cônjuge ou companheiro em que seus bens próprios ou de sua meação responderem pela dívida, tais bens serão objeto de execução. Ou seja, sendo o cônjuge ou companheiro considerado codevedor junto com aquele

³⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 05. Execução. 2a ed. Salvador: Juspodvum. 2010. p. 273.

³⁸⁹ ABELHA. *op. cit.* p. 114.

que adquiriu a dívida (cônjuge ou companheiro), os bens daquele serão objeto de execução.³⁹⁰ Em termos mais simples, sendo codevedor, seus bens estarão sujeitos à execução³⁹¹.

Nos incisos V e VI o CPC ao invés de apontar para os bens de determinada pessoa (sucessor, sócio, devedor, cônjuge ou companheiro) direcionou-se para a própria coisa. Assim a coisa, mesmo que em poder de terceiros, se tiver sido alienada ou gravada com ônus real em fraude à execução ou fraude contra credores estarão sujeitas à execução. E interpretando os dois incisos verifica-se que as normas que ambas trazem regras mais afetas ao processo de declaração da fraude do que de responsabilidade patrimonial. Isso porque quando inciso VI ao mencionar a fraude contra credores, ao contrário da fraude à execução do inciso V, deixa expresso que para o bem estar sujeito à execução, há necessidade de que o gravame ou a alienação “tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores”. Portanto, a *contrario sensu*, para a fraude à execução não haveria necessidade de ação autônoma.

Não obstante o artigo 790 estar dentro do capítulo de responsabilidade patrimonial, percebe-se que ao menos até aqui, não traz regra alguma sobre responsabilidade patrimonial, apenas elenca e reafirma alguns casos de responsabilidade patrimonial constante no direito material.

Nesta toada, resta o inciso VI do artigo 790 que prescreve que são sujeitos à execução os bens “do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica”, que por sua especificidade será tratada em tópico separado.

³⁹⁰ Feita intimação do cônjuge do executado, tem ele duas opções de defesa. A primeira é a impugnação/embargos de executado, meio de defesa típico no procedimento executivo. Cabe quando o consorte reconhece que seus bens (próprios ou de sua meação) respondem pela dívida, mas pretende discutir a própria dívida e a forma de sua execução. A segunda é os embargos de terceiro (art. 1.046, § 3, CPC). Cabem quando o consorte acredita que seus bens (próprios ou de sua meação) não respondem pela execução; visam, pois, excluir a constrição a eles imposta, único caso em que se comportará, de fato, como responsável secundário (DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. *op. cit.* p. 270).

³⁹¹ “Em síntese: o cônjuge responsável não é necessariamente devedor, nem figura no título, não possuindo legitimidade passiva. Ele possuirá legitimidade para opor embargos à execução se detiver responsabilidade patrimonial e quiser defender-se do título ou da obrigação, ou se tiver sido citado como coexecutado. Caso não tenha sido citado, mas somente intimado da penhora, nos termos do art. 842 do CPC/2015, e entenda que não possui responsabilidade ou que os bens estão protegidos por determinada qualificação jurídica especial (exemplo: impenhorabilidade do bem de família), poderá valer-se dos embargos de terceiro, opondo-se apenas à constrição, sem tratar dos assuntos atinentes à obrigação e ao título”. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. 2015. *op. cit.* p. 1132.

5.7 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS PESSOA JURÍDICA E DOS SÓCIOS E DIRETORES

5.7.1 – A formação da personalidade jurídica autônoma

Antes de se adentrar na questão acerca da desconsideração da personalidade jurídica cabe primeiro tecer considerações sobre o conceito e importância da personalidade jurídica distinta dos seus sócios.

As pessoas jurídicas – denominadas de pessoas colectivas ou entes colectivos, no Direito Português e pessoas morais, no Direito Francês³⁹² – assim como as pessoas naturais, tem nome particular, domicílio, nacionalidade, “podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de réis, sem que isso reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Por último, tem vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram”.³⁹³ “No universo do Direito, não existe apenas o ser humano, o indivíduo ou a pessoa jurídica; enfim, que não existem somente os interesses e objetivos individuais, mas também os objetivos e interesses coletivos que, para serem satisfeitos, exigem a união de diversos indivíduos nas sociedades, nas associações e nas fundações, que aparecem adquirir vida própria”.³⁹⁴

Sendo a criação da pessoa jurídica decorrente da vontade humana, de constituir com a soma de esforços e perseguição de objetivos comuns, as vontades colidentes aptas a gerar um ente é algo que se manifesta no meio social, sendo que “a pessoa jurídica é tão oriunda do mundo fático quanto a pessoa física, residindo a distinção em que a primeira é produto da criação do homem, enquanto a segunda é fruto da natureza, porém cabendo ao direito nos dois casos reconhecê-las e protegê-las”.³⁹⁵

Como consequência dessa personalidade jurídica passa-se a existir um patrimônio próprio dessa pessoa jurídica. Isso ocorre espontaneamente, pois o *patrimônio* é o complexo das relações

³⁹² CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. Desconsideração da personalidade jurídica. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006. p. 14.

³⁹³ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 31a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 184.

³⁹⁴ CLÁPIS. *op. cit.* p. 11.

³⁹⁵ CHAGAS, Carlos Orlandi. Representação da pessoa jurídica e a teoria da aparência. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da universidade de São Paulo. 2010. p. 08.

jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico.³⁹⁶ Sendo esse ente coletivo considerado como pessoa, e dotado personalidade jurídica, a existência de patrimônio próprio decorre naturalmente. Nesse ponto, faz-se importante discorrer com mais vagar para se entender a importância do patrimônio autônomo da pessoa jurídica.

Analisando a evolução da pessoa jurídica verifica-se que a característica que sobeja importância nas pessoas jurídicas é exatamente a existência de patrimônio distinto da pessoa dos sócios.

Chama a atenção a história da sociedade em comandita simples (Código Civil, artigos 1.045 à 1.051). Esse tipo societário é o mais antigo entre as sociedades empresárias e sua origem se prende ao desenvolvimento do comércio marítimo. Provém do antigo contrato de comenda, onde as pessoas abastadas, principalmente nobres utilizavam para exercer atividades mercantis (consideradas infames pela Igreja).³⁹⁷ Esse contrato, difundido especialmente nas cidades italianas, “consistia na entrega de dinheiro ou mercadorias por um dos contratantes (commendador, posteriormente denominado comanditário) à outra parte na avença (tractator ou commendatarius, posteriormente denominado comanditado), geralmente proprietário de um navio (armador), a quem incumbia negociar os bens a ele confiados, seja vendendo aquilo que lhe foi entregue pelo comendador, ou adquirindo e negociando bens com o dinheiro que lhe foi confiado”.³⁹⁸

Por esse tipo societário (frise-se que na sua origem não se tratava de sociedade) permitia-se que o sócio comanditário investisse na sociedade e respondesse apenas com o valor de suas “cotas”, pois “em caso de prejuízo os prestadores de capitais se sujeitariam a perder apenas até o montante da importância dada em comenda”.³⁹⁹ O comanditado, por sua vez, responderia solidária e ilimitadamente pelas dívidas sociais. Como na idade média o sócio comanditado normalmente era o capitão ou dono do navio, ao afundar a embarcação – e conseqüentemente morrer o sócio comanditado – levava-se para o fundo do oceano também as dívidas sociais, haja vista que o sócio sobrevivente era apenas o investidor, sócio comanditário.

³⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. 01: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 269.

³⁹⁷ MARTINS, Fran. *op. cit.* p. 236.

³⁹⁸ SCALZILLI, João Pedro. Anotações sobre as origens das sociedades comerciais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 62 p. 129-143. Porto Alegre. 2009. p. 134.

³⁹⁹ MARTINS, Fran. *op. cit.* p. 236.

A limitação da responsabilidade dos sócios para outros tipos societários no início não era regra geral. Adveio com o advento da Idade Moderna onde se fazia necessário um veículo de exploração adaptado à grandiosidade dos empreendimentos que estariam por vir. “Dessa forma, surgiram, no século XVII, as primeiras sociedades anônimas propriamente ditas, as sociedades coloniais de navegação e comércio, dentre as quais as célebres Companhias Holandesas das Índias Orientais e Ocidentais, fundadas, respectivamente, em 1602 e 1621”.⁴⁰⁰

Como era de interesse do Estado a exploração comercial, e também a perenidade de tais empresas “o Estado outorgava às companhias personalidade jurídica, reconhecia a autonomia entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios, a responsabilidade limitada ao capital nelas aportado, bem como permitia a livre transmissão dos títulos representativos de seu capital”.⁴⁰¹

O momento em que se admitiu a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como forma de incentivar o investimento dos sócios, coincide com a próprio interesse (ou necessidade) do Estado em fomentar em seu território a formação de pessoas jurídicas que seriam capazes de desempenhar atividades benéficas ao desenvolvimento da sociedade.

5.7.2 – A autonomia patrimonial da pessoa jurídica

A autonomia da pessoa jurídica é efeito natural da sua personalização. Em razão da personalização e autonomia da pessoa jurídica ela se torna sujeito de direito, na medida em que tem um nome com o qual atua no mundo dos negócios, possui um domicílio, faz parte dos negócios jurídicos, e tem capacidade para demandar e ser demandada em juízo. Decorre ainda da autonomia seu patrimônio próprio, o que impossibilita, via de regra, que o patrimônio dos sócios responda por dívidas da sociedade.⁴⁰²

A função geral da personificação é a criação de um centro de interesses autônomos, onde ativos e passivos não confundem (ou não deveriam se misturar) com os direitos e obrigações dos sócios, de modo a permitir a mobilização de recursos e esforços para atingir um objetivo comum

⁴⁰⁰ SCALZILLI, João Pedro. *op. cit.* p. 136.

⁴⁰¹ SCALZILLI, João Pedro. *op. cit.* p. 138.

⁴⁰² CLÁPIS. *op. cit.* p. 31

é a consecução do objeto social. A personificação seria uma técnica jurídica para permitir o alcance de determinados objetivos, como a autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade, sendo a autonomia patrimonial a feição mais importante.⁴⁰³ Segundo a doutrina, “com a personificação da sociedade, o resultado prático que se busca é justamente a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio da sociedade”.⁴⁰⁴

Dentro dessa autonomia da pessoa jurídica, tendo em vista o escopo do presente trabalho, nos interessa é a autonomia patrimonial, onde a pessoa jurídica possui um patrimônio próprio não vinculado ao patrimônio de seus sócios ou dirigentes. É o que a doutrina espanhola alcunhou de “hermetismo patrimonial”.⁴⁰⁵

Importante destacar que embora a autonomia patrimonial da pessoa jurídica tenha advindo do desenvolvimento de empreendimentos comerciais, tal fenômeno não se aplica somente às sociedades comerciais. Outro ponto é que a autonomia patrimonial também não se restringe aos sócios mas também aos administradores. Assim, atos realizados por fundações e associações serão imputados a esta, e a responsabilidade patrimonial ficará restrita aos bens dessas entidades. Desse modo, agindo em concordância com o estatuto, a responsabilidade de uma fundação por alguma dívida não seria extensível aos seus dirigentes.

Nesta toada, as obrigações e débitos assumidos pelas pessoas jurídicas são de sua responsabilidade. A relação jurídica que se forma é entre a pessoa jurídica e seu credor (ou devedor) não assumindo o sócio ou dirigente qualquer posição dentro dessa relação. O sócio ou dirigente não assume nem mesmo a posição de garantidor das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. A relação jurídica que se forma entre uma parte e a pessoa jurídica não sofre interferência por parte dos sócios ou administradores, o que estes fazem é representar (ou apresentar) o ente personalizado. Utilizando a antiga teorização tedesca, na relação obrigacional entre o credor e a pessoa jurídica, o credor detém o crédito, e de outro lado, o débito (*schuld*) e a responsabilidade (*haftung*) incidem sobre a mesma pessoa (pessoa jurídica). Não há de modo algum “responsabilidade patrimonial secundária” dos sócios e dirigentes.

⁴⁰³ CLÁPIS. *op. cit.* p. 67

⁴⁰⁴ BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 164.

⁴⁰⁵ GARRIDO, Pedro Luis Vizcaíno. Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios. 357 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad Carlos III de Madrid. Getafe. 2014. p. 63

Destarte, a responsabilidade do sócio ou administrador não poderia ser parificada com a do fiador por exemplo. Este assume essa posição de responsável pela obrigação por ato volitivo próprio o que não acontece com eventual responsabilidade de algum sócio ou dirigente.

Tendo em vista a natureza da personalidade jurídica das pessoas morais, bem como da sua autonomia patrimonial é de se concluir que a possibilidade de os sócios ou administrador responderem com seu patrimônio pelas obrigações sociais das pessoas jurídicas que façam parte deveria ser em raras exceções.

5.7.3 – A mera responsabilização do dirigente

Sobre essa possibilidade de agressão patrimonial do sócio ou dirigente há que se distinguir a desconsideração da personalidade jurídica da mera responsabilização do administrador da pessoa jurídica, sendo que na primeira desconsidera-se a personalidade jurídica, e por consectário a autonomia patrimonial com o fim de possibilitar a agressão no patrimônio dos sócios e administradores. Diferentemente, na mera responsabilização os dirigentes são responsabilizados por cometerem algum lesivo a interesse de terceiros ou dos próprios sócios.

A responsabilização do dirigente possui contornos próprios e estará configurada quando o administrador agir em desconformidade com os objetivos da pessoa jurídica (seja por infração ao estatuto, ao contrato social ou à lei, seja por conduta culposa ou dolosa etc).

No direito estadunidense as desobediências que podem dar lugar as responsabilidades dos diretores e “constituyen violaciones de las sentencias vigentes, los estatutos sancionados por las legislaturas locales o la federal y las normas particulares de cada sociedad en cuestión. Esta contradicción entre la conducta y el plexo normativo proporciona el fundamento para la ilicitud de la conducta y por ente la imputabilidad al causante del daño”.⁴⁰⁶ Tais hipóteses seriam princípios gerais da responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas.

⁴⁰⁶ MIGUENS, Héctor José. Responsabilidad de directores de sociedades en Estados unidos. Estudio sobre el deber de obediencia de los directores. *Quaestio Iuris*. vol. 07, n. 01, pp 225-252. Rio de Janeiro. 2014. p. 239.

No direito argentino exige-se que o administrador e os representantes da sociedade atuem com lealdade (v.g. sem conflito de interesse) e diligência, e os que faltarem com suas obrigações responderão solidariamente com a sociedade por eventuais prejuízos ocorridos a terceiros. Da mesma forma serão responsáveis por prejuízos advindos aos sócios e à sociedade.⁴⁰⁷

Na legislação brasileira pode-se ver a previsão de responsabilidade do administrador na Lei de Sociedade Anônima⁴⁰⁸ (Lei 6.404/1976) e também na regulação da sociedade simples engendrada pelo Código Civil. Tais normas definem critérios para a responsabilidade do administrador, sendo que no Código Civil abre-se a possibilidade de a sociedade, em casos de excesso dos administradores, opor esse fato contra terceiros visando excluir a responsabilidade da sociedade e direcionar aos diretores⁴⁰⁹.

Portanto, a relação jurídica obrigacional em certos casos será entre o administrador e o terceiro, ou entre o administrador e a pessoa jurídica (no caso de ato lesivo perpetrado contra a próprio pessoa jurídica que o dirigente administra). Isso deixa claro que a responsabilidade do dirigente é distinta da responsabilidade da pessoa jurídica. “Uma coisa é a responsabilidade do administrador, outra é a societária, ambas inconfundíveis, quer diante de terceiros, ou internamente”.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Diligencia del administrador: responsabilidad - Art. 59. — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Mal desempeño del cargo. - Art. 274. — Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

⁴⁰⁸ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.

⁴⁰⁹ Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

⁴¹⁰ MARTINS, Fran. *op. cit.* p. 248.

Cabe extremar desde já que essa responsabilização do sócio não implica a quebra do princípio da separação e autonomia da pessoa jurídica. “Ao contrário, reafirma-o na medida em que seu fundamento repousa na exata distinção entre a sociedade e seus sócios-gerentes, firmada nos estatutos sociais. Para responsabilizar os dirigentes da sociedade, basta a prova de que eles não agiram em conformidade aos seus deveres e encargos, causando prejuízos a terceiros ou, até mesmo, à sociedade”.⁴¹¹ Diversamente do que ocorre na teoria da desconsideração que se verá a seguir, na responsabilização dos sócios permanece ilesa personalidade jurídica do ente coletivo.

5.7.4 – Desconsideração da personalidade jurídica

Diversa da mera responsabilização é a hipótese da famigerada desconsideração da personalidade jurídica, tanto nos pressupostos como nas consequências. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica advém do mau uso da pessoa jurídica, utilizando-a para encobrir fatos praticados pelos sócios ou dirigentes. No mais das vezes a desconsideração tem por finalidade a fraude contra credores. Segundo Didier, “trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída”.⁴¹²

A teoria é amplamente difundida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sendo conhecida pelas designações: *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, nos Direitos Inglês e Norte-Americano; *superamento della personalità giuridica*, no Direito Italiano; *durchgriff der juristischen person*, no Direito Alemão; teoria de *la penetración o desestimación de la personalidad*, no Direito Argentino; *mise à l’ecart de la personnalité morale*, no Direito Francês⁴¹³ e *la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*, no Direito Espanhol⁴¹⁴.

⁴¹¹ CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 41.

⁴¹² DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. *op. cit.* p. 281.

⁴¹³ CLÁPIS. *op. cit.* p. 51

⁴¹⁴ FERNANDES, João Marcelo Negreiros. La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia brasileña y española. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidad de Salamanca. 2012. p. 40.

A teoria da desconsideração tem origem no direito norte-americano, “através de manifestação da jurisprudência de 1809, no caso *Bank of Unites States vs. Deveaux*, por meio do qual o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre corporations, já que a Constituição Federal Americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa, levantando o véu, de modo a reconhecer o conflito estabelecido entre os indivíduos que por trás da pessoa jurídica atuavam”.⁴¹⁵

A expressão de “levantamento do véu” da personalidade jurídica parece mais apropriada do que a popularizada desconsideração da personalidade. Isso porque diante de algum caso concreto faz-se uma análise por detrás da formação volitiva da pessoa jurídica, pesquisa-se o motivo pelo qual os dirigentes fazem a pessoa jurídica agir daquela forma. Destarte, levanta-se o véu da personalidade para se enxergar algo que somente pode ser visto se excluída a vontade própria da pessoa jurídica. Por isso na doutrina argentina é comum a denominação de teoria de *la penetración* e na americana *piercing the veil*.

A doutrina traz um exemplo bastante didático. Suponha-se dois únicos sócios de uma sociedade limitada dedicada ao ramo de mudanças. Um dia, um motorista empregado da sociedade provoca um sério acidente de trânsito, com diversas vítimas e danos de alto valor. A sociedade então é processada por todas as vítimas, e que sendo certa a condenação implicará muito provavelmente na falência da sociedade. Diante de quadro os sócios resolvem constituir uma nova sociedade de mudança, com sede e endereço diferente e com novos empregados e param de investir na primeira sociedade. Nesse caso “a manipulação da autonomia das pessoas jurídicas foi o instrumento para a realização de fraude contra os credores ou, ao menos, abuso de direito”.⁴¹⁶

No caso, se considerarmos objeto social da pessoa jurídica, é possível constatar que a pessoa jurídica não tinha por objetivo encerrar suas atividades ou “perder” parte de suas atividades

⁴¹⁵ CLÁPIS. *op. cit.* p. 46. A autora ainda assevera que parte da doutrina se equivoca ao mencionar que a origem da desconsideração tenha surgido na Inglaterra, com o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado 88 anos após a decisão proferida pelo Juiz Marshall.

⁴¹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 35

para outra pessoa jurídica que lhe é estranha. Ocorre que os sócios macularam a “vontade” da pessoa jurídica em interesse deles próprios.

Destarte, para se alcançar o fim pretendido pelos administradores penetra-se além da personalidade da pessoa jurídica, ou desconsidera-a. Todavia, “a personalidade jurídica, ainda que desconsiderada em determinados casos, permanecerá intacta, sendo suprimida apenas nas hipóteses em que for necessário aplicar a teoria. Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica somente deve ser aplicada no caso concreto, mantendo-se intacta a personalidade da empresa para quaisquer outras questões”.⁴¹⁷

O Código Civil trouxe a disciplina no artigo 50 onde apregoa que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Portanto, a regra geral constante no Código Civil é a desconsideração somente em caso de abuso da personalidade jurídica, seja por meio de desvio de finalidade, seja por confusão patrimonial.

Conquanto de mesma significação, um tanto diferente é a redação do similar no direito argentino que preve na Ley de Sociedades Comerciales (Ley 19.550/1984) que “la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados” (art. 54).

O dispositivo argentino desenha as hipóteses de desconsideração nos casos em que a sociedade atua de modo “obscuro” perseguindo fins extra-societários. Há um desvio de finalidade na conduta da sociedade, seja porque age buscando algo diverso do objeto social ou não persegue o fim social. “Se o objeto (atividade econômica da sociedade) é perseguido pelos sócios para obtenção de uma finalidade lícita, não há o que se falar sobre desconsideração. A *disregard* só

⁴¹⁷ CLÁPIS. *op. cit.* p. 54.

será aplicada quando for necessário frustrar um resultado antijurídico que, com a constituição da sociedade, se pretendeu alcançar”.⁴¹⁸

Contudo, há um ponto em comum nas hipóteses de desconsideração, e reside no fato da exigência de desvio de finalidade. A perseguição de fins extra-societários exigido no direito argentino e o desvio de finalidade previsto no direito brasileiro é uma sinonímia, uma vez que perseguir fins extra-societários acarreta em desvio de finalidade e vice-versa.⁴¹⁹

5.7.5 – O tratamento constitucional da autonomia da personalidade jurídica

A questão afeta a personalidade jurídica das sociedades empresárias ou pessoas jurídicas em geral não vem regulada expressamente na Constituição da República. Estabelece-se o direito a livre iniciativa, mas não se deixa claro sobre a autonomia entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios ou dirigentes. Com isso fica em aberto entendimento sobre a responsabilidade patrimonial dos sócios e administradores da pessoa jurídica.

A matéria poderia estar delineada no título VII da Constituição (da ordem econômica e financeira), contudo, verifica-se que própria inclusão do tema na Constituição é fenômeno recente,⁴²⁰ sendo que no campo econômico preocupa-se mais em afirmar sobre os limites da

⁴¹⁸ CLÁPIS. *op. cit.* p. 102.

⁴¹⁹ Nem todos os ordenamentos estrangeiros trazem positivado a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. No direito inglês existe previsão no *Insolvency Act 1986*, art. 213 (*Fraudulent trading*), onde é restrito à hipótese de fraude no momento da liquidação da pessoa jurídica. Aproximaria da figura de fraude contra credores envolvendo terceiros e os diretores da sociedade, apenando estes com a quebra da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Na Itália o artigo 2462 do Código Civil traz a única hipótese legal de desconsideração da personalidade, que seria apenas no caso de insolvência relativa as dívidas contraídas na época em que a sociedade continha apenas um sócio. Todavia, doutrinaria e jurisprudencialmente para a aplicação do *superamento della personalità giuridica* exige-se as mesmas premissas elencadas na norma positivada no direito brasileiro e argentino (BRUNO, Ferdinando. *Crisi di impresa e responsabilità da fatto illecito delle società alla luce dell'esperienza dei sistemi di common law*. 171 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico) - Università degli Studi di Napoli "Federico II" - Facoltà di Economia e Commercio. 2006. p. 73)

⁴²⁰ A pesquisa nos textos representativos clássico, como a Constituição norte-americana de 1787 e as Constituições francesas do período revolucionário, inaugurado em 1789, não identifica em qualquer desses documentos uma Ordem Econômica, isto é, um conjunto de regras constitucionais reguladoras da atividade econômica. (...) As Constituições do México de 1917 e Alemanha de 1919 detêm a primazia na incorporação da Ordem Econômica ao texto constitucional, alargando a matéria e a dimensão da Constituição. (HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem econômica*. Revista de Informação Legislativa. ano 28. n. 111. jul-set. pp. 05-20. Brasília. 1991. p. 06-07)

atuação estatal na atividade econômica, deixando a maior parte desse título de ordem econômica e financeira permeado de princípios para um Estado Social de Direito.⁴²¹

A importância do tema sob a perspectiva econômica é clarividente⁴²², uma vez que sem a proteção patrimonial dos investidores e dos dirigentes, afastar-se-ia interessados da promoção de atividades importantes para os próprios cidadãos, porém, uma possível conclusão sobre se a autonomia patrimonial da pessoa jurídica – se o sócio ou dirigente na pessoa jurídica tem responsabilidade patrimonial pelas dívidas desta – tem assento constitucional é algo que demanda um pouco mais análise.

Poderia se sustentar que o agrupamento de indivíduos para a consecução de fins comuns seja atávico à própria ideia de liberdade do indivíduo, ínsito ao direito natural do homem. Assim, com base nessa percepção afirma-se que:

*la asociación de las personas constituye, sin duda, uno de los derechos humanos fundamentales. Como fruto de la misma nacen agrupamientos que, a deferencia del ser humano, no tienen dimensión física, sino sólo relacional: su existencia consiste en los lazos que se dan entre los seres que lo integran. La exigencia propia de esa realidad social hace que el grupo que no tiene una realidad material adquiera bienes e instrumentos de esa índole, a fin de facilitar el logro de los propósitos que persigue el grupo: alcanzar objetivos que cada uno de ellos no hubiera logrado por sí o le hubiera resultado mucho más difícil.*⁴²³

O raciocínio de se proteger a personalidade jurídica da pessoa moral com supedâneo no direito de associação é interessante. Deveras, quando a CRFB/1988 prescreve que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” (art. 5º, XVII) mostraria equivocado concluir que se trata somente da associação prevista no art. 44, I do Código Civil, excluindo-se as fundações e sociedades. A sociedade empresária também é uma forma de

⁴²¹ HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem econômica. Revista de Informação Legislativa. ano 28. n. 111. jul-set. pp. 05-20. Brasília. 1991p. 13.

⁴²² Submeter o patrimônio pessoal do sócio de sociedade limitada à satisfação dos débitos da sociedade para com a Seguridade Social, independentemente de exercer ou não a gerência e de cometer ou não qualquer infração, inibiria demasiadamente a iniciativa privada, descaracterizando tal espécie societária e afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 562276. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. Pub. 10/02/2011).

⁴²³ VIALARD, Antonio Vázquez. Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. Revista Latinoamericana de Derecho. Año I. n. 1. pp 473-516. Mexico D.F. 2004. p. 477.

associação no sentido léxico da palavra, visto que na sociedade também há uma associação de indivíduos em que os mesmos buscam objetivos comuns.

Ademais, a doutrina nacional entende que o conceito de associação no contexto constitucional de liberdade de associação tem sentido amplo e presta-se a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o Estado Democrático de Direito. Com a associação de indivíduos, promove-se maior compreensão recíproca, amizade e cooperação, além de se expandirem as potencialidades de autoexpressão. “Podem-se associar para alcançar metas econômicas, ou para se defenderem, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, para fins altruísticos, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, aos princípios de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão”.⁴²⁴ “O termo associação no texto constitucional tem sentido amplo, nele se incluindo as modalidades diversas de pessoas jurídicas conhecidas do direito civil”,⁴²⁵ sendo portanto a sociedade empresarial protegida pela Constituição com base no direito de associação.

Como a personalidade jurídica autônoma é imanente à natureza das pessoas jurídicas nascidas a partir dessa liberdade de associação, restringir a personalidade jurídica em demasia – por ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica – seria encontrar entrave no dispositivo constitucional em voga.

Outrossim, a proteção da personalidade jurídica das pessoas morais poderia encontrar amparo em um dos fundamentos da República traçados pela CRFB/1988: a livre iniciativa. Pela valorização do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) é possível conceber proteção para os indivíduos se agrupam para constituir uma sociedade empresarial. Uma das formas que essa proteção pode ser concretizada é justamente a segurança da personalidade jurídica autônoma das pessoas jurídicas.

⁴²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 401.

⁴²⁵ MENDES. COELHO. BRANCO. *op. cit.* p. 405.

5.7.6 – A legislação e jurisprudência acerca da aplicação da *disregard doctrine*

Conquanto o entendimento da importância da autonomia patrimonial seja indubitável, incluiu-se no ordenamento jurídico verdadeiras exceções à autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Como descrito anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica foi concebida para evitar o abuso da personalidade jurídica da sociedade, para proteger os credores de manobras fraudulentas onde poderia haver mácula na vontade societária oriundo de atos dos administradores visando algo “incomum” ao objetivo da pessoa jurídica (desvio de finalidade).

Todavia, o legislador em alguns casos entendeu que a simples insolvência da pessoa jurídica seria razão para agredir o patrimônio dos sócios. Erigiu-se a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Pela teoria menor bastaria a insolvência da pessoa jurídica devedora, ou “simples prejuízo do credor”,⁴²⁶ para que pudesse desconsiderar a personalidade jurídica e atacar o patrimônio dos sócios. Enquanto para a teorização clássica restou a denominação de teoria maior⁴²⁷.

Aponta-se que o art. 2.º, § 2.º, da CLT, foi o primeiro artigo de lei que expressamente previu a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.⁴²⁸ E muito embora se referisse apenas à desconsideração da personalidade jurídica de sociedades que participassem de um mesmo grupo econômico acabou sendo aplicado amplamente pela jurisprudência trabalhista para quaisquer casos de insolvência.⁴²⁹ No entanto, a doutrina sustenta que é controverso “se os argumentos jurídicos aplicados nos acórdãos analisados legitimam ou não os tribunais a utilizar

⁴²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. 01: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 238.

⁴²⁷ CLÁPIS. *op. cit.* p. 182.

⁴²⁸ PRADO, Roberta Nioac. DONAGGIO, Angela Rita Franco. Responsabilidade pessoa dos administradores e sócios por atos praticados em nome da sociedade e desconsideração da personalidade jurídica. Revista Direito GV. vol. 03 n. 01. pp 75-100. São Paulo. 2007. p. 82

⁴²⁹ No Direito do Trabalho, ao contrário do Direito civil comum em que se exige o abuso da personalidade jurídica, configurado caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50 do C.C.), impera a denominada teoria menor da *disregard doctrine*, em que basta a insolvência da pessoa coletiva para que a responsabilidade seja estendida aos seus sócios (art. 2º da CLT c/c art. 28, §5º do CDC). O fenômeno da desconsideração da pessoa jurídica há muito é aplicado pelo Direito do Trabalho, ocorrendo nos casos em que a empresa não oferece condições de solver seus compromissos, recaindo a responsabilidade pelo débito trabalhista aos seus respectivos sócios e ex-sócios, depois de intentada a execução das pessoas constantes do título executivo judicial. A atividade empresarial gera grandes ganhos, mas também algumas responsabilidades que não podem ser desconsideradas. Por outro lado, o empregado/hipossuficiente, que não participou do lucro, não pode ser responsabilizado pelos riscos do empreendimento. (Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-647-20.2012.5.03.0081. 4ª Turma. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Pub. 09/04/2015).

da teoria da desconsideração da personalidade no ordenamento pátrio”,⁴³⁰ uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica é instrumento voltado fundamentalmente para impedir a fraude à lei e o abuso de direito.

Se a legislação trabalhista pode ensejar alguma dúvida sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica sob o fundamento da insolvência, o mesmo empecilho não se pode atribuir ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990 e a Lei de crimes ambientais (Lei 9.605/1998).

Na primeira Lei há previsão de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (art. 28), o que é um tanto genérico. O problema é no parágrafo quinto onde a regra respaldada pela jurisprudência⁴³¹ consta que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

A norma vai na contramão do fomento à iniciativa privada decorrentes das regras engendradas para as pessoas jurídicas. Simplesmente se retira a garantia de proteção dos investidores para em troca franquear uma maior garantia patrimonial para um sem número de consumidores. Os sócios e administradores de uma sociedade empresária podem ter que responder com o patrimônio amealhado em anos de trabalho em razão de crise econômica, ou mesmo prejuízos decorrentes de alguma calamidade onde os sócios agiram o tempo todo com diligência e boa-fé.

De maneira semelhante a Lei 9.605/1998 prevê que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (art. 4º).

⁴³⁰ PRADO. DONAGGIO. *op. cit.* p. 83.

⁴³¹ É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor).

(Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1111153/RJ. 4a Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Pub. 04/02/2013.

Contudo, não só na área ambiental, consumerista e trabalhista que se encontram a “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica. Mais interessante é a aplicação da teoria da *disregard doctrine* no campo tributário. O artigo 13 da Lei 8.620/1993, revogado pela Lei 11.941/2009, previa que “o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social”. E seu parágrafo único dispunha que “os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa”.

A revogada norma previa a desconsideração da personalidade jurídica *ab ovo*. Determinava que os sócios respondiam pelas dívidas sociais desde a constituição do crédito tributário, que a responsabilidade patrimonial dos sócios pelos créditos tributários de natureza previdenciária originava-se concomitantemente com a da pessoa jurídica.

Todavia, um ponto que merece destaque é o fato de mesmo sendo a previsão de desconsideração da personalidade jurídica no artigo 13 da Lei 8.620/1993 semelhante ao que já ocorria na jurisprudência trabalhista, legislação consumerista, ambiental, o entendimento jurisprudencial para com os créditos tributários foi distinto.⁴³² O Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei ao determinar confusão dos patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física na espécie societária que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada “compromete um dos fundamentos do Direito de Empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, o que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica”.⁴³³

⁴³² Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário. (STJ. Recurso Especial 717.717/SP. Primeira Seção. Rel. Min. José Delgado. Pub. 08/05/2006).

⁴³³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 562276. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. Pub. 10/02/2011.

Ocorre que não obstante o entendimento jurisprudencial e da declaração da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal a aplicação da chamada teoria menor no campo trabalhista, consumerista e ambiental ainda viceja nos Tribunais. E quanto ao direito tributário o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 435 entendendo que se presume “dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”. Ou seja, a quebra da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é automática caso se constate que mesma deixou de funcionar no seu domicílio fiscal, o que não necessariamente se enquadra nas hipóteses previstas no Código Civil para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro acaba por se distanciar da teoria original do *disregard doctrine* que era entendida como o levantamento do véu⁴³⁴. Ao prescrever a desconsideração em determinadas hipóteses tem-se uma valoração de certos credores em detrimento dos princípios de direito empresarial, bem como assunção do risco de desestímulo das atividades produtivas.

5.7.7 – A extensão da responsabilidade da pessoa jurídica

Inicia-se este tópico com a seguinte pergunta: a desconsideração da personalidade jurídica é um conjunto de normas que regula a responsabilidade patrimonial ou a responsabilidade civil (obrigacional) do sócio?

Como exposto ao longo do presente trabalho, a diferença entre a responsabilidade civil e patrimonial reside no fato de que na primeira (dever jurídico sucessivo) exige-se o descumprimento de uma norma (dever jurídico originário), enquanto a responsabilidade patrimonial existe ao menos de maneira latente na própria obrigação, como garantidora da obrigação e se concretiza após o inadimplemento. A responsabilidade civil aponta quem deve responder e a responsabilidade patrimonial indica o que deve responder pelo débito.

⁴³⁴ No direito estadunidense pode-se estruturar os casos de aplicação da *disregard doctrine* nas seguintes hipóteses: “1. Evasão da lei; 2. Evasão de obrigações contratuais; 3. Dano fraudulento de um terceiro através de transferência a uma pessoa jurídica dos bens do devedor; 4. Sociedades-mãe e sociedades-filha”. (CLÁBIS. *op. cit.* p. 89).

Antes de analisar a questão da desconsideração da personalidade jurídica, primeiro analisar-se-á a hipótese da mera responsabilização do sócio ou dirigente. No caso, a própria legislação dá algumas dicas. Quando a Lei de Sociedade Anônima trata da responsabilidade do dirigente afirma que o administrador responde civilmente pelos prejuízos que causar quando proceder com dolo ou culpa, ou quando violar a lei ou estatuto (art. 158). Para configurar a responsabilidade patrimonial do administrador primeiro deverá verificar se o mesmo procedeu com dolo ou culpa, ou, violação da lei ou contrato. Apura-se a primeiro a responsabilidade (civil) do administrador para depois se adentrar na questão da responsabilidade patrimonial.

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica, a resposta da pergunta não comporta apenas um entendimento.

Se se entender que a desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita somente existe se observado o critério do artigo 50 do Código Civil (desvio de finalidade), tem-se que está se tratando de apuração de responsabilidade civil, uma vez que primeiro deve se apurar o descumprimento de uma norma, haja vista que há necessidade de abuso da personalidade jurídica da pessoa coletiva. Assim, a declaração de desconsideração da personalidade jurídica constituiria na própria decretação da responsabilidade civil dos sócios e administradores. Destarte, assume um caráter de pena⁴³⁵ ou sanção pelo ilícito praticado.

Todavia, mesmo nos casos em que basta o simples inadimplemento da obrigação (independente de conduta que acarrete desvio de finalidade da pessoa jurídica), a “desconsideração da personalidade jurídica” não poderia ser considerado como apenas a declaração de responsabilidade patrimonial a quem já era atribuída no direito material. Isso porque não obstante a previsão de que com o simples inadimplemento da pessoa jurídica a responsabilidade pelo pagamento se transfere ao sócios, tem-se que juridicamente quando há o inadimplemento atrai a incidência de uma sanção, e essa sanção imputa o dever de pagar à outra pessoa, o sócio, e havendo uma sanção onde se imputa o pagamento para outra pessoa, não poderia ser responsabilidade patrimonial, porquanto esta regula a “quantidade do patrimônio” do executado

⁴³⁵ MAZZEI, Rodrigo. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade no código de defesa do consumidor e no projeto do “novo” Código de Processo Civil. In: BRUSHI, Gilberto Gomes et al. (coord.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. p. 769.

que será afetado à execução. O instituto que imputa quem deve arcar com uma sanção é a responsabilidade civil e não a responsabilidade patrimonial.

No entanto, processualmente pode-se dizer que os reflexos poderão ser um tanto diferentes. Isso porque sendo o simples inadimplemento causa da responsabilidade do sócio, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica constante nos artigos 134 à 137 do CPC, mesmo sem oferecer maiores garantias de defesa ao sócio configura instrumento hábil para aplicação da sanção, uma vez que a causa da sanção é perceptível de plano e sem necessidade ampla produção de provas.

Situação diversa são os casos em que a desconsideração da personalidade jurídica devem preencher os requisitos do artigo 50 do Código Civil (abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial). Por isso está com razão a doutrina quando afirma que seria o caso de considerar não como um incidente processual, mas uma ação incidental, pois “deverá ser prestigiado o contraditório, com a devida citação daqueles que se pretende responsabilizar com a desconsideração, ofertando-se aos sócios e administradores da sociedade a possibilidade de manifestação nos autos”.⁴³⁶

Destarte, quando o Código de Processo Civil prescreve que são sujeitos os bens do responsável nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (art. 790, VII), não traz regra sobre responsabilidade patrimonial.

⁴³⁶ MAZZEI. *idem*. p. 771.

6 - AS CONSEQUÊNCIAS DA DESCARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO NORMA DE DIREITO PROCESSUAL

Uma norma jurídica ao ter definida sua natureza passará a sofrer os influxos da sua classificação. Pode ser no campo da competência legislativa, aplicação no espaço, princípios aplicáveis etc.

O caso da norma processual, mais precisamente na hipótese da responsabilidade patrimonial, o fato de se alterar o enquadramento da sua natureza de direito material em processual em pouco difere quanto à interpretação ou aplicação no espaço. Chiovenda já se manifestava sobre a ausência de distinção na aplicação no espaço e na interpretação das normas processuais quando comparada às normas de direito material.⁴³⁷

E diferentemente do que ocorre no direito estadunidense por exemplo, onde a competência legislativa para regular o processo e o direito material não reside no mesmo ente, no Brasil, a competência legislativa será sempre da União em ambas as matérias.

Contudo, no tocante a aplicação da lei no tempo, verifica-se diferenças de relevante aplicação prática.

A diferença não pode ser resumida na afirmação de que a lei processual é de imediata aplicação, “porque isso é próprio de todas as leis, as quais, justamente por proverem para o futuro, se aplicarão imediatamente aos atos e fatos que se verificarem depois de posta em vigor a lei nova”.⁴³⁸ Segundo Caio Mário, “quando um lei entra em vigor, revogando ou modificando outra, sua aplicação é para o presente e para o futuro (...) com esse sentido, afirma-se que o a lei tem efeito, além de geral, imediato”.⁴³⁹

O problema temporal da lei, seja processual, seja material decorre justamente quando não as mesmas não chegaram a produzir todos os seus efeitos sobre uma dada relação jurídica.⁴⁴⁰ No

⁴³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. 1965. p. 96-99

⁴³⁸ CHIOVENDA. *idem*. p. 87.

⁴³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 1999. *op. cit.* p. 88.

⁴⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 1999. *op. cit.* p. 89.

caso da lei material, seria a hipótese de uma obrigação que o devedor teria que pagar o credor mês a mês e ocorre uma sua alteração. Nesse caso, como existe situações pendentes geradas pela lei revogada, a norma não se aplicaria imediatamente. Roberto Barroso afirma que “o problema de direito intertemporal se coloca exatamente em relação aos eventos que começaram a se verificar antes, mas cujos efeitos ou parte deles apenas ocorreram depois da vigência da nova lei”.⁴⁴¹

No que tange especificamente direito processual, Chiovenda faz a distinção de processo iniciado e processo em andamento. Na primeira hipótese caso advenha uma nova lei processual que suprima “alguns modos de atuação da lei ou alguns meios de atuá-la. Nesse caso reduz-se o poder jurídico de pleitear-lhe a aplicação, de sorte que, sob o domínio da lei nova, não se pode pleitear a atuação da lei com aquele meio e por aquela forma, e, isso, independe de consideração do tempo em que nasceu o direito de pleiteá-la”.⁴⁴² Cita-se o caso do arresto, que se suprimido pela lei processual nova não se poderia realizar nos processos que vierem a ser ajuizados. O contrário também se aplica. Se a lei processual nova ampliar os meios pelos quais se pode proceder a pesquisa e bens do executado, ela vai se aplicar imediatamente.⁴⁴³

Quanto aos processos pendentes seriam possíveis duas soluções: aplicar da lei antiga até a conclusão do processo ou aplicar a nova lei aos atos sucessivos do processo. Chiovenda ao distinguir a relação jurídica material pendente e o processo pendente entendeu que “se no direito substancial a inteira relação jurídica, mesmo de natureza continuativa, se apresenta como efeito do ato ou fato que a constituiu, na relação processual, se desenvolve uma atividade estatal em movimento, nem todos os atos se apresentam com efeitos necessários de sua constituição”.⁴⁴⁴

Via de regra quem determina essa questão intertemporal via de regra é a própria lei por meio de disposições transitórias. O revogado Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu no artigo 1.211 onde constou que “ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”. O atual CPC trouxe idêntica redação no artigo 1.046. Todavia, a regra não é obrigatória. A Lei de Falências (Lei 11.101/2005) por exemplo prescreveu que ela não se

⁴⁴¹ BARROSO. Luiz Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 143

⁴⁴² CHIOVENDA. *op. cit.* p. 89.

⁴⁴³ CHIOVENDA. *idem.* p. 89.

⁴⁴⁴ CHIOVENDA. *idem.* P. 95.

aplicaria “aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência” (art. 192).

Todavia, como manifestado por Chiovenda, há uma diferença substancial entre as hipóteses relativas a efeitos do direito material e processual, o que induz a conclusão, somado à tradição legislativa de se tratar a norma processual como de aplicação imediata, que sempre as leis processuais novas serão aplicadas mesmo nos processos pendentes.

É de se frisar que a regra referente a aplicação no tempo não é de alçada unicamente da própria lei. É a Constituição que estabelece parâmetros para a aplicação da lei no tempo, mais precisamente sua retroatividade, quando se diz que a lei está atingindo efeitos futuros de relações jurídicas estabelecidas no passado (direitos individuais), está ocorrendo retroatividade.

Quando a Constituição da República estabelece no artigo 5º, inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” ela estabelece uma garantia contra a retroatividade. Desse modo, “impede que contratos, mesmo aqueles de trato sucessivo, ou quaisquer outros atos jurídicos perfeitos, sejam afetados pela lei nova, tanto no que diz respeito à sua constituição válida, quando no que toca à produção de seus efeitos, ainda que estes se produzam já sob o império da nova lei”.⁴⁴⁵

Segundo Moreira Alves, poderia se classificar a retroatividade em três graus de intensidade: A retroatividade máxima ocorre quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados. “A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos. Enfim a retroatividade é mínima (também chamada de temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor”,⁴⁴⁶ como por exemplo uma norma que reduziu a taxa de juros e se aplicou, a partir da sua data, aos contratos existentes.

Destarte, considerando que a lei processual não afeta nenhum direito subjetivo (ou direito individual protegido constitucionalmente), não prejudica o “direito adquirido, o ato jurídico

⁴⁴⁵ BARROSO. *op. cit.* p. 165.

⁴⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. ADI 493-DF. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. Pub. 04/09/1992

perfeito e a coisa julgada”, pelo menos do ponto de vista do direito constitucional não haveria motivo para que fosse entendida que nos processos pendentes via de regra a nova lei processual fosse aplicada imediatamente.

Por isso se faz imprescindível estabelecer a classificação adequada dos institutos como norma de processo ou como norma de direito material, sob pena de acarretar uma inconstitucionalidade na aplicação do direito intertemporal.

Quanto à responsabilidade patrimonial, é de se ver que considerada esta como de direito material, posição que foi defendida durante todo esse estudo, não se poderia aplicar a regra processual de direito intertemporal que determina a aplicação “desde logo aos processos pendentes”. Outrossim, não seria possível a aplicação do novo regramento da responsabilidade aos processos que forem iniciados após a vigência da nova lei processual.

O entendimento decorre do fato de que sendo a responsabilidade patrimonial instituto de direito material não se poderia permitir nem mesmo a incidência de “retroatividade mínima”, porquanto ofenderia o artigo 5º da Constituição da República. E não poderia ser de outra forma, haja vista que quando o credor e devedor avençam determinada obrigação, o credor em não raro os casos, somente celebra o negócio jurídico, porque sabe de antemão quais os bens do devedor responderiam em caso de inadimplemento.

Se considerar que nos processos ainda não iniciados, com o advento da lei processual nova, continuaria aplicando a norma referente a responsabilidade patrimonial do momento da formação do vínculo obrigacional, como muito mais razão seria a vedação da retroatividade nos casos em que o processo de execução está vigente. Todavia, ao decidir importante questão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que proteção patrimonial do devedor estabelecida com a Lei 8.009/1990, e a conseqüente redução do direito do credor seria aplicada imediatamente.⁴⁴⁷ Impactando, assim, de forma inconstitucional nos efeitos da relação obrigacional.

Outro ponto que se deve considerar sobre o tema é que se a natureza da responsabilidade patrimonial não for de direito material, mas também que não seja de inteiramente enquadrado como instituto processual, e sim bifronte, é de como seria a aplicação intertemporal do instituto.

⁴⁴⁷ STJ. Súmula 205. A lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência.

É de se asseverar que essa concepção bifronte do instituto é lastreado no entendimento de que a responsabilidade patrimonial teria tanto características de direito material como de direito processual. O problema é que sendo de natureza “indefinida” não seria lícito ao aplicador do direito correr o risco de se aplicar o direito intertemporal de forma inconstitucional. Em outros termos, tendo o instituto bifronte também natureza de direito material, conferindo ao credor e devedor direitos subjetivos protegidos constitucionalmente, não se poderia aplicar a regra de direito intertemporal própria do processo, sob pena de se incidir em inconstitucionalidade.

7 – CONCLUSÃO

Iniciou-se o estudo da responsabilidade patrimonial partindo de uma análise constitucional, de modo que se verificou que o credor tem direito assegurado na Constituição da República de ver seu crédito satisfeito. Por outro lado, o devedor também é revestido de garantias mínimas, a qual foi denominado “patrimônio mínimo”. Contudo, essa relação não é apenas entre credor e devedor, pois a perfectibilização dos atos de expropriação deve-se observar a função social da propriedade, assumindo o próprio processo judicial um conceito de função social, a função social do processo.

A análise da relação entre o direito material e o processual mostrou que a dicotomia existente entre ambos é mal formulada, e que a distinção entre um e outro direito é infirmada sem muita dificuldade, o que revela o acerto da doutrina norte americana quando ataca essa dicotomia. Não se pode conceber o direito substantivo sem o processo, da mesma forma não se pode compreender o fenômeno processual sem o direito substantivo.

O processo deve ser visto como agente de transformação, sendo que por ele se enxerga e se constrói o direito material.

Não obstante a ausência de critério distintivo sólido entre direito processual e material, foi possível concluir, mesmo antes de adentrar no estudo do direito das obrigações que a responsabilidade patrimonial possui natureza de direito material. Isso porque se mostrou claro que pela regulação da responsabilidade patrimonial se aumenta, diminui e determina o direito de crédito do credor. Pela normatização da responsabilidade patrimonial se afeta o montante que o credor recuperar judicialmente caso ele ingresse com uma ação.

No tocante à parte do estudo referente ao direito das obrigações buscou-se desvendar a natureza da responsabilidade patrimonial partindo do mesmo ponto que a doutrina italiana. Esta (ou pelo menos parte desta), quando encampou a ideia de que a responsabilidade patrimonial seria instituto de direito processual não enxergava o processo e o direito material como intrinsecamente ligados.

Assim, analisou-se a responsabilidade patrimonial dentro do vínculo obrigacional, bem como algumas normas constantes no ordenamento jurídico que visam a proteção e conservação do patrimônio do devedor (controle de gestão pelo credor). Ao considerar a responsabilidade patrimonial como instituto de direito material, consegue-se conferir mais coerência ao ordenamento jurídico, uma vez que nem mesmo seria necessário prever ações específicas para desconstituir atos do devedor visando fraudar o cumprimento de sua obrigação. Ações como as arresto cautelar em razão do dilapidação ou oneração do patrimônio seriam nada mais que uma forma de tutela inibitória.

Ainda dentro das obrigações não se pode olvidar que se considerada a responsabilidade patrimonial como integrante da obrigação seria possível (pelo menos no plano teórico, caso não exista vedação legal) que as partes do negócio jurídico convençam sobre o aumento ou redução da responsabilidade patrimonial do devedor. Inclusive tal possibilidade seria decorrência do princípio da autonomia privada, onde as partes poderiam entabular uma convenção de acordo com seus propósitos. Tal inferência seria impossível se considerar a responsabilidade patrimonial como norma de processo, uma vez que parte-se da ideia que a responsabilidade somente nasce no momento da ação executiva.

A responsabilidade patrimonial então não poderia ser vista somente do plano processual como sendo uma sujeição do devedor aos atos de agressão do credor. Aliás, esse é apenas um aspecto da questão. A responsabilidade patrimonial também é um direito do devedor, pois saberá de antemão qual parcela de seu patrimônio será objeto do processo executivo. É um direito do devedor, pois, caso o credor, por intermédio do juiz, não poderá expropriar a parte do seu patrimônio que foi protegida pelo ordenamento. Todavia, antes de formado o processo executivo, tanto o devedor como o credor tem conhecimento dessa vinculação do patrimônio ao débito, por isso se mostra difícil compreender, que, algo que todas partes tem conhecimento, e que inclusive o credor tem o poder de conservar, seja considerado como nascido somente após o ingresso do processo executivo.

Dessa confusão conceitual é possível entender o motivo pelo qual a legislador promove a regulação da responsabilidade patrimonial por meio de normas processuais, nomeadamente a penhora e a impenhorabilidade. Faz-se por meio da impenhorabilidade um verdadeiro escudo do devedor, pela normatização da penhora que se perfaz erroneamente a estruturação da

responsabilidade patrimonial, sendo que este expediente nada mais serve que para baralhar o conceito da responsabilidade.

A regulação da matéria ficaria tecnicamente adequada se a responsabilidade patrimonial, assim como ocorre no direito português e italiano, viesse tratada no direito material, e o modo como o credor ataca o patrimônio do devedor, ou melhor, a maneira como o estado-juiz pode sujeitar esse patrimônio pré-definido pela norma material seria regulado pelo processo.

A consequência, todavia, não seria somente considerando o plano organizacional. Compreender a natureza material da responsabilidade patrimonial é de extrema importância para aplicação da Constituição, uma vez que mesma estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). E dessa disposição constitucional extrai-se que seria inconstitucional que uma norma retroaja alterando ou extinguindo direitos individuais (efeitos futuros de negócios constituídos no passado).

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça quando entendeu que a Lei 8.009/1990 se aplicava imediatamente (inclusive para os processos em curso) partiu da compreensão de que a responsabilidade patrimonial era de natureza processual, e que por isso se aplicava imediatamente mesmo para os processos pendentes. Todavia, olvidaram que na formação do vínculo obrigacional o credor tinha como garantia o patrimônio do devedor. Se a situação se invertesse talvez o mesmo Superior Tribunal de Justiça teria tomado outra decisão. Basta imaginar a revogação da Lei 8.009/1990. O devedor que montou um negócio, que fez seu planejamento patrimonial tendo em vista que seu imóvel não poderia responder pela execução, ficaria de um dia para outro desguarnecido. Aí sim ficaria translúcido que a revogação da lei atingiria efeitos futuros de negócios constituídos no passado acarretando numa incontestável inconstitucionalidade.

Portanto, considerando que a responsabilidade patrimonial confere posições (direitos) ativas e passivas tanto ao credor como ao devedor, mostra-se evidente sua natureza material.

8 - BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. vol. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM, Arruda. Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das coisas: (vol. XI, tomo II - arts. 1.196 a 1.224) / Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto (Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Função social da propriedade – Principais controvérsias no novo código civil/Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves, Miguel Reale (coordenadores). São Paulo. Saraiva. 2006.

APEL, Karl-Otto. A ética do discurso como ética da responsabilidade na situação atual do mundo. Trad. Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. Revista da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. vol. 18. n. 1. p.113-121. 1992.

_____. Ética e Responsabilidade: o problema da passagem para a moral pós-convencional. Trad. Jorge Telles Menezes. Instituto Piaget. 2007.

ARAÚJO, Adilson Vieira de. A Penhora na Execução Civil e suas Limitações. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

ARNOLD, Thurman W., The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. Harvard Law Review. vol. 45. p. 617-647. 1932.

ASSIS, Araken de. A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro. Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior / coord. Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Manual da execução. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

AZEVEDO. Álvaro Vilaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/1990. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

BARROSO. Luiz Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Execução - Parte Geral. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. p. 1089-1158. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

BETTI, Emilio. Il concepto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione. in BETTI, Emilio. CARNELUTTI, Francesco. Diritto sostanziale e processo. Milano: Giuffrè Editore. 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999.

BROWN, Stephen. For lack of a better rule: using the concept of transsubstantivity to solve the Erie problem in Shady Grove. University of Cincinnati Law Review. Vol. 80. n. 1. pp. 1-52. 2012.

BRUNO, Ferdinando. Crisi di impresa e responsabilità da fatto illecito delle società alla luce dell'esperienza dei sistemi di common law. 171 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico) - Università degli Studi di Napoli "Federico II" - Facoltà di Economia e Commercio. 2006.

BURINI, Bruno Corrêa. Normas Processuais no Código Civil (e a disciplina da prova legal). Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol 16. p. 92-115. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: JusPodivm. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial). Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 662, p. 58-63. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7a. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. in BETTI, Emilio. CARNELUTTI, Francesco. Diritto sostanziale e processo. Milano: Giuffrè Editore. 2006.

_____. Diritto e processo. Napoli: Morano Editore. 1958

_____. Instituições de processo civil. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. vol. I. Campinas: Servanda, 1999.

_____. Sistema de Direito Processual Civil. Vol. 02. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz. 2004.

CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. Revista de Direito Privado. vol 20. p. 266-279. 2004.

CENDON, Paolo. Commentario al Codice Civile. Milano: Giuffrè Editore. 2009.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

CHAGAS, Carlos Orlandi. Representação da pessoa jurídica e a teoria da aparência. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da universidade de São Paulo. 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. vol I. 2a ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. 1969.

_____. Instituições de direito processual civil. vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. 1965.

_____. Principios de derecho procesal civil. vol 01. Trad. Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus. 2000.

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. Desconsideração da personalidade jurídica. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

COHEN, Jules S. The use of the Florida homestead to defraud creditors. Florida Bar Journal. Dec. 1998. Disponível em: <http://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNJournal01.nsf/c0d731e03de9828d852574580042ae7a/d842b20cc6b2c97585256adb005d6222!OpenDocument&Highlight=0,jules,cohen*> Acesso em 09 set. 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. Lezioni sul processo civile. Vol 02: Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 4. ed. Bologna, Itália: Il Mulino, 2006.

COSTA, Antonio Augusto da. Abuso de direito no Código Civil. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2006.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Trad. Frederico O. Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas. 2006.

COUTURE, J. Eduardo. Interpretação das Leis Processuais. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

COVELLO, Sérgio Carlos. Fontes das obrigações (será a lei uma delas?). Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. vol. 1. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

CRISTHINO, Sergio Batista. A constituição da propriedade no direito abstrato de Hegel. 2010. 86 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Sociologia e Política. Universidade Federal de Pelotas. Pelotas. 2010.

DENTI, Vittorio. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 22-23. p. 251-261. 1975.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. vol. 05. Execução. 2a ed. Salvador: Juspodvum. 2010.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol 01. 12a ed. Salvador: Juspodvum. 2010.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. vol. 02. 5a ed. Salvador: Juspodvum. 2010.

_____. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. Revista de Processo. São Paulo. vol 210. p. 41-56, ago. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol 2. Teoria Geral das Obrigações. 22a ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. Dicionário Jurídico. vol. 04. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade civil e o novo código: contributo para uma revisitação conceitual. Revista dos Tribunais. vol. 850 p. 57-88. Ago/2006.

Duke Law Journal. Comment: Hanna v. Plumer: An Expanded Concept of Federal Common Law — A Requiem for Erie?. Duke Law Journal. pp. 142-165. 1966.

ELGUETA, Giacomo Rojas. L'Autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Roma: Aracne Editrice. 2006.

ENNES, Luis Rodríguez. La "obligatio" y sus fuentes. Revista Internacional de Derecho Romano. RIDROM [on line]. Universidad de Castilla-La Mancha. v. 2. p. 90-126. 2009. p. 102 <<http://www.ridrom.uclm.es>>

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

FERNANDES, João Marcelo Negreiros. La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia brasileña y española. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidad de Salamanca. 2012.

FORST, Rainer. Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo. 2010.

FREITAS, José Lebre de. A Acção Executiva. Depois da Reforma da Reforma. 5. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora. 2011. p. 218.

_____. A Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora. 2006.

_____. O silêncio do terceiro devedor. Revista de Processo. vol. 163. p. 123-160. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. vol. 3. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARNSEY, Peter. Thinking about property: from antiquity to the age of revolution. New York: Cambridge University Press. 2007.

GARRIDO, Pedro Luis Vizcaíno. Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios. 357 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad Carlos III de Madrid. Getafe. 2014.

GIORGIANNI, Michele. La tutela del creditore. In: ALPA, Guido; ZATTI, Paolo. *Lecture di diritto civile*. Padova: CEDAM, pp. 465-478, 1990.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Vol 2. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller. 2003..

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Penhora - Necessidade de Registro - Um novo Direito Real? - A Preferência na hipótese de duas constrições sobre um mesmo bem. *São Paulo: Revista de Processo*. v. 113, p. 304-311, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 01: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2003.

GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas Elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*. vol. 26. p. 30-76. São Paulo. 2006.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. in PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. Trad. PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. São Paulo: Saraiva. 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. 2ª ed. São Paulo: Editora 34. Honneth. 2009.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem econômica*. *Revista de Informação Legislativa*. ano 28. n. 111. jul-set. pp. 05-20. Brasília. 1991.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. *Panóptica (Vitória)*, v. 4, p. 19-41, 2010.

KOCOUREK, Albert. *Substance and Procedure*. *Fordham Law Review*. vol. 10. n. 2. pp. 157-186. 1941.

LACERDA, Galeno. *Direitos Reais*, vol. V: (casos selecionados). Rio de Janeiro: Forense. 2000. MARIOTTI, Alexandre. *Princípio do devido processo legal*. 2008. 132f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro*. *Revista de Direito Privado*. vol. 19. p. 260-269. 2004.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 123

LOPES JUNIOR, Aury. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *A incompreendida concepção de processo como situação jurídica: vida e obra de James Goldschmidt*. *Panóptica (Vitória)*, v. 17, p. 23-48, 2009.

LORENZEN, Ernest G. *Developments in the Conflict of Laws, 1902-1942*. *Michigan Law Review*. vol. 40. n. 6. 1942.

LYNN, Michele Jessica. MAIER, Chris. *Shady Grove Orthopedic Associates, P.A. v. Allstate Insurance Company*. acesso em 17.05.2016 <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/08-1008>>

MAIN, Orin Thomas. *The Procedural Foundation of Substantive Law*. *Washington University Law Review*. vol. 87. n. 4. pp. 800-841. 2010.

MALVEAUX, Suzette. *A diamond in the rough: trans-substantivity of the federal rules of civil procedure and its detrimental impact on civil rights*. *Washington University Law Review*. vol. 92. n. 2 pp. 455-526. 2014.

MANSI, Giovanni. *Patrimonio e patrimoni: Alla ricerca dei confini attuali della responsabilità patrimoniale*. 192 f. Tese (Doutorado em Direito). Università di Bologna. Bologna. Italia. 2014.

MARCUS, David. *Trans-Substantivity and the process of American Law*. *BYU Law Review*. vol. 2013. n. 5. pp. 1.190-1.250. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. Vol 03: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*, pp. 541-574, in: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodvm. 2007.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008

MAZZEI, Rodrigo Reis. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. Função social do direito privado. Coord. NERY, Rosa Maria de Andrade. p. 377-410. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. Apresentação - Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: Alvim, Arruda; Alvim, Thereza (Org.) Comentários ao Código Civil Brasileiro, Vol. I. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

_____. Enfoque processual do art. 928 do Código civil: responsabilidade civil do incapaz. Revista Brasileira de Direito Processual. v. 61, p. 45-70, 2008.

_____. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade no código de defesa do consumidor e no projeto do “novo” Código de Processo Civil. In: BRUSHI, Gilberto Gomes et al. (coord.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. v. 14, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2011.

_____. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. COELHO, José Martônio Alves. BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 1, p. 29-50, jun. 2011.

MIGUENS, Héctor José. Responsabilidad de directores de sociedades en Estados unidos. Estudio sobre el deber de obediencia de los directores. Quaestio Iuris. vol. 07, n. 01, pp 225-252. Rio de Janeiro. 2014.

MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IX (arts. 566-611). Rio de Janeiro: Forense. 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 3a ed. São Paulo: Método. 2011.

NEVES, Renato Ourives. Incompletudes do contrato de opção e soluções à luz do direito empresarial. 2013. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima. 2013.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. Evolução Constitucional da Propriedade. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. pp. 713 - 740. 2011.

OLIVEIRA, Ana Catarina Martins. Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros em caso de lesão corporal. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Minho. Braga. Portugal. 2011.

PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. Fraude à execução. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Vol. IV. Direitos reais. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

_____. Instituições de direito civil. vol. 01. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

PETRASSI, Marco Cristiano. Separazione patrimoniale e autonomia privata. 200 f. Tese (Doutorado em Direito). Università degli Studi di Roma Tre. Milano. Italia. 2008.

PISANI, Andrea Proto. Lezioni di Diritto Processuale Civile. 5ª ed. Napoli, Itália: Jovene Editore. 2006. p. 707.

PRADO, Roberta Nioac. DONAGGIO, Angela Rita Franco. Responsabilidade pessoa dos administradores e sócios por atos praticados em nome da sociedade e desconsideração da personalidade jurídica. Revista Direito GV. vol. 03 n. 01. pp 75-100. São Paulo. 2007.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil como comunicação de autoria. Social Science Research Network - Direito GV Research paper Series. v. 84. p. 01-36, 2014.

RAGONE, Álvaro Pérez. ÁLVAREZ, Oscar Silva. El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente. Revista Ius Et Praxis. Año 15, n. 2. pp. 79-115. 2009

RAGONE, Álvaro Pérez. Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. n. 39, pp. 33-61, Bogotá. 2013.

REDFERN, Jeffrey. Federal “procedural” rules undermine important state interests in Shady Grove Orthopedic Associates, P.A. v. Allstate Insurance Co., 130 S. Ct. 1431 (2010). Harvard Journal of Law & Public Policy. vol. 34. P. 393-403. 2011.

RENÉ, David. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

SCALZILLI, João Pedro. Anotações sobre as origens das sociedades comerciais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 62 p. 129-143. Porto Alegre. 2009..

SCHILMAN, Benito Daniel. Schuld e Haftung. Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias. Lecciones y Ensaos. n. 35. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1967.

SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jurgen Schwabe. Trad. Marcela Anzola Gil. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

SICCHIERO, Gianluca. La responsabilità patrimoniale. Torino: UTET Giuridica. 2011.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. Tratado do Processo de Execução. Vol 01. 2a. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1986.

SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. vol 01. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SILVA, Tatyana Lellis da Matta e. Teoria crítica e luta por reconhecimento: contribuições de Axel Honneth ao debate da justiça e da cidadania. 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciências Sociais. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2012.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A relação entre os planos do direito material e processual na execução de título executivo extrajudicial e a responsabilidade patrimonial. Revista de Processo. vol 213. p. 123-159. São Paulo. RT. 2012.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 3, p. 165-181, 2013.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial e sua tutela judicial à luz do direito fundamental do credor à execução forçada. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2014.

SOUZA, Selma Maria Marques de. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. vol. 6. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 5891-5984. 2013. MONTEIRO, Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol.2 (2005), pp.349-390, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as Regras Heterotópicas de Natureza Processual. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm>> Acesso em: 23 nov. 2013.

TIDMARSH, Jay. Procedure, substance, and Erie. Vanderbilt Law Review. vol. 64. p. 877-924. 2011.

VALLONE, Giuseppe. Esecuzione Forzata e responsabilità patrimoniale del debitore. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Università Degli Studi di Palermo. Palermo. 2014.

VIALARD, Antonio Vázquez. Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. Revista Latinoamericana de Derecho. Año I. n. 1. pp 473-516. Mexico D.F. 2004.

VILANOVA, Lourival Faustino. Causalidade e Relação no Direito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

WALTER, Carlos H. Processo como hermenêutica paradigmática (a partir de Fazzalari, Baracho, Fix-Zamudio, Andolina, Vignera e Rosemiro Leal). Meritum – Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – p. 179-208 – jul./dez. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida. 10a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

ZAHR FILHO, Sergio. Penhora: Exame da técnica processual à luz da realidade econômica e social. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 64.

ZAHR FILHO, Sergio. Penhora: Exame da técnica processual à luz da realidade econômica e social. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 64.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

ZATTI, Paolo. ALPA, Guido. (Org.) *Lecture di Diritto Civile*. Padova (Itália): Cedam. 1990.

ZAVASKI, Teoria Albino. Processo de execução. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.