

MARCELO ABELHA

Manual de
**EXECUÇÃO
CIVIL**

5ª edição

Revista e atualizada



*Atualizado de
acordo com o*

**Novo
CPC**

**Lei 13.105
de 16.03.2015**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

Manual de
EXECUÇÃO
CIVIL



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

MARCELO ABELHA

Manual de
EXECUÇÃO
CIVIL

5ª edição
Revista e atualizada



Rio de Janeiro

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2015 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Brenno Stolagli Teixeira / Rodrigo Lippi
Produção digital: Geethik
- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

A122m

Abelha, Marcelo

Manual de execução civil / Marcelo Abelha. – 5.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ISBN: 978-85-309-6462-7

1. Execuções (Direito). 2. Processo civil. I. Título.

15-21389

CDU: 347.95

À minha mãe,
Maria de Lourdes Abelha Rodrigues,
a melhor pessoa que já conheci.

É a própria personificação do amor, do carinho,
da paciência, da simplicidade, da gratidão e da humanidade.

Num mundo de bilhões de pessoas, tive sorte, muita sorte,
de ser seu filho. O que de melhor há em mim, é você.

Eu te amo, além do infinito, além do tempo, além da alma.

A MORTE... E A VIDA

Dizem que a única certeza da vida é a morte.

É o paradoxo do antônimo.

Só existe feio, por causa do bonito.

Tristeza, por causa da alegria.

Nervosismo porque existe tranquilidade.

Se a vida fosse eterna, não existiria morte.

Porém, o pior da morte não é porque um dia ela chega, avisando ou sem avisar.

Normalmente, ela dá previamente o seu cartão de visita, ronda o ambiente, causa comoção e emoção. Aliás, não sei o que é pior, se chega sem avisar ou se avisa antes.

Para quem ela dá as mãos, é “melhor” que se vá sem aviso prévio, e pior para aqueles que ficam.

Mas, quando ela avisa antes, quando prepara o terreno, quando anuncia que está chegando... é pior para quem com ela vai, pois, como num aviso prévio, ela mata antes, como se fosse um maldito conta-gotas mortal, que consome cada milímetro de vida que resta em cada segundo.

Sim, a morte não mata apenas quem vai, mas também quem fica órfão de quem ela carrega.

A morte é prima da saudade. E, às vezes, a saudade é tanta e tão forte que convida a morte a reaparecer. E aí, a maldita aparece na tristeza do

sentimento de falta... de ausência. Saudade não deve ser tristeza, mas nostalgia e felicidade, senão, traz a morte.

Se eu pudesse, eu mataria a morte, só para ela ver como ela dói em quem fica e também em quem com ela vai.

E mataria, cruelmente, com conta-gotas de vida, até ela ficar bem clara, iluminada como o sol, colorida como um arco-íris e muito alegre e feliz.

Sim... a vida deve ser metáfora de felicidade, de alegria, de prazer, de sorriso. Deve-se comemorar a vida como se fosse a antimorte, aproveitando-se tudo que a vida nos dá. Para tanto, basta estar vivo.

O sorriso do filho, o beijo da esposa, simplesmente dormir e acordar, ou, então, comer açaí gelado, tomar um *Chicabon*, sonhar, andar contra o vento, contemplar o mar não são coisas comuns. Não mesmo. São... vida! Lembre-se de que um dia você não os terá graças a tal da maldita morte.

E, sinceramente, como não sabemos quando ela chega, é melhor celebrar a vida todos os dias. Quer um conselho?! Use o conta-gotas da vida. Quer ver como se usa?

“– Bom-dia, amor! Você está linda! Deita aqui no meu peito e vamos assistir a um filme.”

– Oi filho, me dá um abraço. Me dá sua mão e vamos caminhar...”

(um dos dez textos que escrevi enquanto aguardava na sala de espera o resultado da biopsia do miserável câncer maligno de minha mãe, em maio de 2014)

Marcelo Abelha

NOTA DO AUTOR À 5ª EDIÇÃO

A 5ª edição deste livro coincide com um marco histórico no Direito Processual Civil Brasileiro. Aprovado no final de dezembro de 2014, o Novo Código de Processo Civil foi publicado em 17 de março de 2015, tendo um prazo de *vacatio legis* de um ano.

Assim, esta edição do *Manual de Execução Civil* foi concebida de acordo com as regras do Novo CPC, e, com muito orgulho e hercúleo esforço, apresento ao contraditório para o meu querido público leitor.

Como de praxe, tentamos ser concisos e didáticos, como *manda* um Manual, sem, contudo, perder a *profundidade*, como sempre procuro ter nos meus escritos.

Sobre os novos temas da execução no Novo CPC, há muito que se discutir, muito sobre o que pesquisar e debater, afinal, estamos na *fumaça da pólvora* de um novo Monumento Legislativo de Direito Processual, que era tão ansiado por todos os operadores do direito processual.

Portanto, esta 5ª edição do *Manual*, que orgulhosamente apresento pelo Grupo Editorial Nacional, é um ponto de partida para essas discussões, aprimoramentos e contraditório saudável e necessário para a evolução do tema. Como sempre, conto com o contraditório de vocês, meus amigos leitores.

Espero reencontrá-los, brevemente, numa 6ª edição.

Abraços,

Abelha (marceloabelha@cjar.com.br)

Vitória-ES, maio de 2015.

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

SUMÁRIO

PARTE I – ASPECTOS GERAIS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EXECUTIVA

Capítulo I – O devido processo legal e a execução civil

1. Devido processo legal: garantia da parte e fator de legitimação do Estado democrático de direito
2. Devido processo legal e tutela executiva
3. Devido processo legal, tutela executiva e proteção dos valores do exequente e do executado
4. Devido processo legal, tutela executiva e postura do magistrado

Capítulo II – Tutela jurisdicional executiva no CPC

1. As crises jurídicas e a atividade jurisdicional
2. A configuração da atividade jurisdicional executiva no Código de Processo Civil
3. O Estado liberal e sua influência no CPC/1973
4. Os fundamentos e os fins do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)
 - 4.1 Razões sociais e jurídicas justificadoras de um Novo Código de Processo Civil
 - 4.2 A crise do Poder Judiciário e o NCPC

- 4.3 O Novo CPC e a aproximação com a *common law*
- 4.4. Obrigacionalização da tutela executiva pelo CPC
- 5. A técnica processual executiva
 - 5.1 Os módulos processuais executivos (fase ou módulo processual e processo autônomo)
 - 5.2 Os procedimentos executivos (espécies de procedimentos)
 - 5.3 Os provimentos executivos (meios de sub-rogação e meios de coerção)
 - 5.4 Atos executivos em espécie
 - 5.4.1 Penhora e avaliação de bens penhorados
 - 5.4.2 Adjudicação, apropriação de frutos e rendimentos e arrematação do bem penhorado
 - 5.4.3 Meios de coerção (multa etc.)
 - 5.4.4 As diversas classificações da atividade executiva
 - 5.4.4.1 Execução provisória e execução definitiva
 - 5.4.4.2 Execução específica e genérica
 - 5.4.4.3 Execução direta e indireta
 - 5.4.4.4 Execução singular e coletiva
 - 5.4.4.5 Execução universal (coletiva) e execução singular (individual)

Capítulo III – Princípios processuais da execução civil

- 1. Considerações iniciais
- 2. Princípio da livre-iniciativa (inércia da jurisdição civil)
- 3. Princípio da disponibilidade da execução civil
- 4. Princípio do desfecho único

5. Princípio da atipicidade dos meios executivos
6. Princípio do menor sacrifício possível
7. Princípio da especificidade da execução
8. Princípio da responsabilização do exequente pela execução indevida
9. Princípio do contraditório na execução civil
10. Princípio da probidade das partes na execução civil
11. Princípio da subsidiariedade do Livro I da Parte Especial às regras executivas contidas no Livro II da Parte Especial e do CPC e vice-versa

Capítulo IV – Execução civil e responsabilidade patrimonial

1. Introdução: débito e responsabilidade
2. Natureza substancial da responsabilidade patrimonial
3. Responsabilidade patrimonial: caráter subsidiário da execução
4. Responsabilidade patrimonial, execução por expropriação e execução real
5. Momento de formação da responsabilidade patrimonial
 - 5.1 A responsabilidade patrimonial no CPC
 - 5.2 Origens do dispositivo
 - 5.3 Devedor
 - 5.4 Responde com todos os seus bens
 - 5.5 Bens presentes e futuros e o terceiro adquirente
 - 5.6 A expressão “para o cumprimento de suas obrigações”
6. Responsabilidade patrimonial e limitação à propriedade do devedor
7. Garantia patrimonial geral e garantia real

8. Responsabilidade patrimonial sobre bens que não mais pertencem ao devedor no momento de instauração da atividade jurisdicional cognitiva ou executiva
9. Tutela judicial da responsabilidade patrimonial
10. Individualização patrimonial e remédios repressivos
11. As fraudes contra o credor e contra a execução: hipóteses e tutela jurídica
 - 11.1 Direito de propriedade do devedor e tutela jurídica da responsabilidade patrimonial
 - 11.2 O ato ilícito da fraude sob a perspectiva dos sujeitos envolvidos
 - 11.3 Técnicas de prevenção e remoção do ilícito (fraude à responsabilidade patrimonial) e técnica de proteção do terceiro
 - 11.3.1 A tutela jurídica
 - 11.3.2 A tutela preventiva
 - 11.3.3 A tutela de remoção do ilícito – ação pauliana
 - 11.3.4 A tutela de remoção do ilícito – fraude à execução
 - 11.4 Art. 792, I
 - 11.5 Art. 792, II e III
 - 11.6 Art. 792, IV
 - 11.7 Desconsideração da personalidade jurídica e fraude à execução
 - 11.8 Fraude à execução e embargos de terceiro
 - 11.9 Nos demais casos expressos em lei
12. Bens sujeitos à execução e bens sujeitos à responsabilidade patrimonial

- 12.1 Apresentação do tema
 - 12.2 Bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória
 - 12.3 Do sócio, nos termos da lei
 - 12.4 Do devedor, ainda que em poder de terceiros
 - 12.5 Do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida
 - 12.6 Alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução
 - 12.7 A alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores
 - 12.8 Do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica
13. Impenhorabilidade
- 13.1 Interpretação dos casos de impenhorabilidade
 - 13.2 Impenhorabilidade absoluta e relativa
 - 13.3 O rol do art. 833 do CPC
 - 13.4 Impenhorabilidade do bem de família (residencial) previsto na Lei 8.009/1990
 - 13.5 Bens relativamente impenhoráveis
14. O fiador e o benefício de ordem

Capítulo V – Título Executivo

- 1. Introito
- 2. Título executivo e devido processo legal
- 3. Crise jurídica, norma jurídica concreta e título executivo

4. O “intrínseco” e o “extrínseco” do título executivo
5. A eficácia executiva e abstrata
6. Classificação: título judicial e extrajudicial
7. Títulos executivos híbridos
8. Aspecto formal e material do título executivo
 - 8.1. O elemento material: a norma jurídica concreta
9. O rol do art. 515 do CPC e outros títulos judiciais
 - 9.1 A sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (art. 515, I, do CPC)
 - 9.2 A decisão homologatória de autocomposição judicial (art. 515, II) ou extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III)
 - 9.3 O formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal
 - 9.4 O crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, os emolumentos ou os honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial
 - 9.5 Sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 515, VI, do CPC)
 - 9.6 A sentença arbitral
 - 9.7 Sentença estrangeira homologada pelo STJ e a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 515, VIII e IX)
10. O rol do art. 784 do CPC

- 10.1 O rol do art. 784 e a tipicidade dos títulos executivos extrajudiciais
- 10.2 Título executivo extrajudicial e eficácia abstrata
- 10.3 Art. 784, I (cheque, nota promissória, letra de câmbio, duplicata e debênture)
- 10.4 Art. 784, II (escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor); art. 784, III (o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas); art. 784, IV (o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal)
- 10.5 Contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução (art. 784, V)
- 10.6 Contrato de seguro de vida em caso de morte (art. 784, VI)
- 10.7 Crédito decorrente de foro e laudêmio (art. 784, VII)
- 10.8 Crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio (art. 784, VIII)
- 10.9 A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei
- 10.10 O crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas em Convenção de Condomínio ou aprovadas em Assembleia-Geral, desde que documentalmente comprovadas (art. 784, X)

10.11 A certidão expedida por serventia notarial ou de registro, relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei

10.12 Títulos executivos previstos fora do Código de Processo Civil

11. Algumas reflexões sobre o art. 785 do CPC (que permite a parte buscar a tutela cognitiva mesmo sendo portadora de título executivo extrajudicial)

Capítulo VI – Inadimplemento e execução civil

1. Crise de adimplemento e execução
2. Crise de adimplemento: a mora e o “inadimplemento”
3. Inadimplemento como requisito necessário da tutela executiva (art. 786 do CPC)
4. Inadimplemento e exigibilidade
5. Exigibilidade e contraprestação nos contratos bilaterais
6. Exigibilidade e obrigações sujeitas a condição ou termo

Capítulo VII – A relação processual executiva

1. Considerações preliminares
2. A relação processual executiva
 - 2.1 A tessitura da relação processual executiva
 - 2.2 Pressupostos processuais
 - 2.3 A competência na execução
 - 2.4 A finalidade da relação processual executiva
 - 2.5 Procedimentos executivos
3. Cumulação de execuções

4. Tutela de urgência na execução
5. Suspensão da relação processual executiva
 - 5.1 Noções preliminares
 - 5.2 Causas suspensivas e impeditivas da execução
 - 5.3 Hipóteses de causas impeditivas da execução
 - 5.3.1 Ausência de bens a penhorar (art. 921, III, do CPC)
 - 5.3.2 Prestação de caução no cumprimento provisório da sentença (art. 521, IV)
 - 5.3.3 Penhora sobre ação e direito do devedor (penhora no rosto dos autos – art. 860 do CPC)
 - 5.3.4 Concurso particular de credores e exequentes (arts. 908 e 909 do CPC)
 - 5.4 Hipóteses de causas suspensivas da execução
 - 5.4.1 Efeitos da suspensão
6. Extinção da execução
 - 6.1 Extinção do “processo” de execução
 - 6.2 A sentença no processo de execução
 - 6.3 O rol do art. 924 do CPC
 - 6.3.1 Art. 924, I (a petição inicial for indeferida)
 - 6.3.2 Art. 924, II (a obrigação for satisfeita)
 - 6.3.3 Art. 924, III (o executado obtiver, por qualquer meio, a extinção total da dívida)
 - 6.3.4 Art. 924, IV (o credor renuncia ao crédito)
7. Remição da execução
 - 7.1 Conceito e generalidades

- 7.2 Remição da execução e institutos afins
- 7.3 Tipos de remição da execução
- 8. Recursos na execução

Capítulo VIII – A demanda executiva

- 1. Execução civil com ou sem demanda (formal) executiva
- 2. Condições da demanda executiva
- 3. Elementos da demanda executiva
- 4. Litispendência
- 5. Coisa julgada

PARTE II – O PROCEDIMENTO DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO

Capítulo I – Regras gerais do cumprimento de sentença

- 1. Introdução
- 2. Disposições gerais do cumprimento de sentença
 - 2.1 As regras processuais aplicáveis
 - 2.2 Cumprimento de sentença e provocação do interessado
 - 2.3 A intimação do executado
 - 2.4 O exequente e o executado no cumprimento de sentença
 - 2.5. A sentença que decide relação jurídica sujeita a condição ou termo
 - 2.6 Dos títulos executivos judiciais
 - 2.7 Da competência no cumprimento de sentença
 - 2.8 O protesto da decisão judicial transitada em julgado
 - 2.9 A validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos e a objeção do executado

2.10 Tutela provisória, liquidação de sentença e cumprimento de sentença

Capítulo II – Cumprimento da sentença das obrigações de fazer e não fazer

1. Considerações sobre a tutela das obrigações de fazer e não fazer no CPC
2. Obrigações ou deveres de fazer e não fazer?
3. Breves considerações sobre as *obrigações de fazer e não fazer*
 - 3.1 A identificação do fazer e não fazer
 - 3.2 Obrigações fungíveis e infungíveis
4. A conversão em perdas e danos
5. O resultado prático equivalente
6. O cumprimento de sentença e o processo de execução das obrigações de fazer e não fazer e a prioridade da tutela *in natura*
 - 6.1 O cumprimento de sentença das obrigações de fazer e não fazer
 - 6.1.1 Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer e não fazer – A pretensão à tutela específica
 - 6.1.2 O dano e o ilícito e sua tutela específica
 - 6.1.3 A obrigação de prestar declaração de vontade
 - 6.1.4 As técnicas de efetivação (medidas necessárias) da tutela específica
 - 6.1.5 A multa do art. 537 do CPC

Capítulo III – Processo de execução das obrigações de fazer e não fazer

1. Considerações gerais
2. O início do processo de execução

3. Prazo para cumprimento voluntário da obrigação
4. A opção pelas perdas e danos
5. Procedimento da execução das obrigações fungíveis
6. Execução das prestações infungíveis
7. “Execução” das obrigações de emitir declaração de vontade
8. Execução das obrigações de não fazer previstas nos arts. 822 e 823 do CPC

Capítulo IV – Cumprimento da sentença das obrigações de entrega de coisa

1. Generalidades
2. O intercâmbio entre o cumprimento e a sentença para obrigação de fazer e não fazer e para a entrega de coisa
3. A obrigação de entrega de coisa
4. Entrega de coisa certa e coisa incerta
5. Entrega de coisa e devido processo legal
6. As obrigações de entrega de coisa e a utilização dos meios de coerção previstos no art. 536
7. A obrigação de entrega de coisa também é forma de tutela específica
8. Art. 498 e art. 538 e a obtenção da tutela específica
9. Art. 538: mandado de cumprimento da obrigação (*caput*) e parágrafo único
10. Art. 538, § 3.º: expressa referência de aplicação das técnicas dos arts. 536 e 537
11. O direito de retenção deve ser exercitado na contestação, e não em impugnação do executado

Capítulo V – Processo de execução das obrigações de entrega de coisa

1. Introdução
2. Natureza pessoal ou real da execução de entrega de coisa
3. Entrega de coisa *certa e incerta*
4. Procedimento para entrega de coisa certa
 - 4.1 Postulação
 - 4.2 A expedição do mandado executivo
 - 4.3 Os embargos do executado
 - 4.4 Alienação da coisa pelo executado
 - 4.5 Conversão da execução específica para pagamento de quantia (perdas e danos)
5. Procedimento do processo de execução para a entrega de coisa incerta
6. Aplicação subsidiária do art. 538 ao procedimento executivo dos arts. 806 e ss.
7. Embargos de retenção por benfeitorias

Capítulo VI – Aspectos gerais da tutela executiva da obrigação de pagar quantia

1. Execução por quantia certa e expropriação forçada
2. Expropriação e poder de império do Estado
3. Configuração da execução por quantia certa no Código de Processo Civil
4. Técnicas executivas expropriatórias (instrumentais e finais) previstas no Código de Processo Civil
5. A escolha das técnicas executivas finais na execução por expropriação

Capítulo VII – Cumprimento Provisório da Sentença

1. Generalidades
2. Conceito e regime jurídico da execução provisória (cumprimento provisório da sentença)
 - 2.1 Considerações preliminares
 - 2.2 Postulados e diretrizes (regras materiais) da execução provisória (cumprimento provisório da sentença)
 - 2.2.1 Responsabilidade objetiva por dano processual (art. 520, I, do CPC)
 - 2.2.2 O efeito retroativo da indevida execução provisória (cumprimento provisório da sentença)
 - 2.2.3 Prestação de caução nos casos de levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado
 - 2.2.4 A dispensa da caução do inc. IV do art. 520
3. O procedimento da execução provisória (cumprimento provisório da sentença)
4. Cumprimento provisório da sentença, suspensividade da execução e oposição do executado
5. Preclusão de execução definitiva

Capítulo VIII – Cumprimento definitivo de sentença para pagamento de quantia

1. Considerações gerais
2. O início da fase de cumprimento de sentença
 - 2.1 Inércia e requerimento executivo

- 2.2 A condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa
- 2.3 Honorários advocatícios no cumprimento de sentença
- 2.4 A multa de 10%
- 2.5 O demonstrativo discriminado e atualizado do crédito
- 2.6 A indicação de bem à penhora/avaliação
3. O adimplemento provocado pelo devedor antes do cumprimento de sentença

Capítulo IX – Processo de execução para pagamento de quantia

1. Introdução
2. O ajuizamento da petição inicial
3. A formação da relação executiva: a citação do executado e o arresto dos bens na execução fundada em título extrajudicial
4. Atitudes do executado no procedimento executivo para pagamento de quantia fundada em título extrajudicial

Capítulo X – Da penhora

1. Conceito e natureza jurídica
2. Nomeação à penhora
 - 2.1 Aspectos gerais
 - 2.2 Nomeação à penhora e seus incidentes
3. Efeitos da penhora
 - 3.1 Efeitos materiais
4. Objeto da penhora
5. Forma de realização da penhora
6. Intimação da penhora

7. Modificações da penhora
 - 7.1 Modificações quantitativas e qualitativas (art. 847 do CPC)
 - 7.2 Modificações qualitativas (substituições) excepcionais do objeto da penhora
8. Penhoras especiais
 - 8.1 Penhoras de créditos e outros direitos patrimoniais
 - 8.2 Da penhora de ativos financeiros
 - 8.2.1 Considerações iniciais
 - 8.2.2 O dinheiro em espécie ou em aplicações financeiras
 - 8.2.3 O caráter absoluto do dinheiro na ordem de preferência do art. 835, I, do CPC
 - 8.2.4 A substituição do dinheiro por fiança bancária e seguro garantia judicial
 - 8.2.5 Execução de crédito com garantia real e a suposta preferência da penhora sobre o bem dado em garantia
 - 8.2.6 Penhora de dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira
 - 8.2.6.1 Aspectos gerais
 - 8.3 Da penhora de empresa, de outros estabelecimentos e semoventes
 - 8.4 Da penhora de percentual de faturamento de empresa
 - 8.5 Penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel
9. Da avaliação
 - 9.1 Generalidades
 - 9.2 Avaliação no CPC

- 9.3 A avaliação e a execução por quantia certa
- 9.4 Avaliação como ato executivo e como prova pericial
- 9.5 O avaliador
- 9.6 Requisitos para a nomeação do avaliador especializado
- 9.7 Prazo para a entrega do laudo
- 9.8 O art. 871 – hipóteses em que não se procede à avaliação por oficial de justiça
 - 9.8.1 Avaliação do bem penhorado e avaliação por oficial de justiça
 - 9.8.2 Estimativa da parte
 - 9.8.3 Cotação do bem penhorado por órgão oficial
 - 9.8.4 Veículos automotores e outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação
- 9.9 O art. 872 – a forma de avaliação do bem penhorado
 - 9.9.1 Aspectos gerais
 - 9.9.2 A forma de realização da avaliação pelo oficial de justiça e pelo avaliador nomeado pelo juiz
 - 9.9.3 O conteúdo da avaliação
 - 9.9.4 Imóvel que admitir divisão
- 9.10 A nova avaliação
 - 9.10.1 Generalidades
 - 9.10.2 Arguição do defeito da avaliação
 - 9.10.3 Tipos de incorreções arguíveis

- 9.11 Avaliação e modificações da penhora
- 9.12 A avaliação e a sua relação com a expropriação do bem penhorado
 - 9.12.1 Generalidades
 - 9.12.2 Avaliação e adjudicação
 - 9.12.3 Avaliação, expropriação e preço vil
 - 9.12.4 Avaliação e expropriação de imóvel de incapaz
 - 9.12.5 Avaliação e expropriação de imóvel de coproprietário ou cônjuge alheio à execução
 - 9.12.6 Avaliação e o efeito suspensivo nas oposições do executado (impugnação e embargos)
 - 9.12.7 Remição do bem penhorado pelo valor da avaliação

Capítulo XI – Atos de expropriação dos bens do executado

- 1. Introdução
- 2. Adjudicação do bem penhorado
 - 2.1 A adjudicação do bem penhorado e resultado prático equivalente
 - 2.2 Adjudicação e pagamento ao credor
 - 2.3 Momento para requerer
 - 2.4 Bens móveis ou imóveis
 - 2.5 Procedimento e legitimação para requerer a adjudicação do bem penhorado
 - 2.6 Adjudicação, oposição do executado e ação anulatória
- 3. Alienação por iniciativa particular
- 4. Alienação em leilão público

- 4.1 Considerações gerais
- 4.2 Edital
 - 4.2.1 Considerações gerais
 - 4.2.2 O que deve constar no edital
 - 4.2.3 A publicidade do edital
- 4.3 A arrematação
 - 4.3.1 Conceito
 - 4.3.2 A arrematação como ato processual executivo
 - 4.3.3 Legitimados à arrematação
 - 4.3.4 O ato de arrematar
 - 4.3.5 O auto de arrematação
 - 4.3.6 A arrematação de bens imóveis indivisíveis e de incapaz
 - 4.3.7 Desfazimento da arrematação
 - 4.3.8 A carta de arrematação
 - 4.3.9 Efeitos da arrematação
 - 4.3.10 Arrematação e evicção
 - 4.3.11 A entrega do dinheiro resultante da arrematação
- 4.4 Apropriação de frutos e rendimentos de bem penhorado
 - 4.4.1 Características
 - 4.4.2 A entrega do dinheiro
 - 4.4.3 A iniciativa para a decretação da apropriação de frutos e rendimentos de bem móvel e imóvel
 - 4.4.4 Momento
 - 4.4.5 A decretação da penhora para a apropriação de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel

4.4.6 O objeto

4.4.7 O procedimento

5. Concurso de credores e/ou exequentes

5.1 Introdução

5.2 Natureza jurídica

5.3 Concurso de exequentes *versus* concurso de credores no processo de insolvência

5.4 Duas ou mais penhoras sobre o mesmo bem

5.5 O exercício do direito de preferência

5.6 Objeto

5.7 Legitimidade

5.8 Procedimento

6. A satisfação do crédito

Capítulo XII – Cumprimento de sentença e processo de execução contra a Fazenda Pública: cumprimento de sentença (provisório e definitivo) e o processo de execução

1. Introdução

2. Regimes executivos especiais envolvendo a Fazenda Pública

3. Razão do regime especial dos “precatórios” contra a Fazenda Pública

4. Características do procedimento executivo previsto no art. 100 da CF/1988 c/c os arts. 534 e 910 do CPC

4.1 Execução fundada em título judicial ou extrajudicial

4.2 O regime jurídico dos precatórios

5. Procedimento do cumprimento de sentença por quantia contra a Fazenda Pública

6. Cumprimento provisório da sentença para pagamento de quantia contra a Fazenda Pública
7. Procedimento do processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública

Capítulo XIII – Cumprimento de sentença e processo de execução para pagamento da prestação alimentícia

1. Introdução
2. O crédito alimentar (conceito, classificação e características)
3. Alimentos e a relação jurídica material
 - 3.1 *Ratio essendi* da relação jurídica material alimentícia
 - 3.1.1 Parentesco
 - 3.1.2 Matrimônio
 - 3.1.3 Voluntários
 - 3.1.4 Ressarcitórios (ato ilícito)
4. Execução da prestação alimentícia
 - 4.1 Considerações gerais
 - 4.2 Cumprimento de sentença da prestação de alimentos e a aplicação subsidiária ao processo de execução
 - 4.3 Técnicas executivas aplicáveis à execução da prestação alimentícia
 - 4.3.1 Introito
 - 4.3.2 O desconto em folha
 - 4.3.3 Constituição de capital para pagamento de indenização por ato ilícito
 - 4.3.4 A técnica da prisão civil
 - 4.3.4.1 Noções preliminares

- 4.3.4.2 Competência para decretar a prisão civil
- 4.3.4.3 Decretação da prisão
- 4.3.4.4 Alimentos pretéritos e prisão civil
- 4.3.4.5 Prazo e regime jurídico da prisão
- 4.3.4.6 Do protesto do título judicial
- 4.3.4.7 O procedimento do cumprimento de sentença e do processo de execução
- 4.3.4.8 As técnicas do procedimento comum para pagamento de quantia (penhora e demais atos expropriatórios)
- 4.3.4.9 A conduta procrastinatória do executado e o crime de abandono material

PARTE III – INCIDENTES E PROCESSOS INCIDENTAIS CONEXOS À EXECUÇÃO

Capítulo I – Liquidação de Sentença

1. Introdução
2. Liquidação e norma jurídica (quase) concreta
3. Liquidação e princípio da estabilidade da demanda
4. O objeto da liquidação
5. Liquidação pela individuação do objeto (art. 324, I)
6. Liquidação do valor (*quantum*)
7. Liquidação nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos

8. Liquidação: processo incidente ou questão processual incidental
9. A liquidação de sentença dos arts. 509 e ss. do CPC
 - 9.1 Considerações gerais
 - 9.2 O julgamento da liquidação: antijuridicidade e dano
 - 9.3 Espécies de liquidação
 - 9.4 Procedimento do incidente processual de liquidação
 - 9.5 Legitimidade
 - 9.6 Competência
 - 9.7 Procedimento
 - 9.8 Contumácia na liquidação
 - 9.9 Defesa
 - 9.10 Liquidação e recursos

Capítulo II – Oposições do executado

1. Apresentação do tema: as posições jurídicas das partes e a atividade jurisdicional
2. O demandado na execução
3. As oposições típicas e atípicas do executado no cumprimento de sentença e no processo de execução
4. A impugnação do executado no CPC
5. Os embargos do executado no CPC
6. Os embargos à execução e a impugnação do executado: processo incidental e incidente processual
7. Natureza jurídica dos embargos do executado
8. Natureza jurídica da impugnação do executado
9. A pretensão nos embargos do executado

10. A “pretensão” na impugnação do executado
11. Embargos do devedor e embargos de terceiro
12. Embargos do devedor e impugnação do executado: distinções
13. Classificações genéricas aplicáveis aos embargos e à impugnação do executado
14. Requisitos de admissibilidade dos embargos e da impugnação do executado
 - 14.1 Interesse processual
 - 14.1.1 Os limites da cognição e adequação do pedido à via eleita
 - 14.1.2 O prazo nos embargos e na impugnação do executado
 - 14.2 Legitimidade das partes nos embargos e na impugnação do executado
 - 14.2.1 Nos embargos do executado
 - 14.2.2 Na impugnação do executado
15. Competência nos embargos e na impugnação do executado
16. Pagamento da quantia e preclusão lógica para opor-se à execução
17. Fundamentos (causa de pedir) a serem opostas pelo executado
 - 17.1 Impugnação do executado
 - 17.1.1 A taxatividade do rol
 - 17.1.2 Falta ou nulidade da citação se o processo correu à revelia
 - 17.1.3 Ilegitimidade de parte
 - 17.1.4 Inexigibilidade ou inexecuibilidade do título (art. 525, § 1.º, III)

- 17.1.5 Penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 525, § 1.º, IV)
- 17.1.6 Excesso de execução ou cumulação indevida de execuções (art. 525, § 1.º, V)
- 17.1.7 Qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença
- 17.1.8 Impugnação à adjudicação e à arrematação (art. 903, § 2.º)
- 17.2 Embargos do executado
 - 17.2.1 A amplitude de fundamento dos embargos à execução
 - 17.2.2 Embargos de retenção por benfeitorias
- 18. A suspeição e o impedimento
- 19. Os embargos e a impugnação contra a execução por quantia contra a Fazenda Pública
- 20. Efeito suspensivo nas oposições do executado
 - 20.1 O surgimento do efeito suspensivo *ope judicis*
 - 20.2 Características gerais do efeito suspensivo aplicáveis às oposições do executado (impugnação e embargos)
 - 20.3 Efeito suspensivo: requisitos
 - 20.4 Efeito suspensivo e contracautela prestada pelo exequente
 - 20.5 Julgamento dos embargos do executado e efeito do recurso
- 21. Procedimento dos embargos do executado
- 22. Procedimento da impugnação do executado

Capítulo III – Embargos de terceiros

1. Processo e terceiros
2. Atos judiciais constritivos e terceiros
3. Escorço histórico no direito pátrio
4. Conceito
5. Natureza jurídica
6. O conceito de terceiro
7. Elementos da demanda
8. Prazo dos embargos de terceiro
9. Competência
10. Procedimento
11. O procedimento comum subsidiário
12. Liminar em embargos de terceiro
13. Recurso de apelação
14. Fraude contra credores e fraude à execução
15. Compromisso de compra e venda e embargos de terceiros

Parte I

**Aspectos gerais da atividade
jurisdicional executiva**

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL
E A EXECUÇÃO CIVIL**

**1. DEVIDO PROCESSO LEGAL: GARANTIA DA
PARTE E FATOR DE LEGITIMAÇÃO DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹**

Já tivemos oportunidade de dizer em outra obra, quando cuidamos dos princípios do processo civil, que o “devido processo legal” é raiz de todos eles, de onde nascem os princípios estruturantes do exercício da função jurisdicional. Assim, a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o juiz natural, o direito de acesso à prova etc. nada mais são do que desdobramentos do “devido processo legal”, que, quando exercitados no processo, culminam no que se chama de “processo justo ou tutela jurisdicional justa”. Portanto, justa é a tutela jurisdicional que consegue pôr em prática todos os princípios do devido processo legal, com o adequado equilíbrio entre eles, de forma a alcançar um resultado que possa ser tido como “justo”.

Contudo, o processo (relação jurídica processual em contraditório animada por um procedimento) é dinâmico, caracterizando-se por colocar em confronto interesses conflitantes qualificados por pretensões resistidas ou insatisfeitas. Exatamente por isso – considerando o antagonismo das

pretensões – é que se reconhece não ser tarefa fácil, senão o contrário, fazer com que o processo seja adequado para que justa seja a tutela jurisdicional.

Quase que intuitivamente pode-se dizer, à primeira vista, que o processo será justo se a tutela jurisdicional que por via dele foi prestada deu razão a quem a tinha, enfim, se o resultado final foi outorgado ao litigante que, no plano ideal de justiça, era realmente quem tinha o direito.

Assim, dar razão a quem a tem é o primeiro aspecto que faz cristalizar a ideia de um processo justo. Entretanto, sabe-se que a tutela justa não é vista apenas no papel, senão porque aí inclui não só o direito de receber a tutela, mas, especialmente, de poder usufruí-la em condições mais próximas possíveis daquelas que se teria caso não tivesse ocorrido a crise jurídica que teve de ser debelada no Poder Judiciário. Ratificando, pois, tutela justa é aquela que reconhece e permite a fruição do direito ao litigante que seja dela merecedor.

Entretanto, ficaria ainda uma pergunta: seria justa essa tutela (segura e efetiva) ofertada a qualquer custo? Passando por cima do contraditório, sem ampla defesa, com “injusto sacrifício do litigante perdedor”? Enfim, seria legítima, “ou justa mesmo”, uma tutela concedida àquele que tem razão e por ele fruída, mesmo sabendo que tal tutela foi concedida passando-se por cima de direitos e garantias processuais e sacrificando a liberdade de expressão dentro do processo? Ora, certamente que não. E é aí que entra a outra face do conceito de “tutela justa”. Tutela justa ou justa tutela é aquela prestada mediante um devido processo legal, com adequação de meios e resultados, seja sob a ótica do autor ou do réu, ou melhor, independentemente de *quem* venha a mostrar-se como o titular da tutela a ser prestada.

Apenas pelo exercício mental intuitivo percebemos que o devido processo legal, precursor que é de uma tutela justa (processo e tutela – meio e fim – instrumento e resultado), deve ser visto e realizado em concreto sob dois pontos de vista diferentes, mas que se complementam. De um lado,

coloca-se o devido processo legal (e todos os princípios que formam o seu conteúdo) na retaguarda do jurisdicionado, visto como um poderoso, único e insubstituível instrumento que deve estar à sua disposição para preservar e garantir a proteção de seu patrimônio (vida/propriedade/liberdade) mediante a exigência de um processo justo. De outro lado, a outra face do devido processo legal repousa na retaguarda do exercício da função jurisdicional estatal, visto como um fator de legitimação democrática da atuação do Estado e garantia do demandado.

Com isso, percebe-se que o devido processo legal é, a um só tempo, fator de legitimação que deve pautar a atuação do Estado e fator de libertação do cidadão em um Estado democrático de direito.

Pelo que foi exposto, percebe-se que a tutela jurisdicional justa deve trazer em si embutida a marca do devido processo legal, no sentido de que a função estatal seja praticada legitimamente e que o jurisdicionado tenha liberdade e condições de impor-se na formação do resultado do processo.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL E TUTELA EXECUTIVA

Fazendo a transposição do que foi dito sobre o “processo justo e o devido processo legal” e procurando aplicar tais proposições aos diferentes tipos de tutela jurisdicional ofertados pelo ordenamento jurídico para debelar crises jurídicas da sociedade (conflitos de interesses), vê-se que o modelo processual dialético destinado a revelar (formular) a norma jurídica concreta muito se distingue daquele outro em que a função jurisdicional precípua é tornar real e eficaz no mundo dos fatos o direito declarado no processo de conhecimento. Essa modalidade de tutela jurisdicional, conhecida como “tutela executiva”, está diretamente relacionada – e quase sempre restrita² – às crises de cooperação, quando a atuação da norma concreta³ se faz mediante a realização de sanções que incidem sobre o mundo dos fatos, com ou sem a colaboração do vencido que, até então,

recusou-se a cooperar cumprindo o dever ou obrigação representados no título executivo.

Retomando o que foi dito, verifica-se que a atuação da norma jurídica concreta (realização do direito declarado) existe apenas nas crises de cooperação, em que a satisfação do direito declarado depende da sua realização no mundo dos fatos, com intuito de se obter, dentro do *máximo* possível, o mesmo resultado prático que se teria caso a cooperação do sujeito passivo tivesse ocorrido. Como essa cooperação espontânea é cada vez mais rara em países de Terceiro Mundo, como o nosso, mais comuns são as crises de atuação da norma concreta – crises que ensejam a tutela executiva.⁴

Nessa modalidade de atuação da função jurisdicional, obviamente o desenho do modelo processual não é o mesmo daquele que se destina à formulação da norma concreta. É que no modelo cognitivo, como o nome mesmo já diz, espera-se um amplo e irrestrito contraditório e todos os consectários que daí resultam, como a cognição exauriente, ampla defesa, irrestrito direito probatório etc., justamente porque a finalidade maior desse modelo processual é apenas “formular a norma jurídica concreta”, ou, vulgarmente falando, “dar razão a quem tem razão”, tanto que o julgamento pode ser de *procedência* ou *improcedência* do direito reclamado. Assim, nada mais justo e lógico do que a dialeticidade imanente, intrínseca mesmo, do procedimento cognitivo. Entretanto, tratando-se não mais de “declarar”, mas de “efetivar” o direito declarado, certamente a premissa a ser tomada como parâmetro e referência pelo órgão jurisdicional é outra diametralmente oposta: será preciso satisfazer o direito revelado na norma jurídica concreta.

Então, se a etapa ou o módulo processual⁵ a ser utilizado na obtenção da tutela cognitiva admite um desfecho duplo (“procedência ou improcedência”) como formas normais de exaurimento da tutela jurisdicional, o mesmo não se diga do módulo processual utilizado para

satisfazer a norma concreta, posto que este é preparado para ser de desfecho único – “a satisfação do direito do exequente” –, sendo anormal qualquer outra forma de exaurimento desse módulo processual que não seja a de declaração de satisfação do direito do exequente.

Destarte, nem poderia ser diferente, afinal de contas o módulo executivo, normalmente posterior ao cognitivo,⁶ é impulsionado pelo muitíssimo provável do direito do exequente revelado em um título executivo.

Observe e frise-se que o módulo processual executivo pressupõe um suposto e muito provável direito do exequente estampado em uma norma jurídica concreta, a qual recebe a alcunha de título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial.

Assim, justamente porque se presta a um desfecho único, com atos concatenados para esse fim, é que se mostra aprioristicamente inidôneo o uso de meios processuais para discutir o suposto direito do exequente ali mesmo dentro do módulo executivo.⁷ Fosse possível isso, não se teria uma tutela preponderantemente executiva. Isso não significa, contudo, dizer que não existe contraditório no módulo processual executivo, mas apenas que, uma vez reconhecida a condição de executado, o contraditório fica reduzido à imposição de limites e verificação da regularidade da atividade executiva propriamente dita. Enfim, qualquer outra discussão acerca da existência, liquidez e exigibilidade do direito exequendo deve estar adstrita a uma etapa processual cognitiva, que no Código é feita por via da ação de embargos do executado, ou pela impugnação incidental, tratando-se, respectivamente, de execução fundada em título extrajudicial e cumprimento de sentença (título judicial).

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL, TUTELA EXECUTIVA E PROTEÇÃO DOS VALORES DO EXEQUENTE E DO EXECUTADO

Não obstante o papel realizador da tutela executiva, engana-se quem imagina que no módulo processual executivo existe uma diminuição do devido processo legal, senão porque o fenômeno é exatamente o inverso. É justamente em uma tutela executiva que o “devido processo legal” (fator legitimante da atividade estatal e fator de libertação do cidadão) ganha maior e mais importante relevo, justamente em razão da sensibilidade que a situação jurídica requer.

Não se pode perder de vista que na tutela jurisdicional executiva há, de um lado, o executado e, de outro, o exequente, ou, mais precisamente, alguém com direito constitucional à obtenção da efetiva e justa tutela contra alguém que quer preservar ao máximo a sua liberdade e patrimônio. Para temperar a relação de “poder e sujeição” que tipificam claramente a tutela executiva, há de se levar em conta as regras imperativas do “devido processo legal”. É que, se em um lado da balança o processo deve ser justo (devido processo), para dar a efetividade merecida ao direito do exequente, no outro existe o executado, que terá o seu patrimônio invadido ou a sua liberdade cerceada para satisfazer o crédito do exequente. Também aí deverá estar presente o devido processo legal, pois é ele que garantirá o justo equilíbrio e razoabilidade do poder estatal sobre o patrimônio do executado, evitando que a tutela executiva vá além daquilo para o qual ele serve ou deveria servir e, assim, impedindo que o devedor saia com o seu patrimônio desnecessariamente arrasado após a realização das medidas executivas.

Quando a desigualdade das posições jurídicas ocupadas pelos litigantes é clara e evidente, certamente deve ser maior o rigor e a proteção contra abusos, bem como mais efetivas e prontas as armas contra tais excessos. Repisa-se, o devido processo legal deve, rotineiramente, sob os dois flancos já comentados, ser milimetricamente aplicado na tutela executiva, de forma que satisfaça o direito do exequente com o menor sacrifício possível do executado.

4. DEVIDO PROCESSO LEGAL, TUTELA EXECUTIVA E POSTURA DO MAGISTRADO

Registre-se, ainda, um elemento de ordem axiológica e histórica que é decisivo para se compreender como deve pautar-se a função jurisdicional executiva. Com a substituição do Estado liberal pelo Estado social, houve mudança do comportamento do Estado-juiz, que passou a “atuar”, em vez de ficar “inerte”, sob o manto de uma “neutralidade”. Se antes a sua atuação, mesmo na execução, era milimetricamente medida, regulada, discriminada e seguia a regra da tipicidade da atividade a ser exercida, hoje a regra não é mais assim, pois, com a mudança de paradigma, o Estado liberal cedeu lugar ao Estado social e passou a ter um papel ativo, participativo e atuante, de forma a privilegiar o respeito e a credibilidade à jurisdição, no sentido de que o Estado deve dar a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Enfim, se antes, em um Estado liberal, o direito de propriedade deveria ter superlativa proteção e intocabilidade, outorgando ao executado todas as maiores e possíveis oportunidades de retardar ou evitar a expropriação (ou cerceamento da liberdade), hoje já não é mais assim.

Atualmente, privilegia-se a jurisdição e busca-se a credibilidade da justiça. Nesse passo, as regras processuais liberais, individuais e privatistas limitadoras da intervenção do Estado na propriedade alheia (limitação da própria atividade executiva), com definições estanques sobre o que o juiz pode e o que não pode fazer, quais os passos, quais os remédios, qual o ato presente e o respectivo ato futuro, tudo de forma a se ter um máximo de previsibilidade e objetividade possível, hoje dão lugar às interpretações razoáveis do magistrado, com ampla liberdade de escolha de meios e fins executivos que sejam adequados a uma situação posta em juízo. Além disso, tenta-se desburocratizar o processo, permitindo uma cooperação mais rente das partes na solução do litígio, inclusive por intermédio dos negócios processuais.

Seria como dizer que hoje não existem regras fixas, gerais e abstratas relativamente aos meios executivos, tendo-se em vista a diferença abissal entre as pessoas e respectivos conflitos que levam ao Poder Judiciário. Precisam ser tratados desigualmente, na exata proporção das suas desigualdades, mesmo na tutela executiva.

Assim, desde que haja a real possibilidade de controle dos excessos jurisdicionais, hoje se deve dar valor à sensibilidade do magistrado, para que este a aplique no caso concreto, encontrando o justo equilíbrio entre os interesses conflitantes na tutela executiva (sopesando a garantia contra o excesso *versus* o direito à satisfação do exequente e respeito à decisão judicial). Enfim, chama-se e reforça-se a ideia de um juiz ativo, participativo, que dialogue com as partes e aplique a lei no caso concreto, realizando a execução sem perder de vista as peculiaridades de cada caso concreto. Deve o juiz efetivar o princípio da cooperação estampado em diversos princípios do CPC.

A tendência na tutela executiva hoje é de que o juiz seja um verdadeiro protagonista da tutela jurisdicional, atuando sempre em busca da solução justa, o que implica satisfazer o exequente sem que isso represente o arraso completo do executado. Longe de ser uma peça estática perdida no tabuleiro dinâmico do processo, o magistrado de hoje tem, com fulcro na CF/1988, o dever de driblar a burocracia da técnica processual para atuar com sua plenitude o devido processo.

Nessa linha de raciocínio, o novo Código de Processo Civil de 2015 introduziu diversas modificações na execução civil, imprimindo ao juiz poderes para realizar de fato o devido processo legal na execução, seja sob a perspectiva do exequente, seja do executado. Nessa toada, não impor a concretização do devido processo executivo (*giusto processo*) é burlar o sistema e atentar contra a tutela jurisdicional justa.

Nesse choque entre o interesse do exequente em ver satisfeita a tutela jurisdicional e do executado e em fazer com que essa satisfação seja a

menos onerosa possível para o seu patrimônio é que se colocam a ponderação e a razoabilidade (o justo equilíbrio) como critérios insuperáveis na efetivação da tutela jurisdicional executiva.

Esse juízo de valor e ponderação do magistrado – de questionar em cada caso concreto os limites da ativação executiva – não precisa ser feito em todos os atos do processo executivo, obviamente, mas sim nas seguintes hipóteses: (i) quando o legislador outorgou-lhe dose de subjetivismo jurídico para preencher conceitos jurídicos indeterminados em cada caso concreto; (ii) quando a regra processual executiva encontra-se superada e contrária ao devido processo legal (tutela justa), o que acontece muito quando a norma abstrata já não espelha o fato social como ele realmente é, ou então quando a carga ideológica e axiológica que motivou a emolduração daquela regra encontra-se vencida pela evolução dos tempos. Claro que nessa hora todo cuidado é pouco, tendo-se em vista a natural abstração que rege o mundo dos princípios, porque senão esta pode ser uma porta de entrada do despotismo e arbitrariedade, tudo sob a falsa veste do devido processo legal.

É certo que o Novo Código de Processo Civil (NCPC), atento a essa necessidade, fez questão de fincar como premissas principiológicas de todo o direito processual, e aí compreendida a tutela satisfativa, a necessidade de um contraditório real, da cooperação entre os sujeitos do processo, da busca concreta de uma duração razoável, da ética processual para todos os sujeitos que nele atuam, do incremento dos poderes do juiz na busca da solução lépida e justa do conflito etc., tal como se pode ver no Livro I, título único, capítulo I, do NCPC.

¹ Alexandre Freitas Câmara. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV; Cassio Scarpinella Bueno. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 2001; Crisanto Mandrioli. *Corso di diritto processuale civile*. 12. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998. v. III; Enrico Tullio Liebman. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963; Italo Andolina. *Cognizione e esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983; Luigi Montesano; Giovanni Arieta. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1999. v. III; Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004; Marcelo Lima Guerra. *Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; Ovídio Baptista da Silva. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997; Salvatore Satta. *Esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè, 1967; Sergio La China. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice de Procedura Civile*. Torino: Giuffrè, 1970; José Roberto dos Santos Bedaque. *Direito e processo (influência do direito material sobre o processo)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros; José Alberto dos Reis. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1943. v. I e II; Sérgio Shimura. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997; Sergio Iochina. *L'esecuzione forzata*. Giuffrè, 1970. v. I; Leonardo Grecco. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I; José Miguel Garcia Medina. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004; Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000; Araken de Assis. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002; Araken de Assis. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; Cassio Scarpinella Bueno. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I; Ernane Fidélis dos Santos. *Manual do direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. II.

² O art. 515, I, atribuiu eficácia executiva não só às sentenças condenatórias, mas também a todas as declaratórias que reconhecerem a exigibilidade da obrigação de pagar, entregar coisa ou fazer e não fazer, nas hipóteses do art. 20 do CPC.

³ Em título judicial (provisório ou definitivo) ou extrajudicial.

⁴ Sobre o tema, ver Teori Albino Zavascki. *Título executivo e liquidação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

- ⁵ Usou-se a expressão “módulo processual” para englobar tanto os processos de execuções autônomas quase sempre fundados em títulos extrajudiciais como também aqueles em que a execução é apenas uma fase de um processo único (que engloba cognição e execução), ao qual o CPC denomina de *cumprimento de sentença*.
- ⁶ Nas execuções de títulos extrajudiciais, a cognição é posterior e eventual ao início da tutela executiva, e é realizada por intermédio dos embargos do executado.
- ⁷ Temos sustentado, *de lege ferenda*, ainda que contrariamente à determinação do art. 525, que a impugnação do executado deveria formar um procedimento lateral apartado ao procedimento executivo, tenha ou não sido atribuído o efeito suspensivo à referida oposição apresentada. Tal método (apensada em apartado) em nada retiraria a intenção do legislador de simplificar a *defesa do executado*, mas por outro lado tornaria mais organizado, sistemático e de mais fácil o manuseio pelo operador do direito, sem contar que não estaria misturando nos autos do cumprimento da sentença (atividade executiva) os atos de execução com os de cognição.

**TUTELA JURISDICIONAL
EXECUTIVA NO CPC**

**1. AS CRISES JURÍDICAS E A ATIVIDADE
JURISDICIONAL¹**

Se pretendêssemos reduzir todos os tipos de conflitos de interesses a três categorias, certamente estas se enquadrariam nas seguintes modalidades de crises jurídicas: certeza, situação jurídica e cooperação (adimplemento, descumprimento). A crise de certeza constitui um conflito de interesses tipificados pela necessidade de se obter do Poder Judiciário uma certeza jurídica acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou excepcionalmente sobre a autenticidade ou falsidade de um documento. Já a crise de situação jurídica constitui-se em um conflito de interesses tipificado pela necessidade de se obter do Poder Judiciário uma situação jurídica nova, que represente uma mudança jurídica da situação anterior que se encontrava em conflito. Já a crise de cooperação (adimplemento ou descumprimento) configura-se em modalidade de crise tipificada pela necessidade de se alcançar do Poder Judiciário o cumprimento da norma jurídica descumprida (cooperação ou adimplemento).

Uma vez vedada a autotutela, e permanecendo o conflito de interesses, certamente essas crises jurídicas desembocarão no Poder

Judiciário, para que este possa, então, resolvê-las de forma justa e efetiva, trazendo a sonhada paz social. Nesse passo, o método que o Poder Judiciário utiliza para alcançar esse resultado é justamente o “processo”, visto aqui como uma “simples” ferramenta ou método que permite revelar e depois atuar a norma jurídica concreta (resultado do encaixe da norma abstrata ao fato).

Sendo o processo *a* ferramenta imprescindível para dar legitimidade e legalidade à revelação da norma concreta, enfim, para permitir e justificar a atuação do Poder Judiciário, certamente deve ofertar técnicas apropriadas para atingir a finalidade para a qual existe.

Essas técnicas podem ser identificadas e aglutinadas, didaticamente, em técnicas processuais de procedimentos, de provimentos e de “processos” diferentes.² Aqui, a *palavra* processo refere-se, na verdade, ao tipo predominante de função jurisdicional exercida pelo Estado para debelar determinado tipo de crise jurídica. Assim, é possível que exista um processo (módulo ou tipo de técnica processual) de conhecimento (tutela cognitiva), outro executivo (tutela executiva) e outro sumário, em que ambos os tipos, cognitivo e executivo, se mostram presentes (tutela sumária).

Certamente, o tipo de procedimento, de provimento ou de “processo” será distinguido de acordo com as exigências do próprio direito material. Ora, situações de urgência exigem um tratamento diferenciado em relação às situações não urgentes. O mesmo se diga da tutela processual relativa a direito de família, que implica o uso de técnicas processuais diversas das que são utilizadas para a tutela de direitos patrimoniais. O mesmo tratamento diferenciado existe quando se está diante de tutela de uma pretensão obrigacional e uma pretensão real, e assim sucessivamente.

Esse aspecto de “adequação do instrumento ao objeto pretendido no plano do direito material” deveria fazer com que os tipos de processos e procedimentos desembocassem em um tipo de provimento que fosse diretamente solucionador da crise jurídica.

Assim, os provimentos deveriam ser efetivos, porquanto seriam capazes e aptos para debelar os conflitos de interesses. Entretanto, se é verdade que essa relação de efetividade existe para os provimentos constitutivos e declaratórios – que são efetivos porque capazes de resolver prontamente as crises de situação e certeza jurídica –, o mesmo não se diga quando se está diante de “crises de cooperação” (adimplemento, descumprimento).

É que, em relação ao provimento declaratório e constitutivo, a simples revelação da norma jurídica concreta é, por si só, suficiente para debelar a crise de certeza e de situação jurídica.

Já com relação à crise de cooperação (descumprimento, adimplemento), o Direito, especialmente o direito processual, tem dificuldades para pacificar esse tipo de conflito, justamente porque a mera revelação da norma jurídica concreta não é bastante para pôr fim ao conflito de interesses. É preciso ir além. É necessário partir da norma jurídica concreta declarada para a sua atuação no mundo dos fatos. Raros são os casos de devedores, que diante de uma sentença condenatória que lhes seja imposta, decidem cumpri-la espontaneamente. Nem mesmo a *multa* legislativa do artigo 523 do CPC conseguiu alterar esse quadro de desprezo do devedor para com as sentenças condenatórias.

Enquanto as normas jurídicas concretas constitutivas e declaratórias independem do comportamento do vencido para se efetivarem, não é o que se passa com a norma jurídica concreta revelada a partir de uma crise de cooperação. Como o próprio nome já diz, é mister que a norma concreta atue no mundo dos fatos, de forma a obter o resultado que se teria caso a cooperação (adimplemento, cumprimento) tivesse sido espontaneamente realizada. Portanto, há aí um momento posterior à revelação da norma jurídica concreta oriunda de crise de adimplemento, que é justamente a realização fática de seu comando declarado. É preciso, portanto, realizar no

mundo dos fatos, ou “la legge ai fatti” (do direito ao fato), como já disse Carnelutti.

Esse é o ponto de estrangulamento maior do direito processual no tocante à resolução das crises de cooperação.

A existência desses dois momentos – “revelar e atuar” a norma jurídica concreta – separa a atividade (função) jurisdicional cognitiva da executiva.³

A “primeira”, nitidamente marcada por um procedimento em contraditório, dialético, dialógico, cooperativo em que as partes e o juiz atuam de forma participativa com a finalidade de identificar (revelar) a norma jurídica concreta. Enfim, dar razão a quem tenha razão.

A “segunda” atividade – a executiva –, restrita às crises de cooperação, tem como ponto de partida e pressuposto a própria norma jurídica concreta que já foi previamente revelada. Tal atividade, ao contrário da anterior, é marcada por um contraditório reduzido, porque sua finalidade é satisfazer, atuar, efetivar, realizar no mundo fático o direito declarado na norma concreta. Por intermédio dessa atividade, o Poder Judiciário substitui ou estimula (sub-rogação ou coerção) a vontade do executado, atuando a norma jurídica concreta. Esta é, pois, a atividade jurisdicional executiva. Independentemente de onde esteja inserida no CPC, a atividade jurisdicional executiva caracteriza-se pela finalidade de satisfazer o direito revelado no título executivo. Não será um novo nome, um novo rótulo, que será capaz de transformar a essência da atividade satisfativa.

2. A CONFIGURAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EXECUTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O nosso Código de Processo Civil de 2015 substituiu um Código de 1973, que possuía franca inspiração nos modelos liberais e individualistas do Código austríaco e alemão. Já o NCPC tem franca inspiração nos

modelos legislativos posteriores à redemocratização alemã, sendo clara e evidente a inserção da *Constituição Federal (e seus valores) como lente e filtro de qualquer atividade do Estado (legislativa, judiciária e executiva)*. O NCPC passou a reconhecer nela, na CF/1988, uma eficácia que antes não lhe era dada, havendo o que a doutrina denominou, a nosso ver, sem um rigor muito técnico, de superação do modelo positivista para um pós-positivista. Um neoprocessualismo, fruto de um neoconstitucionalismo.

Dessa forma, vê-se que esse fenômeno de entronização da Constituição Federal para o centro do ordenamento jurídico, sendo filtro necessário para o nascimento e aplicação de uma norma, que deve sempre estar vinculada a realização dos direitos fundamentais e princípios fundantes da Carta Maior, fez com que o NCPC fosse deslocado do seu papel central e deixasse de ser, ele mesmo, a referência primária na aplicação das regras de direito processual. É, pois, necessário ler as técnicas do processo civil sob a lente constitucional, e não por acaso os 11 primeiros artigos do código nada mais fazem do que explicitar os princípios do processo civil na Constituição Federal, e, de forma categórica, o artigo primeiro do CPC determina que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código”.

O CPC está dividido em duas partes: uma geral e outra especial. A parte geral é dividida em seis Livros, a saber:

- ✓ Livro I – Das normas processuais civis
- ✓ Livro II – Da função jurisdicional
- ✓ Livro III – Dos sujeitos do processo
- ✓ Livro IV – Dos atos processuais
- ✓ Livro V – Da tutela provisória
- ✓ Livro VI – Da formação, suspensão e extinção do processo

Já a parte especial está dividida em quatro Livros:

- ✓ Livro I – Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença
- ✓ Livro II – Do processo de execução
- ✓ Livro III – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação às decisões judiciais
- ✓ Livro Complementar – Das disposições finais e transitórias

À primeira vista, portanto, acredita-se que todas as regras referentes à *atividade jurisdicional executiva* estariam concentradas no Livro II da Parte Especial do CPC, intitulado “Do processo de execução”. Entretanto, isso não é verdade, pois no Livro I da Parte Especial existem as regras de *cumprimento de sentença*, que nada mais são do que *atividade jurisdicional executiva* para satisfação de título executivo judicial. No entanto, também se engana quem acredita que estancam-se aí as regras atinentes à atividade jurisdicional executiva no CPC, pois em diversos outros dispositivos vamos encontrar princípios e regras que categorizam a atividade executiva, por exemplo, nos dispositivos atinentes aos poderes do juiz (art. 139, IV), efetivação da tutela provisória (art. 295) etc.

É certo que a maior parte de dispositivos e técnicas relativos à atividade executiva está concentrada no Livro II da Parte Especial, e certamente que deverá ser emprestada quando se mostrar necessária a sua utilização (v.g., regras relativas à penhora eletrônica) para a realização do cumprimento de sentença. Foi pensando nesse intercâmbio entre o Livro II com o Livro I e vice-versa que o legislador previu a mão dupla entre eles.

Segundo o art. 513 do CPC, “O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código”. E, por sua vez o art. 771 é ainda mais categórico ao iniciar o Livro II da Parte Especial (do processo de execução) ao dizer que:

Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.

Assim, clarificando o que foi dito, a atividade jurisdicional executiva no CPC pode ser desenhada e simplificada da seguinte forma, usando inclusive a terminologia adotada pelo legislador:

1) Execução fundada em título extrajudicial: faz-se mediante o uso do processo de execução autônomo, nos termos do Livro II da Parte Especial do CPC, aplicando, sempre que necessário e de ofício pelo juiz, as regras técnicas executivas previstas no Livro I da Parte Especial destinada ao *cumprimento de sentença*. Por sua vez, a execução fundada em título extrajudicial contida no Livro II da Parte Especial pode ser assim esgalhada:

Parte Especial – Livro II

Título I (da execução em geral)

Título II (das diversas espécies de execução)

- ✓ Execução para a entrega de coisa (arts. 806-813)
- ✓ Execução das obrigações de fazer e não fazer (arts. 814-823)
- ✓ Execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 824-909)
- ✓ Execuções especiais
 - Execução contra a Fazenda Pública (art. 910)
 - Execução de alimentos (arts. 911-913)
 - Execução por quantia certa contra devedor insolvente (art. 1.050). “Art. 1050. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que

venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Parte Especial – Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença):

- ✓ Do cumprimento de sentença para pagamento de quantia, assim dividido:
- ✓ Do cumprimento *provisório* da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (arts. 520-522)
- ✓ Do cumprimento *definitivo* da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (arts. 523-527)
 - Do cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (arts. 528-533)
 - Do cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública (arts. 534-535)
- ✓ Do cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa
 - Da obrigação de fazer e não fazer (arts. 536-537)
 - Da obrigação de entrega de coisa (art. 538)

O desenho exposto adotado pelo CPC formulado merece algum reparo:

- ✓ seja porque não houve previsão, em nenhum momento de uma genuína execução de título extrajudicial de obrigação de não fazer (abstenção ou tolerância);
- ✓ seja porque manteve a regra dos Códigos anteriores de não criar uma técnica diferenciada para a satisfação de direitos reais (conservou a terminologia de que todo exequente é um *credor* e todo executado é um *devedor*, o que não é correto);

- ✓ seja também porque quando a tutela jurisdicional executiva recai sobre uma situação de urgência, pouco importa que o título seja judicial ou extrajudicial, ao passo que o Código só prevê a tutela na primeira hipótese.

Nessas hipóteses, seja o título extrajudicial ou judicial, e, quanto a este, seja ele provisório (liminar ou antecipação da tutela) ou definitivo (sentença que contempla uma situação de urgência), a regra será a adoção do procedimento executivo sem a necessidade de processo autônomo de execução, seguindo, nesse particular, as regras do art. 297 do CPC que assim diz: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”. A principiologia é o do *cumprimento provisório da sentença*, mas a técnica executiva a ser adotada pelo juiz não foi delimitada pelo legislador. Basta que seja adequada à tutela do direito, valendo-se de critério razoável e proporcional, não devendo ser descartada a atipicidade mencionada no art. 139, IV, do CPC.

3. O ESTADO LIBERAL E SUA INFLUÊNCIA NO CPC/1973

Em uma visão absolutamente simplista, as normas jurídicas se bipartem em normas que regulam comportamentos sociais (hipotéticas) e normas de organização (que fixam atribuições, categóricas). Tomando por objeto as primeiras, tem-se que de toda e qualquer norma desse tipo podem-se extrair dois aspectos fundamentais: a) todas elas reproduzem um recorte abstrato de uma situação de fato extraída da experiência social; e b) há, sobre esse recorte abstrato do fato previsto, a influência dos valores que o legislador quer proteger por meio da referida norma. Assim, considerando que boa parte das normas jurídicas abstratas do direito processual civil

regula situações jurídicas subjetivas (normas de comportamento), que se desenvolvem no curso de uma relação jurídica processual em movimento, é certo que todas essas regras jurídicas abstratas são informadas e formadas por princípios vigentes e adotadas pelo sistema jurídico como um todo.

A adoção confessada do modelo liberalista extraído dos diplomas processuais europeus (*vide* a exposição de motivos do CPC/1973, Capítulo III), notadamente o austríaco e o alemão, construídos sob as luzes políticas da metade do século XIX, fez com que o recém-revogado CPC de 1973 tivesse um assumido e inconfundível perfil típico de um Estado liberal.

Isso implica dizer que o CPC de 1973 adotou uma política estatal liberal e, portanto, não intervencionista. E, ao acolher o eixo liberal, o CPC de 1973 trouxe para si todas as características marcantes desse modelo estatal. Recorde-se que o Estado liberal foi construído em pilares ideologicamente contrários ao Estado precedente, para atender aos reclames da nova ordem social e econômica que pôs fim ao absolutismo. Impulsionados pela necessidade de valorizar a propriedade e a liberdade dos cidadãos, e a partir daí a igualdade e o acúmulo de riquezas, a característica mais marcante de um Estado liberal é justamente o papel não intervencionista do Estado. Como se disse, o temor de um “retorno” absolutista, da invasão da propriedade e do cerceamento da liberdade praticamente obrigou uma política não intervencionista do Estado liberal.

No Código de 1973, a atuação do juiz é um dos aspectos mais afetados pelo Estado liberal, pois, sendo o magistrado um representante do Estado, sua voz e sua razão, certamente deveriam ser uma extensão do próprio perfil estatal. Por isso, quanto menos ativista, participativo e atuante fosse o juiz, mais estaria cumprindo o seu papel. Só poderia se manifestar se fosse provocado nos casos e formas legais (dispositivo), pois se entendia que dessa forma estaria resguardada a igualdade formalmente prevista na lei, estaria protegida a propriedade, pois cada um era livre para dispor dos seus próprios interesses. Mais do que isso, os pedidos e as provocações

deveriam ser interpretados restritivamente (art. 295 do CPC 1973), com estrita observância e correspondência entre o que foi pedido e o que poderia ser dado (art. 463 do CPC de 1973).

Em matéria de provas, por exemplo, no revogado CPC de 1973 o juiz não deveria, senão subsidiariamente, buscar esclarecimentos probatórios, pois se entendia que as “provas” eram figuras atinentes e à livre disposição das partes, daí por que vêm incrustadas dentro de um dispositivo que as coloca como regidas pelo ônus processual.

Do ponto de vista da atividade jurisdicional executiva, as restrições à “liberdade” e “ativismo” judicial eram ainda mais visíveis, porque tal atividade significava, antes de tudo, uma permissão de invasão estatal no patrimônio das pessoas, e, por isso mesmo, toda cautela e rigidez deveriam ser tomadas para evitar o retorno de um Estado absolutista. Assim, na tutela executiva do CPC de 1973, as regras ali previstas emprestavam ao juiz uma função muito próxima de um autômato, em um método de trabalho minudente, rígido e sem poucas variações; enfim, com margem de liberdade quase nenhuma. Nesse passo, destacava-se a adoção, em 1973, do princípio da “tipicidade de meios executivos”, ou seja, todas as modalidades de obrigações descreviam o procedimento executivo a ser adotado, inclusive com o tipo de medida executiva a ser empregada, sem qualquer margem de liberdade do magistrado no cumprimento da tutela executiva.

É claro que o CPC de 1973 sofreu várias reformas, especialmente após o texto constitucional de 1988, tendo implementado mudanças importantes, inclusive na tutela executiva (a saber, as Leis 8.952, 10.444, 11.232, 11.383), que quebraram de certa forma a rigidez liberal do Código, permitindo inclusive uma atuação mais ativa do juiz em situações antes inimagináveis. Um exemplo disso, que envergou o dogma do princípio dispositivo, foi o cumprimento de sentença *ex officio* das obrigações de fazer e não fazer, prevista no antigo art. 464, § 5.º, do CPC.

Outro aspecto que já havia sido quebrado no CPC de 1973 pelas reformais processuais pós-CF/1988 foi a existência de processo autônomo para exercício da tutela jurisdicional executiva. Desde tais reformas, iniciadas com a criação dos arts. 275 (Lei 8.952/1994) e 464 (Lei 10.444/2002), já não mais existia a autonomia processual da atividade (função) jurisdicional. É que, a partir de então, cumprida a tendência simplificadora e menos formalista, suprimiu-se, inclusive, a autonomia formal do processo cautelar incidental e dos processos de execução de título judicial, permitindo que tais tutelas fossem prestadas, respectivamente, dentro do processo principal e em uma fase subsequente à revelação da norma concreta. Apenas excepcionalmente existiria o processo cautelar autônomo incidental e o processo de execução (judicial) autônomo.

A necessidade de preservar a “liberdade” e a “propriedade individual” conduziu drasticamente o legislador processual, na época do Estado liberal, a privilegiar ao máximo a segurança jurídica, evitando que a intervenção do Estado na liberdade e propriedade fosse feita de qualquer forma ou, em outras palavras, sem um mínimo de segurança, previsibilidade e, principalmente, sem provocação expressa do poder jurisdicional para esse desiderato. Nesse passo, a tutela executiva talvez fosse – e sem dúvida era – a modalidade de tutela que mais amedrontava a sociedade existente em um estado liberal, pois representava um permissivo legal de invasão da propriedade privada e cerceamento da liberdade, ou seja, um intervencionismo estatal direto, com poder de coação, tudo permitido pela lei. Ora, como na filosofia liberal a intervenção estatal era uma exceção à regra, então todas as cautelas e restrições legais precisavam ser tomadas para evitar a ofensa aos valores mais sagrados do Estado liberal.

Assim, partindo desse pensamento, em 1973 sacramentou-se a regra de um processo formalmente autônomo para o exercício da tutela executiva, pois este seria um método racional de adotar um modelo seguro e conservador de controle da atividade jurisdicional. Nessa toada, o CPC de

1973 adotou o princípio da inércia na atividade jurisdicional executiva, de forma que qualquer devedor estaria absolutamente certo e seguro de que só teria a sua esfera patrimonial atingida pela execução se e quando o Estado-juiz fosse explicitamente provocado para tal fim.

Mas não é só, pois no CPC de 1973 a concentração de atos executivos em um só processo dava, indubitavelmente, a segurança de que qualquer ato executivo só poderia ocorrer dentro da cadeia processual executiva típica, com regras bem delimitadas, evitando surpresas ao executado. Ademais, a existência de um processo autônomo de execução permitia esmiuçar as regras do procedimento executivo, deixando o juiz quase sem mobilidade para atuar na função executiva. Portanto, a contraface da função executiva a que se destina o processo de execução era, no CPC de 1973, a certeza que tinha o executado de que só teria cerceada sua liberdade e propriedade se isso se desse por intermédio de um processo de execução, após o estrito cumprimento de regras ali mesmo previstas. Por incrível que pareça, tinha-se aí muito mais uma garantia para o executado, do que propriamente para o exequente.

Outro aspecto muito importante do CPC de 1973, que foi tipificador do modelo liberal por ele adotado, era a *tipicidade dos meios executivos*.

Ora, sendo a atividade executiva uma função jurisdicional que substitui e estimula a vontade do executado para atuar à vontade concreta da lei, tem-se aí uma autorização normativa para que o Estado, ao mesmo tempo que impede a autotutela, se veja compelido a entrar na esfera patrimonial do indivíduo, visando atuar à norma jurídica concreta.

Todavia, para “controlar” e “delimitar” a atuação e interferência do Estado na liberdade e propriedade, o CPC/1973 previa, além da segurança de que o Estado só atuaria se fosse provocado –, a tranquila regra, para o executado, de que este só perderia seus bens em um processo específico, com um mínimo de previsibilidade, e, especialmente, sabendo de antemão quais seriam as armas executivas a serem utilizadas pelo Estado durante a

atuação executiva. Mas não é só, pois o modelo liberal do processo executivo dava ao jurisdicionado a certeza e a segurança das armas que seriam utilizadas pelo Estado, bem como *quando* e *como* as utilizaria.

Isso implicava dizer que em um Estado liberal vigorava o princípio da tipicidade dos meios executivos, de forma que ao juiz não caberia a escolha do meio executivo, senão porque lhe competiria apenas e tão somente cumprir as regras previstas da tutela processual executiva que estivessem delimitadas no “didático e exaustivo manual de instruções previamente estabelecido pelo legislador processual” de 1973. Não haveria espaços para “invenções” ou “criações”, ou até “escolhas”, por parte do juiz, do meio executivo a ser utilizado na atividade executiva. Esse engessamento do magistrado tinha uma só finalidade: impedir a intervenção estatal desmedida na propriedade e liberdade das pessoas. Obviamente que o modelo liberal foi substituído formalmente pelo novo texto constitucional, e, aos poucos, a legislação (inclusive a processual) tentou adequar-se à nova realidade social: o Estado social democrático. Isso implicou e ainda implica sérias mudanças nos diversos flancos do ordenamento jurídico, e o direito processual é um deles. As reformas iniciadas em 1994, que se seguiram em 2002, 2005 e 2006 em matéria de execução são exemplos concretos disso. Já não havia mais dúvidas sobre a necessidade de superação da tipicidade dos meios executivos com a adoção da *atipicidade* dos meios de execução, que já estava patente nos últimos anos de vida do CPC de 1973 (tal como se via nos arts. 464, § 5.º, 273, § 3.º, 475-R, 685, parágrafo único etc.).

Outro aspecto não menos importante na execução civil regida por um modelo estritamente liberal, tal como foi cunhado o CPC de 1973, era a *intangibilidade da vontade humana – ausência de limitações à liberdade e desprestígio da tutela específica*.

Um dos pilares do Estado liberal, como o nome já diz, recaía sobre o totem da “liberdade dos indivíduos”, a qual ao mesmo tempo funcionava como direito do cidadão e garantia contra toda e qualquer intervenção do

Estado no patrimônio e na vontade das pessoas. A valorização do individualismo e da isonomia formal colocava essa “liberdade” (não intervenção estatal) como o principal fator de proteção da propriedade particular, e, assim, de desigualdades materiais entre os indivíduos. A proteção da liberdade, vista aí como instituto que garantia a intocabilidade das ações humanas diante do Estado, teve forte influência não só na economia, mas também no Direito, e a própria “autonomia da vontade” foi um dos principais vetores no desenvolvimento das disciplinas dos contratos e nas relações privadas em geral.

A suposta isonomia entre as pessoas obrigava o desenvolvimento de uma liberdade de atitudes e de intocabilidade na vontade humana. Assim, essa intangibilidade do Estado sobre a vontade dos particulares era um dos dogmas do Estado liberal, e, por isso mesmo, impedia que este – o Estado – interviesse nas relações privadas para obrigar esse ou aquele comportamento. Nesse passo, o não adimplemento de uma obrigação específica, regra geral, não acarretava uma atuação coercitiva do Estado sobre a vontade do devedor. Por isso mesmo, a consequência do não adimplemento não acarretava nenhum tipo de remédio contra o devedor inadimplente, pois o caminho natural para tais casos era a responsabilização patrimonial deste, relegando a segundo plano a realização específica do contrato. Tudo para proteger o dogma da intangibilidade (liberdade) da vontade humana. Seria culturalmente intolerável em um Estado liberal que se permitisse que o Estado pudesse obrigar ou coagir o sujeito a realizar a tutela específica, pois o direito reservava para tais hipóteses a compensação pecuniária. Seria um absurdo sofrer uma intervenção estatal coativa sobre a vontade, e mal menor seria sofrer a atuação sobre o patrimônio, daí por que a execução recaía sobre o patrimônio, não se privilegiando a tutela específica. E sob esse matiz foi construído o CPC de 1973, que apenas após o texto constitucional de 1988, quando quebrou-se o paradigma do Estado – que, reconhecendo a fictícia isonomia liberal, teve de atuar e intervir para

restabelecer uma isonomia material –, fez com que o dogma da intangibilidade da vontade humana fosse completamente afastado, privilegiando a responsabilidade específica, com primazia da proteção à tutela específica, deixando em segundo plano a tutela das perdas e danos e a responsabilidade patrimonial.

Assim, sob o prisma constitucional de 1988 exsurgiram os arts. 289, 464 e 461-A que deram o sabor dessa profunda mudança, na qual se enxergava no final da vida do CPC revogado (CPC de 1973), mesmo em uma leitura desatenta, a imersão do Estado liberal com a emersão do Estado social.

4. OS FUNDAMENTOS E OS FINS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)

4.1 Razões sociais e jurídicas justificadoras de um Novo Código de Processo Civil

É possível encontrar vários motivos, indiscutivelmente legítimos e convincentes, para que o Código de Processo Civil de 1973 fosse substituído por um novo. Essas razões podem ser bipartidas – apenas a título didático e acadêmico, pois na realidade elas se misturam – em (a) *razões sociais* e (b) *razões jurídicas*.

A (A) *razão social* está diretamente relacionada com o total descompasso, falta de sintonia mesmo entre as normas processuais e a realidade social. O atual comportamento das pessoas nessa primeira quinzena de novo milênio, a cultura, os modos de ser, fazer criar e viver são totalmente diferentes daqueles vigentes ao tempo da elaboração do CPC de 1973 (que, relembro, foi elaborado pelos idos da década de 1960).

É absolutamente certo que faltava legitimidade social às normas processuais do CPC de 1973 para tratar da realidade que ele regulava já no

começo desse milênio. Alguém até poderia dizer que pouco mais de 50 anos é um tempo de vida muito curto para um Código tão importante e que o seu aprimoramento e arejamento estavam sendo feitos com as leis esparsas que todos os anos alteravam o seu texto.

Não é mentira que o legislador se esforçava em modificar a legislação processual para tentar adequá-la à realidade social e aos atuais reclames da sociedade. Não foi por acaso que desde o seu surgimento o CPC de 1973 passou por mais de 60 alterações legislativas, sendo algumas, curiosamente, mais de uma vez sobre o mesmo dispositivo legal.

Entretanto, por mais que costuras e enxertos tenham sido feitos, a diferença entre o passado (quando foi criado) e o presente era tão grande, mas tão grande, que apenas um novo Código realmente tinha condições de eliminar os atávicos e incompreensíveis dispositivos legais que ainda estavam vigentes, mas que estavam absolutamente descompassados da nossa atualidade. É, por mais que uma reforma fosse implementada, não se conseguiria, nunca, criar uma sintonia entre todo o sistema do Código depois dos enxertos legislativos feitos ao longo dos anos, fato este que podia ser comprovado no CPC de 1973 pelas diversas antinomias nele existentes ao tempo de sua revogação.

Os singelos exemplos a seguir expostos são prova dessa afirmação. Para ilustrar como o CPC de 1973 possuía, mesmo diante de tantas reformas processuais, raízes atávicas da realidade em que ele pretendeu regular nos idos dos anos 70, têm-se, por exemplo, artigos como o 159 do CPC que assim dispunha:

Art. 159. Salvo no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados, todas as petições e documentos que instruírem o processo, não constantes de registro público, serão sempre acompanhados de cópia, datada e assinada por quem os oferecer. § 1.º Depois de conferir a cópia, o escrivão ou chefe da secretaria irá formando autos suplementares, dos quais constará a reprodução de todos os atos e termos do processo original. § 2.º Os autos

suplementares só sairão de cartório para conclusão ao juiz, na falta dos autos originais.

Honestamente, esse dispositivo era um “*non sense* jurídico” para os tempos atuais. Como imaginar a criação de autos suplementares para cada auto de processo que tramitasse em juízo, se não há espaço físico para tanto papel e se em futuro breve os processos serão todos eletrônicos? Como pensar num dispositivo como o referido se o caminho natural seria, como dito, o processo eletrônico, seja por razões de eficiência processual, proteção do meio ambiente e duração razoável do processo, sem estender muito as justificativas?

Enfim, apenas a título ilustrativo, como admitir a convivência entre o art. 798 do CPC de 1973, que dizia que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”, se todos sabiam e sabem que o art. 273, § 7.º, do referido Código, incluído em alguns desses tantos enxertos legislativos, permitia que uma medida cautelar incidente fosse requerida de forma avulsa nos autos do processo principal sem a necessidade de um procedimento próprio e que, por isso mesmo, sem a autonomia de um processo cautelar incidental?

Como ainda compatibilizar os conceitos diversos de sentença então presentes no CPC de 1973 e que brigavam entre si? Era injustificável que os arts. 162 e 269 do CPC não comungassem da mesma linearidade jurídica. Enfim, qualquer um que tivesse curiosidade poderia fazer uma leitura perfunctória do CPC/1973 e constataria um sem-número de antinomias e, muitas, muitas regras, absolutamente obsoletas e descompassadas com a realidade atual.

Todos sabem que o Direito, como fenômeno cultural e de linguagem que é, deve ser e estar em compasso com a realidade social que ele pretende regular, sob pena de se transformar num amontoado de regras sem sentido e que não possuem a menor legitimidade social. Não há “Estado Democrático de Direito” quando as suas regras não espelham e refletem a realidade da

sociedade que ele regula. Infelizmente, assim estava o CPC de 1973 nos idos de 2014, que, nada obstante o esforço dos reformistas que incluíram inúmeras inovações ao longo de tempo depois do texto constitucional (permitindo a sua sobrevida após a Constituição Federal), ainda assim conservava uma axiologia de outros tempos e de outra realidade social e cultural, com regras que estavam descompassadas com os fenômenos culturais atuais. É bem verdade que o CPC de 1973 já começou a ser reformado antes mesmo da sua vigência (Lei 5.975/1973), ainda no período de *vacatio legis*, mas nos idos de 2014 o problema era outro, pois, de total descompasso social.

E não era demasiado dizer que, quando o CPC de 1973 substituiu o CPC de 1939, depois de *34 anos* de vigência, a realidade social que passou a regulamentar nem era tão diferente assim daquela que justificou a criação do então novo Código de 1973. Ora, quase *50 anos* depois do CPC de 1973, no ano de 2015, tem-se uma realidade absurdamente diversa daquela dos idos de 1970, porque é absolutamente incrível a quantidade de inovações científicas, sociais, tecnológicas, culturais, econômicas e de toda ordem que modificaram sensivelmente a sociedade, especialmente nos últimos 20 anos.

Fiquemos aqui somente com as inovações tecnológicas que jamais poderiam ser imaginadas quando se legislou na década de 1970, tais como a internet, e que alteraram grosseiramente o padrão de ser e viver das pessoas, apenas para me ater a esse exemplo. Os comportamentos sociais são tão díspares que hoje é possível estar presente em dois lugares simultaneamente, em tempo real, proferindo palestras para alguém no Japão e em Roraima. É possível estar em sua casa, sem estar em sua casa. O fenômeno de massificação social, pelo consumo e produção em massa, criou um novo padrão de consumo e de consumidores, inclusive virtuais. De fato, não existia a menor condição de que um Código, cunhado nos idos de 1960, pudesse ainda servir para atender e tutelar as lides não penais, de

forma adequada e rente à realidade do mundo de 2015. Essas eram e são razões sociais que exortaram a criação de um novo CPC.

Bastaria unicamente a razão social mencionada para que fosse legítima a luta por um novo Código. No entanto, ela não era única, pois somou-se a esse fenômeno social outro, igualmente importante e que robusteceu ainda mais a necessidade de um novo CPC. É o que se pode chamar de (B) razão jurídica que sintetizava a necessidade de adequar o direito processual civil ao fenômeno de constitucionalização do direito, que, no Brasil, teve como marco histórico a CF/1988.

Assim, a *razão jurídica*, intimamente ligada àquela razão social supracitada, tem a ver com o fenômeno de *constitucionalização democrática do direito* acentuado em países de tradição romano-germânica e que no nosso país aconteceu com o advento da CF/1988. Inegavelmente, também por causa desse fenômeno, o CPC de 1973 estava completamente defasado em relação ao novo paradigma jurídico introduzido pela CF/1988.

A compreensão desse fenômeno de *constitucionalização do direito* tem sua origem histórica na derrocada do *Terceiro Reich*, após as forças aliadas derrotarem os alemães em maio de 1945, colocando um fim à Segunda Grande Guerra Mundial e iniciando a reconstrução da democracia na Alemanha. Como a herança deixada pelo Estado Nazista foi devastadora para a raça humana, com violação da ética, da dignidade e dos valores mais primitivos e sagrados do ser humano, tudo isso feito em prol de um insano antissemitismo e racismo que levariam a uma supremacia da raça alemã sobre as demais, então, era de esperar que o resgate da democracia fosse reconstruído de modo inversamente proporcional à desgraça humana causada pelo Nazismo. E deveria começar pela Constituição Federal.

Exatamente por isso, pouco mais de quatro anos depois do fim da Segunda Guerra, em 8 de maio de 1949 foi aprovada a *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (que vem a ser a Constituição da Alemanha), e que entrou em vigor em 23 de maio de 1949.

Verifique-se que, não por acaso, mas como resposta ao regime derrocado, a “lei fundamental” da Alemanha tem no seu artigo primeiro a *inviolabilidade da dignidade humana*, além da *obrigatoriedade de os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo respeitarem a proteção da dignidade*; já no artigo segundo têm-se a *proteção da vida e a integridade do ser humano*, afirmando ainda que a *liberdade é um bem invulnerável*. E, acompanhando essa linha de proteção dos direitos mais que fundamentais do ser humano, inclusive protegendo-os contra atos do próprio Estado, seguem-se dispositivos que, de forma até pleonástica, reiteram todo o tempo a proteção da vida, da dignidade e da liberdade sob diversas formas de expressão. Esse didatismo da lei fundamental alemã era fruto da necessidade de exterminar qualquer resquício da ideologia nazista e, ao mesmo tempo, impedir a sua reconstituição no futuro.

Não foi coincidência o fato de países como Itália, Portugal e Espanha, que se viram dominados pelos regimes totalitários de Mussolini, Salazar e Franco, com a derrocada desses regimes, terem sido fortemente influenciados pelo processo de redemocratização alemão e pela Lei Fundamental alemã. O Brasil também sofreu essa influência com a redemocratização sacramentada pela CF/1988 após anos de ditadura militar.

Do ponto de vista jurídico, é certo que a queda do totalitarismo alemão fez com que com caísse o modelo jurídico positivista que lhe dava suporte. Dava-se início assim ao fenômeno do “pós-positivismo jurídico”, com base de sustentação no deslocamento da Constituição Federal para o centro do sistema jurídico, não sendo ela apenas mais um documento *político e simbólico* de direitos do povo, como se os seus princípios não tivessem valor normativo, cuja tarefa era exclusiva da lei infraconstitucional. A rigor, não nos parece correto dizer que o “modelo positivista” foi substituído por um “modelo pós-positivista”, porque seguramente o fenômeno é interpretativo, ou seja, passa-se a dar uma eficácia vertical da Constituição Federal, direta, e, também uma horizontal,

ou seja, toda e qualquer norma infraconstitucional só deve ser aplicada depois de passar pelo filtro constitucional, assegurando que os valores e princípios constitucionais estarão protegidos e concretizados.

Todos sabem que durante o “positivismo jurídico” deveria haver regras de todos os tipos. Assim, quanto mais específico e tipificador de condutas fosse o ordenamento, melhor o Direito estaria aparelhado, e bem se sabe que mais valia uma portaria ministerial ou uma “resolução de um chefe de uma repartição pública” do que qualquer invocação de uma norma constitucional. As lacunas do direito significavam “ausência de direito”, sendo impensável uma interpretação principiológica constitucional para colmatar um espaço vazio de regra legal. É ilustrativo dizer que a expressão “ordem e progresso” da nossa bandeira é reflexo desse positivismo, pois a regra legal posta e vigente era a *garantia de obediência e submissão à lei para se ter desenvolvimento e progresso social*.

A origem da expressão “positivismo jurídico” (*ius positivum*) revela exatamente que o Direito era a ciência do direito posto, positivado e legislado minudentemente, justamente para evitar qualquer pecha de subjetivismo do intérprete ou aplicador do direito. A rigor, este deveria limitar-se a descrever a lei, de forma neutra e sem qualquer atitude que pudesse ameaçar a igualdade formalmente estabelecida pelo legislador.

Foi nesse ambiente que os Códigos passaram a ocupar o centro dos sistemas jurídicos, e no Brasil destacamos o Código Civil como o mais importante diploma jurídico então vigente na metade do século passado. Nesse ínterim, o CPC de 1973, como fixador das regras de direito processual para lides não penais, assumia um posto de igual importância.

O mesmo se diga para o Código Comercial, o Código Tributário, o Código Penal e de Processo Penal. Nesses termos e sob essa aura, a Constituição Federal então vigente na metade do século passado era considerada um simples documento político, no máximo, enunciador de princípios simbólicos sem eficácia vertical alguma. Eficácia esta que se

restringia ao direito legislado e efetivamente posto, qual seja, aquele que cuidava, minuciosamente, de condutas, tipos e comportamentos sociais em que a dose de interpretação na sua aplicação era irrisória, mínima, sob pena de violação da igualdade formal.

Contudo, com a redemocratização alemã e a demonização do “positivismo”, que durante algum tempo servira para, de forma desvirtuada, legitimar os absurdos ideais nazistas, foi necessário repensar o que seria o *ius positum*, e é nesse ambiente que o texto constitucional ganha relevo com a atribuição de uma eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais nunca antes vista. Enfim, a Constituição, instrumento democrático por natureza, poderia e deveria ser aplicado diretamente na tutela de direitos pelo Estado, seja na função administrativa, judiciária e legislativa. Era a supremacia material sendo implantada, ultrapassando a meramente formal existente no período “positivista”. Ademais, nenhuma lei poderia ser aplicada ou interpretada senão após uma análise, contraste e confronto, direto ou indireto, com os direitos fundamentais e princípios basilares de justiça, liberdade e dignidade da pessoa humana.

A lei infraconstitucional, portanto, nesse novo modelo de ver o direito posto, passa a ser um mecanismo de *também* concretizar os princípios e direitos fundamentais, sempre *conforme* a Constituição. Não mais haveria lei que não se submetesse a esse filtro constitucional inserido no miolo do sistema jurídico.

Assim, passa a se enxergar o *direito posto (ius positum)* trazendo na sua raiz e na sua finalidade a Constituição Federal, de forma que toda e qualquer norma (regra ou princípio) deve ser aplicada sob a lente dos valores fundantes do texto constitucional, tais como devido processo, justiça, liberdade, dignidade, igualdade etc. Aproxima-se assim o Direito da Ética, e inculcam-se no ordenamento as técnicas de compatibilização das regras e princípios a partir de juízos de razoabilidade e proporcionalidade,

sempre com motivo e fim a proteção dos valores enraizadores do sistema jurídico.

Como reflexo desse fenômeno, altera-se profundamente o modelo legislativo de elaboração de leis que serão aplicadas pelo administrador e pelo Judiciário, adotando-se conceitos jurídicos indeterminados, com tipos mais ou menos abertos, que permitem o preenchimento desses conceitos a partir de análises concretas de cada situação *sub judice*, segundo interpretações comprometidas com os valores constitucionais. Tal mecanismo permite que os valores constitucionais sejam sempre invocados diretamente como forma de se aplicar o direito.

A partir dessa mudança de *pensar o direito posto, inserindo a Constituição como lente e filtro de qualquer atividade do Estado (legislativa, judiciária e executiva)*, passou-se a reconhecer nela uma eficácia que antes não lhe era atribuída, havendo o que a doutrina denominou, a nosso ver, sem um rigor técnico, de a superação do modelo positivista para um pós-positivista.

Dessa forma, vê-se que esse fenômeno de entronização da Constituição Federal para o centro do ordenamento jurídico, sendo filtro necessário para o nascimento e aplicação de uma norma, que deve sempre estar vinculada à realização dos direitos fundamentais e princípios fundantes da Carta Maior, fez com que o CPC de 1973 fosse deslocado do seu papel central e deixasse de ser, ele mesmo, a referência primária na aplicação das regras de direito processual.

Nesse diapasão tem-se que o CPC de 1973 revelava de maneira incontestável esse descompasso com essa nova forma de aplicar o direito, ou seja, de enxergar o direito posto, pois, nos seus 1.211 artigos, não havia nenhuma, absolutamente nenhuma, referência a algum dispositivo ou princípio processual existente na Constituição Federal, seja de 1988, seja na que estava vigente quando da sua entrada em vigor nos idos dos anos 70.

E esse fenômeno não se deu apenas com o *processo civil*, senão porque a CF/1988 cuidou também de fixar os princípios do direito civil, do direito comercial, do direito ambiental, do direito tributário, administrativo, financeiro, do trabalho, previdenciário etc. Enfim, todos os campos das diversas ciências do direito possuem na CF/1988 o reconhecimento de princípios que lhes são regentes e que devem estar uniformes e conciliados com os valores fundantes do Estado Democrático de Direito, tais como o devido processo, a justiça, a dignidade, a igualdade, a liberdade etc.

Têm-se, assim, razões de ordem jurídica e social que legitimaram a criação de um novo CPC, o CPC de 2015.

4.2 A crise do Poder Judiciário e o NCPC

O substantivo feminino “crise” sem um adjetivo que o qualifique é vago e de difícil compreensão, perpassando uma informação genérica cuja abstração deriva da própria natureza desse substantivo. Assim, dizer que o “*Judiciário está em crise*” é afirmar algo genérico, lacônico e que depende de uma qualificação para ser minimamente compreendido.

É fato indubitável a associação da expressão “crise no Judiciário” ao fenômeno de *morosidade da justiça e da duração irrazoável do processo*, que seria atribuível ao congestionamento de causas em curso no Poder Judiciário, e que tem transformado a tutela dos direitos em uma saga, só que sem um fim.

Contudo, é regra lógica de *causa e efeito* de que só é possível prescrever um remédio se soubermos qual doença acomete o paciente. Por isso, ao se afirmar que o Judiciário está em crise, é preciso primeiro identificar a doença, ou seja, de que tipo de crise estamos falando para saber qual o remédio adequado para solucionar esse problema.

É fato notório que muitos juristas defendiam a criação de um novo CPC como se dele fosse sair a solução ou o remédio eficaz para a tal crise

do Judiciário, chegando a ponto de vaticinar em tom popularesco que até 70% do tempo do processo seria reduzido com o novo Código.

Longe de defender uma posição niilista, a grande verdade é que não precisaria ser futurólogo para saber que tal previsão percentual é completamente despropositada, e que, verdadeiramente, nenhum Código, mormente o NCPC de 2015, será capaz de reduzir o *tempo do processo* e sanar a *morosidade da justiça*, simplesmente porque não são as técnicas processuais vigentes no CPC de 1973, ao tempo de sua revogação, os agentes responsáveis pela tal crise que assola o Poder Judiciário.

Aliás, esse arroubo otimista, revelado em frases de efeito, de que um novo Código de Processo Civil seria a solução para os problemas da crise do Judiciário, nos faz lembrar um recente fato, de otimismo exacerbado, que foi seguido de uma previsível frustração que aconteceu com a introdução no Texto Constitucional do inciso LXXVIII do art. 5.º pela EC 45/2004. Nesse dispositivo consagrou-se o direito fundamental à razoável duração do processo, mas nem por isso teve o condão, da noite para o dia, de transformar processos de duração irrazoável em duração razoável, pois, como se disse, não são os “excessos de recursos” nem o “formalismo processual” os principais alçozes desse fenômeno.

Enfim, é preciso ter em mente que o tema da *crise do Poder Judiciário* deve ser visto sob várias frentes, pois direta ou indiretamente são muitas as causas às quais se pode atribuir esse nefasto efeito de demora irrazoável na prestação jurisdicional.

Sem sombra de dúvida que um desses fatores decorre da *crise estrutural do Poder Judiciário*, que reflete a ausência de infraestrutura (instalação, espaço, pessoal, equipamentos etc.) para prestação do serviço jurisdicional. O número de demandas que ingressam no Judiciário é muito maior do que as que saem, e a estrutura existente (pessoal e equipamentos) para lidar com esses números é arcaica, limitada e insuficiente. Uma simples reflexão do nosso dia a dia forense nos faz lembrar de inúmeras

situações: numa sala de audiência não tem papel, não tem funcionário para auxiliar uma audiência, não há juízes e promotores que, quase sempre, respondem por mais de uma vara ou comarcas, entre tantos outros problemas estruturais que põem em xeque a infraestrutura do Poder Judiciário.

Outro fator considerável dessa crise – também já revelado pela *radiografia do Judiciário* feita pela Fundação Getúlio Vargas – é a *ineficiência e a incapacidade de autogestão administrativa do Poder Judiciário*. A má administração da deficiente infraestrutura, a ausência de logística e planejamento, a inexistência de ações de administração, de resultados e metas, constituem também fatores decisivos para tal fenômeno. Enfim, o Poder Judiciário não é capaz de exercer a gestão administrativa de si mesmo, o que não nos parece nenhum absurdo, pois essa não é sua atividade-fim, e ele nunca foi preparado para exercer esse papel administrativo. Situações corriqueiras podem ser vistas nos cartórios judiciais pelo Brasil, onde há uma ausência total de procedimentalização de comportamentos e atos. Exemplos simples como gestão de horários e atos do quadro de pessoal, padronização de tipos e formas de comunicação judicial que deveriam ser iguais para todos os cartórios, uso racional dos equipamentos etc.

Outro fator, apontado por alguns juristas como o principal deles, é a *inadequação do método utilizado para resolução dos conflitos*, ou seja, as técnicas processuais vigentes não estariam adequadas à solução dos conflitos da atualidade porque teriam ficado defasadas com o tempo e com a evolução social. Essa inadequação refere-se não apenas à inexistência ou insuficiência de meios (soluções alternativas à judicialização, litigiosidade de massa etc.) para tratar dos conflitos da atualidade, mas também da inconveniência da técnica existente criada sob uma perspectiva de ultravalorização do formalismo, positivista e liberal, que está ultrapassada e

inconveniente para o modelo sociopolítico, econômico e cultural da atual da sociedade.

Certamente que outros fatores podem ser identificados e até arrolados como precursores da “crise do Judiciário”, neles incluindo-se a “crise de confiança”, mas que aqui não serão tratados porque possuem um viés que ultrapassa uma análise processual.

Se é verdade que todos esses valores são responsáveis pela *crise da morosidade da justiça*, não nos parece que todos eles contribuem de forma idêntica para tal fenômeno. Não mesmo. Para se chegar a uma conclusão legítima dos principais fatores, e assim encontrar o remédio adequado para o problema, é preciso conhecer, estudar e refletir sobre os números do Poder Judiciário que são revelados pelo CNJ desde 2010 e que ericam os principais vilões do Poder Judiciário.

Os dados estatísticos colhidos do CNJ apontam que no Brasil existe algo em torno de 100 milhões de causas em trâmite no Poder Judiciário, cuja organização judiciária e administrativa (entendam isso da forma mais lata possível) não tem a menor, frise-se, a menor condição de gerir e julgar em tempo minimamente razoável.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2012 sobre os “100 maiores litigantes” mostrou que, dos 100 milhões de processos em tramitação, 38% são do Governo, 38%, dos bancos, e o restante é de empresas de telefonia e concessionárias de serviços públicos. *Então, 90% desses processos são de 10 ou 15 entidades apenas*: bancos, poder público e agências reguladoras.

O surgimento de um novo Código de Processo Civil no ano de 2015 não será capaz de debelar esse problema.

A ausência de infraestrutura para atender a essas 100 milhões de causas refere-se a uma falta de política pública adequada, e se revela em todos os setores da atuação estatal. O modelo intervencionista de Estado exigido pela CF/1988 está falido. Não há nenhuma política pública no País

que seja sequer satisfatória. O Estado não consegue prover a contento saúde, educação, segurança, meio ambiente, trabalho, lazer etc. E não é diferente em relação à prestação da justiça à população. Enfim, sob a perspectiva das políticas públicas que devem ser desenvolvidas pelo Estado, a *prestação de uma justiça adequada à população* é mais um exemplo concreto de inoperância e ineficiência da atuação estatal, que, certamente, não será resolvida ou remediada por um novo diploma processual civil.

Também não nos parece que o problema da gestão administrativa seja resolvido por um novo código de processo civil. Ainda que a eficiência (resultado com economia) venha a ser fixada como um dos cânones do “novo processo”, não são as novas técnicas que serão capazes de otimizar a gestão administrativa dos Fóruns, das varas, do tempo do magistrado, do planejamento estratégico da forma de ser e atuar, das metas etc. Nesse campo, espera-se muito mais do modelo de atuação do Conselho Nacional de Justiça do que de qualquer outra atitude que venha a ser implementada em relação à técnica processual. A justiça sempre foi administrada por magistrados, e, nesse diapasão, era de se esperar que sem qualquer conhecimento técnico em gestão e administração pública o resultado seria desastroso como tem sido ao longo dos anos.

A simplificação dos procedimentos e da técnica processual pretendida pelo novo CPC de 2015 pode sim contribuir para a otimização do tempo, mas de forma muito pontual, e não como se gostaria. Certamente que não é o fim da nomeação à autoria, da oposição, da ação declaratória incidental, da exceção de incompetência relativa, da restrição na utilização do recurso de agravo, no fim dos embargos infringentes, entre tantas outras técnicas enferrujadas e que já estavam quase extintas pelo desuso, que abrandarão a crise de demora do processo. Igualmente, não é a criação de incidentes e técnicas individuais de repercussão coletiva, com o fornecimento a fórceps e comprometimento do sagrado direito constitucional de ação, que resolverá o problema da crise do Judiciário. As

novas técnicas do NCPC devem ao mesmo tempo ser eficazes e úteis sem comprometer o direito de acesso à justiça.

A crise da demora da prestação jurisdicional deveria ser analisada sob um ângulo inverso, e, a partir dos números apresentados pelo CNJ, responderem-se as seguintes indagações. Sem os 15 maiores litigantes do País, qual seria o número de demandas em curso no Poder Judiciário? Haveria a tal crise? Os 15 maiores litigantes consomem a justiça mais do que qualquer outro litigante, e, por que os custos desse consumo não são por ele internalizados? Por que não desenvolver formas alternativas de solução de conflitos para esses 15 maiores litigantes? Por que para esses litigantes interessa que as suas lides desemboquem no Poder Judiciário? Por que para um Banco é melhor ser demandado em juízo? Por que compensa para uma concessionária de telefonia e telecomunicação ser demandada? Por que para o Poder Público é melhor ser réu em juízo do que ter que realizar as políticas públicas e respeitar os direitos fundamentais? A que custo será prestada a tutela jurisdicional aos litigantes eventuais, reconhecidamente hipossuficientes, por intermédio das técnicas individuais de repercussão coletiva, como pretende o novel instituto do nosso NCPC do incidente de resolução de demandas repetitivas? Por que não implementar e robustecer e incentivar a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos por meio de ações coletivas que já existem e se mostram adequadas à proteção dos litigantes eventuais e hipossuficientes? Essas são perguntas sérias, cujas respostas atingem o coração da crise da demora da prestação jurisdicional no nosso país.

A criação do novo CPC finca-se, sim, em razões jurídicas e sociais que por si sós legitimavam o surgimento do novo diploma, porém “colocar na conta” do novo Código – numa regra de *causa e efeito* – como se ele fosse um remédio adequado e suficiente para debelar a crise da demora da prestação do Poder Judiciário é ao mesmo tempo criar uma falsa expectativa de que tal crise será debelada, mas inadequadamente ocultar o

verdadeiro problema, donde se pode encontrar o adequado remédio para estancar a irrazoável demora do processo.

Por outro lado, é importante dizer que um diploma dessa magnitude não surgirá perfeito tampouco livre de críticas que sempre devem ser feitas no sentido aprimorar o diploma e o texto que foi construído sob a batuta de mãos seguras e competentes.

4.3 O Novo CPC e a aproximação com a *common law*

A aproximação dos modelos jurídicos da *common law* e *civil law* tem uma razão histórica que se confunde e se mistura com a razão jurídica. A Revolução Francesa e a Revolução Gloriosa (puritana) na França e Inglaterra, respectivamente, foram marcos decisivos para o desenvolvimento – e também o isolamento – desses dois regimes jurídicos. Contudo, após o fenômeno de constitucionalização do Direito (pós-Segunda Guerra Mundial), esses regimes passaram a se comunicar num entrelaçamento que nos parece inevitável no atual contexto da sociedade de massa.

Uma leitura política e filosófica do nosso ordenamento jurídico permitirá identificar com clareza meridiana a marca indelével da Revolução Francesa. Todos sabemos que para aniquilar o antigo regime absolutista e ao mesmo tempo criar um modelo que garantisse o poder à classe emergente foi preciso *destruir* o direito existente, criando um novo paradigma jurídico que teria influência decisiva em países de tradição civilista.

No *ancién regime* é célebre e marcante a frase *l'état c'est moi* atribuída a Luis XIV, o rei sol como era apelidado. A verdade é que, mito ou verdade, a frase revela com precisão como funcionava o Estado Absolutista. Nesse modelo de Estado o cargo de juiz era doado ou comprado junto ao senhor absoluto que mantinha com o clero uma promíscua relação de

manutenção do *status quo*. Portanto, o “Judiciário” nada mais fazia do que legitimar o Estado Absolutista.

Com a Revolução Francesa, o Estado Absoluto foi substituído pelo Estado de Direito onde a Lei deveria ser garantidora dos ideais da Revolução. Considerando a herança do Poder Judiciário, a sua relação promíscua com o antigo regime, nesse novo modelo jurídico introduzido o juiz jamais poderia “interpretar a lei”, senão porque deveria ser *la bouche de la loi* (a boca da lei), qual seja, aplicando-a literalmente aos casos que lhe fossem submetidos. Havia uma necessidade de que o juiz ser neutro, absolutamente isento, e sem qualquer papel interpretativo da mensagem da lei, pois, se assim o fosse, suas decisões poderiam ser submetidas a uma corte de cassação formada por parlamentares que tornariam nula a decisão e aplicariam a lei que tinham feito. Enfim, por causa desse fenômeno histórico-político tornou-se regra comum aos países de tradição civil a valorização da lei, pois, segundo se imaginava, era a única forma de legitimar a vontade popular, de conquistar a liberdade e a igualdade entre as pessoas.

Essa foi a época, portanto, das grandes codificações, com regras de direito extremamente minudentes, com exagero legislativo para evitar lacunas, tudo com intuito de impedir que o magistrado pudesse, de alguma forma, ameaçar a *vontade popular* por intermédio de uma interpretação que se desviasse dos ditames da Lei. Não por acaso, naquela época, houve a valorização da *igualdade e da liberdade perante a lei*, com mínima intervenção estatal (aí incluído o Estado-juiz), justamente para evitar qualquer risco de retorno ao antigo regime. O Poder Legislativo seria a verdadeira, e única, fonte da democracia, e a lei não deveria ser *interpretada*, mas simplesmente aplicada literalmente pelo juiz.

Esse modelo foi espreado para os países de tradição romano-germânica, fazendo-se presente no Brasil nos modelos de codificação civil, processual civil, comercial, tributário, penal, processual penal, entre tantos

outros diplomas que revelaram a fonte liberal burguesa do ordenamento jurídico. É desse leito filosófico e sociológico que nasceu o nosso revogado CPC de 1973.

A derrocada desse modelo jurídico e sua substituição pelo constitucionalismo democrático tiveram início na Alemanha pós (Segunda) Guerra, onde a sociedade precisava aniquilar o modelo de ordenamento que durante anos havia legitimado o *Terceiro Reich* e que foi tão nefasto aos aspectos mais sagrados da vida humana.

Com a Constituição adquirindo uma força normativa, os seus princípios regentes passaram a ter uma aplicação vertical e horizontal no sistema jurídico. Nenhuma lei poderia ser criada e aplicada senão depois de passar pela lente constitucional. E, nessa toada, o juiz voltaria a ter um papel importante na *interpretação do direito* que deveria ser *conforme a Constituição*. O Judiciário passaria a ocupar um papel de destaque entre os poderes do Estado – nesse particular as cortes constitucionais, tendo em vista a pluralidade de fontes normativas e a abstração principiológica –, na medida em que teria que proteger (interpretando a lei ou suprindo lacunas) os sagrados valores e princípios constitucionais da dignidade, da justiça, da liberdade, da igualdade, do devido processo legal etc. Exatamente por isso que o princípio do contraditório e a fundamentação das decisões judiciais foram elevados a um enorme grau de importância, pois seria a maneira de obter um “processo judicial democrático” com controle da atuação do Poder Judiciário.

Contudo, nem o princípio do contraditório na sua faceta mais democrática nem a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais foram suficientes para garantir coesão, uniformidade e igualdade das decisões judiciais em demandas de massa, pois a atividade interpretativa do magistrado é ilimitada, mormente num constitucionalismo processual com ampla influência dos princípios, cuja abstração é sempre marcante.

É justamente a partir daí, do constitucionalismo democrático, que a *civil law* inclina-se para aproximar-se da *common law*. Registre-se que, embora a Revolução Gloriosa tenha também sacramentado a introdução de uma ordem liberal burguesa – então representada pelos *protestantes* –, ela não foi violenta como a Revolução Francesa, e, para que esta nova classe pudesse ascender ao poder, deveria reconhecer, junto ao parlamento, o *bill of rights* e o *toleration act*, documentos fundamentais para a sustentação da filosofia liberal. Contudo, curioso notar que, em vez de ser a lei que garantiria a liberdade e a igualdade dos cidadãos, com a diminuição do poder dos juízes, tal qual ocorrera no modelo francês, a forma pela qual o sistema jurídico garantiria a preservação dos valores estabelecidos naqueles documentos seria por meio da igualdade dos julgamentos. Se todos seriam iguais perante a lei, todos deveriam ser julgados da mesma forma, sem tribunais de exceção, de maneira que o resultado de um julgamento serviria como precedente para o seguinte, e, assim, haveria o fortalecimento do direito, sua coerência, sua segurança, previsibilidade, e, acima de tudo, todos, em concreto, teriam decisões iguais para situações iguais. Havendo distorção e incoerência de um julgado para com outro anterior que lhe serviria de fonte, tais decisões poderiam ser controladas pelo próprio parlamento. Perceba-se que, ao contrário do modelo francês, não se tentou usurpar do juiz inglês a inseparável função interpretativa, senão porque a vinculou à necessidade de ser equânime e coerente com as precedentes. Portanto, com o constitucionalismo democrático passando a ser regente do novo sistema jurídico do *civil law*, o papel interpretativo do juiz ganha relevo e nesse particular muito se assemelha à função interpretativa já exercida no *common law*.

E, assim, nessa escalada aproximativa, a adoção da técnica do *precedente vinculante* pelos sistemas da *civil law* passa a ser uma “quase necessidade” de sobrevivência do próprio ordenamento jurídico, justamente porque num sistema de pluralidade de fontes, com organização judiciária

esparsa, com interpretação vertical e horizontal dos princípios constitucionais, e, finalmente, numa sociedade massificada com demandas iguais e em série, passa a ser imperiosa a adoção do sistema de precedentes vinculantes. O tempo dirá, no entanto, se temos como apreender e operacionalizar com justiça e acerto a técnica dos precedentes judiciais, afinal de contas não é da nossa tradição nem mesmo fomos preparados ou ensinados a operar.

Atento a isso tudo, e diante da ineficiência do modelo de tutela coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (ineficiência esta causada por vários fatores, inclusive o político), o NCPC de 2015 tratou de adotar de forma mais racional o respeito aos precedentes dos tribunais superiores, o que pode ser visto em diversas passagens e técnicas processuais que nele estão contidas. Resta saber se os operadores do direito estarão preparados para lidar com tantas regras e técnicas que foram importadas sem que se tivesse uma preparação ou educação para sua utilização no dia a dia forense.

4.4. Obrigacionalização da tutela executiva pelo CPC

Pela leitura dos arts. 778 e ss. do CPC, observa-se claramente um fenômeno bastante interessante ocorrido na Parte Especial, Livro II, do CPC, que sabemos ser o habitat natural das regras processuais relativas à atividade executiva.

Analisando esses dispositivos, perceberemos que para o legislador brasileiro toda atividade executiva seria derivada de uma relação “débito/crédito” (relação obrigacional). Entretanto, bem se sabe que nem toda atividade executiva tem na sua origem uma pretensão obrigacional, já que também “pretensões reais” (v.g., reivindicatória, reintegração de posse, restituição de coisa etc.) dão ensejo à tutela jurisdicional satisfativa.

Essa distinção de pretensões que motivam a tutela executiva não é figura meramente acadêmica, e, pelo contrário, constitui diferenciação

importantíssima não só para se compreender a origem de certos institutos executivos, ou a distinção entre *condenação* e *interditos*, mas também para justificar a necessidade de se dar um tratamento processual diferenciado pelo legislador para as demandas fulcradas em uma ou outra modalidade de pretensão.

Assim, quando se fala em “pretensão obrigacional”, é preciso entender o que se quer dizer.

Em uma relação obrigacional, têm-se os seguintes elementos: crédito (credor), débito (devedor), vínculo que os une (a relação), o objeto (mediato – o bem devido) e o objeto imediato (a prestação a ser realizada). Uma vez descumprida a obrigação, o credor pode então “exigir” o seu cumprimento. Não cumprida essa exigência, certamente diante dessa crise jurídica só há um caminho para o credor: buscar a tutela jurisdicional.

Diante da crise instaurada perante o Poder Judiciário, cabe a este declarar a norma jurídica concreta, o que, em outras palavras, significa, no caso de procedência, reconhecer a existência da relação obrigacional, bem como o direito do credor de exigí-la, motivo pelo qual outorga ao devedor o “direito” de cumprir espontaneamente a prestação devida.

Caso este não a cumpra no prazo assinalado pelo juiz no provimento que impõe a prestação, restará então ao credor insatisfeito a necessidade de atuar, na prática, à norma jurídica concreta. Deve-se observar, entretanto, que, nas relações obrigacionais, é o próprio direito substancial que “exige” que se conceda ao devedor a oportunidade de cumprir a obrigação devida que foi reconhecida na sentença (norma jurídica concreta). Só depois de não cumprida espontaneamente é que nasce o momento executivo.

É daí que nasce o intervalo entre a atividade jurisdicional executiva e a atividade jurisdicional cognitiva nas relações obrigacionais (como no caso dos arts. 535, *caput*, e 520).⁴

5. A TÉCNICA PROCESSUAL EXECUTIVA

Como toda e qualquer ferramenta, o processo é um instrumento a serviço do direito substancial; é meio de impor a solução ofertada pelo direito material. Já dissemos anteriormente que o processo constitui, portanto, um conjunto de técnicas (ferramentas) que são utilizadas para solucionar as crises do direito material.

Sendo, portanto, um meio, um método, e não um fim em si mesmo, o processo não é nem deve ser uma técnica-padrão, uniforme, porque o seu formato deve ser adequado ao tipo de direito em conflito. Mesmo assim, porquanto exista uma variedade de técnicas, podemos, para fins didáticos, compartimentá-las em: “módulos processuais, procedimentos e provimentos”.

5.1 Os módulos processuais executivos (fase ou módulo processual e processo autônomo)

Tomando por análise a tutela jurisdicional executiva, podemos dizer que ela pode ser realizada por via de um processo autônomo – voltado exclusivamente para a atuação da norma concreta (“processo de execução fundado em título extrajudicial”) – ou sendo apenas um módulo (fase) executivo de uma relação jurídica processual que agrega as funções de declarar e atuar à norma concreta (como no caso do art. 523 do CPC).

Do ponto de vista do procedimento a ser adotado para o módulo ou processo executivo, o CPC previu diversas espécies, estabelecidas de acordo com o direito material a ser satisfeito. O nome atribuído pelo legislador a esse módulo ou etapa executiva fundada em título judicial é *cumprimento de sentença*. Assim, quer se trate de sentença ou de acórdão ou até mesmo de interlocutória com eficácia de título executivo, então a sua efetivação recebe a alcunha de *cumprimento de sentença*. Assim, podem-se distinguir três procedimentos: expropriação, desapossamento e transformação, assim configurados no CPC:

1. Cumprimento de sentença (procedimento executivo como módulo processual subsequente à relação jurídica cognitiva, fundado em provimento judicial), que, por sua vez, se distribui em:
 - 1.1 Cumprimento de sentença para pagamento de quantia fundado em título executivo provisório que segue o rito dos arts. 520 e ss.;
 - 1.2 Cumprimento de sentença para pagamento de quantia fundado em título definitivo que segue o rito dos arts. 523 e ss.;
 - 1.3 Cumprimento de sentença para pagamento de obrigação alimentícia que segue o rito dos arts. 528 e ss.;
 - 1.4 Cumprimento de sentença para pagamento de quantia contra a Fazenda Pública que segue o rito dos arts. 534 e 535;
 - 1.5 Cumprimento de sentença de tutela específica de obrigação de fazer e não fazer, que segue o rito dos arts. 536 e 537;
 - 1.6 Cumprimento de sentença de tutela específica para entrega de coisa (art. 538).

2. Processo de execução autônomo (fundado em título extrajudicial) que também se divide em:
 - 2.1 Processo de execução para entrega de coisa de coisa (arts. 806-810);
 - 2.2 Processo de execução das obrigações de fazer e não fazer (arts. 814-823);
 - 2.3 Processo de execução das obrigações para pagamento de quantia prevista nos arts. 824 e ss. do CPC. Neste, por sua vez, dependendo da solvabilidade do executado (insolvência civil, art.1.053), da obrigação a ser executada (alimentos, art. 911) ou ainda daquele que será executado (Fazenda Pública – art. 910), existirão subdivisões procedimentais específicas.

5.2 Os procedimentos executivos (espécies de procedimentos)

No tocante ao procedimento executivo por expropriação (pagamento de quantia), transformação (fazer ou não fazer) ou desapossamento (entrega de coisa), como foi dito, a regra é a de que, se o título for judicial, um só processo é instaurado, muito embora existam uma fase (módulo) processual cognitiva e outra executiva muito bem definidas. O nome que se atribui à fase executiva é *cumprimento de sentença*.

Por outro lado, tratando-se de execução fundada em título extrajudicial, será necessária a instauração de um processo autônomo.⁵

É importante notar que as execuções por quantia (judiciais ou extrajudiciais) possuem tipos procedimentais específicos, segundo critérios adotados pelo legislador. Assim, as obrigações de pagar quantia são ainda subdivididas segundo critérios “pessoais, estado (solvência ou insolvência) patrimonial do executado, o direito exequendo” etc. Dessa forma, há diversos procedimentos especiais referentes ao tronco comum das obrigações de pagar quantia.

Têm-se, portanto, dentro do CPC, a “execução contra a Fazenda Pública”, a execução contra devedor solvente, a execução da prestação de alimentos, e até mesmo fora do CPC há a execução fiscal (Lei 6.830/1990) promovida pela Fazenda Pública contra os administrados, que também enseja uma atividade executiva expropriatória e em breve ter-se-á em legislação extravagante a execução contra devedor insolvente nos termos do art. 1.053 do CPC.

5.3 Os provimentos executivos (meios de sub-rogação e meios de coerção)

No que se refere aos provimentos judiciais proferidos na atividade jurisdicional executiva, é certo que, dentre os diversos tipos de provimentos

emitidos, destacam-se aqueles que dão característica e tipicidade à função executiva, que são, por isso mesmo, denominados atos processuais executivos.

Tais atos são assim chamados porque emanam do poder do Estado-juiz, e têm por finalidade satisfazer à pretensão do exequente, sujeitando o executado a essa finalidade.

Esses atos processuais executivos são realizados mediante as técnicas processuais de sub-rogação ou coercitivas.

Lembre-se que a finalidade do ato executivo é satisfação à pretensão executiva, e, por isso mesmo, tais atos são destinados a criar alterações no mundo dos fatos, tornando concreta e real a prestação contida no título executivo provisório ou definitivo.

Justamente porque têm essa finalidade de realizar o comando contido no título, com intuito de alterar o plano dos fatos, esses atos (executivos) são dominados pela função sancionatória, que se operará diretamente sobre o patrimônio do executado, compelindo-o por pressão psicológica (coerção) a cumprir a prestação (multa etc.), ou então realizando, independentemente de sua vontade, aquilo que ele deveria realizar (sub-rogação, por exemplo, a expropriação de quantia).

Por intermédio dos meios sub-rogoratórios, o Estado-juiz substitui a atividade do executado, prescindindo da sua vontade, e realiza o direito do exequente. Podem ser divididos ainda em instrumentais e finais. São exemplos, respectivamente, a penhora de bens e a expropriação em leilão público (também os atos de desapossamento nas execuções de entrega de coisa).

Os meios coercitivos são aqueles que *não* prescindem da vontade do executado, pois atuam diretamente sobre ela, com função coercitiva de pressão psicológica, como se fosse um estimulante positivo no cumprimento da obrigação inadimplida. Tais atos têm grande vantagem sobre os anteriores, pois permitem a atuação da norma concreta por ato do

próprio executado, com menos custo e ônus tanto para o Estado quanto para o exequente. Tais medidas coercitivas devem ser direcionadas contra o executado, fazendo com que este raciocine no sentido de compreender que seria mais vantajoso cumprir e satisfazer o direito exequendo do que assumir a medida coercitiva que lhe foi imposta. São exemplos de medidas coercitivas as multas diárias, a prisão civil nas execuções de prestações alimentícias etc.

No que concerne às hipóteses de utilização dos meios de sub-rogação e de coerção, inegavelmente há uma correspondência entre o direito a ser satisfeito e o meio executivo a ser utilizado, aliás, como deve ser o processo civil de resultados.

Certamente, as obrigações de fazer e não fazer personalíssimas (execução por transformação) exigem a adoção de meios eficientes de coerção, enquanto as obrigações de entrega de coisa (execução por desapossamento) sugerem o uso dos meios de sub-rogação.

Todavia, não obstante essa influência determinante do direito material sobre a ferramenta processual executiva a ser utilizada na atuação da norma concreta, prevalece hoje no direito processual brasileiro o “princípio da atipicidade do meio executivo”, que permite ao magistrado a escolha do meio executivo (sub-rogação ou coerção) mais adequado à realização da função executiva, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Mais do que isso, o juiz poderá não só eleger o meio executivo mais adequado, como ainda cumulá-lo se assim entender necessário para a efetivação da norma jurídica concreta. Nesse sentido é expresso o art. 139, IV, do CPC que assim diz:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial,

inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Assim, por ser meio executivo, tais atos têm natureza processual, e pode-se dizer que será um ato realmente efetivo se da sua atuação resultar a satisfação da norma jurídica concreta.

É interessante notar que, pelo fato de os atos executivos serem medidas cerceadoras da liberdade (atua sobre a vontade do indivíduo) e da propriedade (invade o patrimônio independentemente da vontade do executado), os meios executivos devem ser precisos, no sentido de estarem muito bem delimitados o objeto da execução, o início, o fim, a forma, justamente para evitar um desbordamento ilegítimo da função executiva.

Assim, na imposição de multa é salutar que o magistrado defina o dia ou a hora da incidência da multa, que registre a partir de quando se deu a sua redução ou ampliação etc. Tem sido um equívoco muito comum a fixação da multa por período ilimitado (com o qual é maliciosamente consentido pelo exequente) de forma a transformar esse método processual indutivo em punitivo, caso em que desborda totalmente a função coercitiva e executiva, aproximando-se de um *contempt of court*.

A adoção do “princípio da atipicidade dos meios executivos” encontra-se expressamente prevista no art. 139, IV, do CPC e consagra, de uma vez por todas, a postura irreversível do legislador brasileiro de transformar o papel e a atuação do magistrado, de mero espectador (fruto de um Estado liberalista) em partícipe (Estado social intervencionista), na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

Porquanto o manuseio dos meios executivos esteja atualmente entregue à “escolha” do magistrado – que, diante do caso concreto e para atender de forma justa e tempestiva o direito material, poderá utilizar o meio adequado para obter o melhor rendimento jurisdicional –, não vemos aí nenhum ponto de discricionariedade judicial, tendo em vista que a opção, além de ser a “adequada” para a hipótese, deve ser fundamentada, aliás, como toda e qualquer decisão. O limite natural dessa escolha, e que o juiz

não pode perder de vista, é o de que, havendo mais de um meio adequado, a escolha deve ser feita de modo a acarretar o menor sacrifício possível ao devedor, tal qual determina o art. 805 do CPC.

É curioso notar que a regra matriz da atipicidade do meio executivo é adotada na Parte Geral do CPC, em especial ao tratar dos poderes do juiz, no art. 139, IV, mas ao tratar de cada espécie de execução, o legislador só a repete quando aborda a satisfação das obrigações específicas, seja no cumprimento de sentença ou no processo de execução. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de que o juiz possa, em procedimento expropriatório de quantia, se utilizar de medidas indutivas como *expressamente* determina o art. 139, IV, sem, no entanto, excluir o procedimento comum (contra devedor solvente) e especial (alimentos) já existente para a expropriação de quantia.

5.4 Atos executivos em espécie

Conquanto as reformas implementadas no direito processual civil após a CF/1988 e consagradas no CPC de 2015 tenham se direcionado no sentido de substituir o vetusto e liberal princípio da tipicidade dos meios executivos pelo da atipicidade desses meios, e, portanto, franqueando margem de liberdade ao magistrado (art. 139, IV) para a escolha, obviamente fundamentada, do meio executivo mais apto e adequado para realizar a norma jurídica concreta, ainda assim o legislador fez questão de traçar um itinerário executivo para as diversas espécies de execução, sugerindo em alguns casos o meio executivo a ser tomado pelo juiz. Portanto, a seguir arrolamos alguns atos executivos da tutela satisfativa do direito processual civil brasileiro.

5.4.1 Penhora e avaliação de bens penhorados

Na execução para pagamento de quantia certa contra devedor solvente, há um itinerário procedimental em que primeiro se pinça(m) do patrimônio do executado qual (ou quais) o(s) bem(ns) – para em seguida avaliá-lo(s) – que suportará(ão) a expropriação para a satisfação do crédito.

Se o bem singularizado for dinheiro, então o caminho fica mais curto, pois o crédito será pago com a referida quantia, e não precisará ser feita avaliação alguma. Todavia, se o bem individualizado não recair sobre o dinheiro, será necessário que primeiro se proceda à penhora de determinado bem do patrimônio do executado e, em seguida, realizar-se-á a sua avaliação para saber se o bem afetado poderá converter-se em quantia suficiente à satisfação do crédito exequendo.⁶

Assim, regra geral, esses dois atos executivos instrumentais são necessários para que se faça a execução por expropriação (para pagamento de quantia certa contra devedor solvente). Não nos parece que o magistrado possa substituir tais atos executivos por outros meios ficando-se no seu poder descrito no art. 139, IV, do CPC. Pode acrescentar outros meios, mas não pode prescindir nem da penhora nem da avaliação (quando esta se fizer necessária) sob pena de ferimento do devido processo legal.

Feito isso, enfim, passado o itinerário preparatório, marcado pela penhora e pela avaliação, três são as formas de se chegar à satisfação do direito exequendo (art. 825 do CPC), podendo adotar uma ou outra, dependendo de certas condições em relação a cada caso concreto:

Art. 825. A expropriação consiste em:

I – adjudicação;

II – alienação;

III – apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou estabelecimentos e de outros bens.

Assim, a penhora é o primeiro ato de execução forçada quando se requer o pagamento de quantia, e tem o papel importantíssimo de identificar

o bem que será expropriado, fazendo com que sobre ele incida a responsabilidade executiva.

Tal ato é executivo (instrumental) porque é marcado pela coercibilidade estatal, que afeta o bem à expropriação judicial, gerando efeitos no plano material e processual que deverão ser respeitados pelos litigantes.⁷

A penhora e a avaliação são atos executivos instrumentais, porque preparam o itinerário executivo para o ato final de expropriação. Há situações em que a penhora não é necessária, quando, por exemplo, o executado é a Fazenda Pública, cuja execução tem regra específica prevista na CF/1988 (art. 100). Também há casos em que a execução prescinde da avaliação quando ela recai sobre quantia, por razões óbvias. Há situações, ainda, em que a realização desses atos instrumentais é facilitada ou complicada, dependendo de certos aspectos impostos pelo próprio direito material.

Assim, nas execuções de bens hipotecados, a efetivação da penhora é bastante facilitada, ao contrário dos casos em que se encontram bens do executado apenas em comarca diversa do juízo da execução. Há circunstâncias em que a avaliação é bastante facilitada, quando depende de cotação em bolsa de valores, assim como há outras em que é bem dificultada, por ser preciso nomear perito para se chegar a uma avaliação.

Portanto, como regra geral, tanto a penhora quanto a avaliação são atos executivos preparatórios imprescindíveis para que se possa realizar uma das formas de expropriação forçada prevista no art. 825 do CPC.

5.4.2 Adjudicação, apropriação de frutos e rendimentos e arrematação do bem penhorado

Uma vez realizada a penhora do bem na execução por quantia contra devedor solvente, inicia-se a fase expropriatória (expropriação forçada), que será, como regra geral, precedida de avaliação do bem penhorado.

Obviamente, sendo dinheiro, é efetuado de imediato o pagamento, mas, não o sendo, segue-se o itinerário, rumo à satisfação do crédito exequendo.

A expropriação judicial, como ato de império estatal ao qual se sujeita o executado, poderá ser feita das seguintes formas (privação da propriedade do executado):

- I – adjudicação de bem penhorado;
- II – alienação de bem penhorado;
- III – apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou estabelecimentos e de outros bens.

Todas as três técnicas são atos de execução por sub-rogação, impostos pelo Estado e, como tal, devem ser suportados pelo executado. Cada um se aplica em uma determinada situação regulada pelo Código, nada impedindo que, por força do art. 139, IV, o magistrado lance mão de outras medidas que entender necessárias à justa e adequada satisfação do direito exequendo.

Embora as referidas técnicas sejam ferramentas expropriatórias do bem do executado que responderá pela dívida, a verdade é que possuem diferenças além do tronco comum que as une. É que o resultado prático (satisfação do credor) a ser obtido com o uso de cada uma dessas ferramentas não é o mesmo em relação ao *momento* de sua consumação.

Assim, a adjudicação (o credor se dispõe a receber o próprio bem (ou bens) imóvel apreendido) oferta um resultado prático imediato com a transferência do bem para a propriedade do credor. Ocorre aí uma espécie de *resultado prático equivalente*, pois o dinheiro era o que se pretendia originariamente.

Já na alienação do bem penhorado a satisfação do credor ainda demorará algum tempo, pois primeiramente será feita a expropriação do bem, e, depois, a expropriação do dinheiro do executado que foi obtido com a alienação

Por sua vez, na apropriação de frutos e rendimentos do bem penhorado, permite-se que o credor receba, aos poucos, e durante o período necessário, os rendimentos daquele. Ao final, o executado continuará proprietário do bem de onde foram extraídos frutos e rendimentos utilizados para pagar o crédito exequendo.

Essas diferenças entre as formas de expropriação forçada foram sentidas pelo CPC, e a prova disso é que só colocou sob a rubrica “da satisfação do crédito” no art. 904 a “entrega do dinheiro” e a “adjudicação do bem”, *in verbis*:

Art. 904. A satisfação do crédito exequendo far-se-á:

I – pela entrega do dinheiro;

II – pela adjudicação dos bens penhorados.

Ora, a entrega do dinheiro corresponde justamente à hipótese de obtenção de expropriação do devedor do numerário obtido com a alienação do bem penhorado e com a obtenção do dinheiro ou da percepção dos seus frutos e rendimentos. Mesmo aí existe a diferença temporal de recebimento do dinheiro, por razões lógicas.

A rigor, todas as formas são expropriatórias e voltadas à satisfação do credor, mas a diferença entre elas é que a linha que separa cada espécie de ato ao resultado a ser obtido é variável no tempo. Mais curta na adjudicação, mais longa na alienação em leilão. O meio-termo está na percepção de frutos e rendimentos de bem penhorado.

5.4.3 *Meios de coerção (multa etc.)*

Também devem ser considerados “atos executivos” os meios coercitivos impostos com o desiderato de compelir o executado a adimplir o dever ou obrigação. Isso porque o ato executivo não é só aquele que atua

sobre o patrimônio físico do executado com o intuito de transferi-lo ao exequente.

Há também outro tipo de atos executivos – os coercitivos –, que atuam sobre a psique do executado, incitando-o a cumprir, ele mesmo, o dever ou obrigação exequenda. Certamente, tais atos não têm o condão de atuar, pela sua própria força, à norma jurídica concreta, posto que não prescindem da vontade do executado, mas certamente são um importante meio de obrigar o executado a satisfazer a obrigação.

O papel executivo dessas ferramentas coercitivas que atuam sobre a vontade do executado (fazendo com que este reflita no sentido de concluir que é mais vantajoso cumprir a obrigação exequenda do que suportar os ônus da coerção que lhe é imposta) tem seu campo de incidência, precipuamente, nas modalidades de execução em que nenhum meio sub-rogatório servirá para se conseguir a atuação da norma jurídica concreta, como no caso das prestações infungíveis de fazer e de todas as prestações de não fazer (tolerar e abster).

Não obstante os meios coercitivos terem função acentuada nos casos de obrigações ou deveres infungíveis, certamente a lei não restringe a sua aplicação a essas situações, já que a execução por coerção é muito mais econômica do que a sub-rogatória, e atende ao princípio da maior coincidência possível, no sentido de que a obrigação foi cumprida, ainda que sob pressão e judicialmente, pelo próprio executado. Por isso, o CPC estende os meios coercitivos – com destaque para a multa – a outras modalidades executivas, tal como se vê nos arts. 297, 771, parágrafo único, 804, parágrafo único, 538, § 3.º etc.

Insta observar que é importante que, no caso concreto e atendendo às peculiaridades da causa que lhe são postas, o juiz sopesse, dentre outros aspectos da multa (valor, tempo etc.), a própria utilidade da sua imposição, pois, se há casos em que esta se mostra imprescindível para a obtenção da tutela específica (*in natura*), há outros em que ela será absolutamente

desnecessária, como na hipótese de execução para emitir declaração de vontade (art. 501). Outrossim, também deve haver cuidado nas obrigações de entrega de coisa, em que os atos executivos sub-rogatórios de busca e apreensão (bem móvel) e imissão de posse (bem imóvel) são eficientes no sentido de obtenção do resultado específico (receber a coisa), e a multa será apenas mais um coadjuvante (não substitutivo) desses atos executivos, o que, aliás, deixa claro o art. 806, parágrafo único, do CPC.

Por fim, é importante registrar que a multa coercitiva tem natureza processual, e, como tal, sobre ela não recai a autoridade da coisa julgada material, podendo a qualquer tempo modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou excessiva ou insuficiente ou o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para seu descumprimento (art. 537, § 1.º). Portanto, não é possível ao magistrado simplesmente revogar os efeitos já ocorridos da multa imposta. Estes deverão ser objeto de recurso adequado ao seu tempo, sob pena de preclusão. Não deve a multa, jamais, servir ao enriquecimento ilícito e sem causa do credor às custas do devedor; tampouco é técnica punitiva e nisso distancia-se do *contempt of court* (art. 77, § 4.º).

5.4.4 *As diversas classificações da atividade executiva*

Apenas para fins didáticos e para melhor compreensão e sistematização do estudo da atividade jurisdicional executiva, é muito comum a doutrina – muitas vezes a partir da nomenclatura adotada pelo legislador – estabelecer classificações para a atividade executiva, utilizando para isso critérios como “a eficácia imediata ou diferida dos atos executivos” (execução provisória ou definitiva), o tipo do meio executivo utilizado (execução direta ou indireta), a “tipicidade da atividade executiva” (execução própria e imprópria), o “resultado” da atividade executiva (frutífera e infrutífera), a “autonomia formal processual” da atividade

executiva (execução *lato sensu* e *stricto sensu*), o direito que está sendo executado (singular ou coletiva), a “construção efetiva” do ato executivo etc.⁸

5.4.4.1 Execução provisória e execução definitiva

A primeira etapa no processo de debelação de uma crise jurídica de adimplemento consiste em obter uma sentença de mérito que acolha a pretensão do autor. Ao proferir tal provimento, o magistrado estará revelando uma norma concreta, qual seja, reconhecendo a existência do fato constitutivo do autor. Enfim, admite a eficácia normativa (incidência) da norma, impõe a sua eficácia jurídica (impõe a sanção prevista na própria norma) e aguarda que a eficácia (comando) do direito revelado seja socialmente cumprida.

Portanto, ao revelar a norma jurídica concreta, esta se encontra em condições de se tornar eficaz no mundo real, alcançando no plano social a efetividade esperada. Portanto, quando, ao aplicar a lei ao caso concreto, o magistrado revela a norma individualizada, permite que ela possa produzir os efeitos no mundo real. Seria como dizer que, na ação de despejo, uma vez reconhecida a inadimplência do aluguel, impõe-se ao locatário/réu o dever de sair do imóvel.

Entretanto, por razões de política legislativa, nem sempre a revelação da norma concreta na sentença produz efeitos imediatos no mundo dos fatos. É que, muitas vezes, em respeito à segurança jurídica e à conservação do poder no âmbito dos tribunais, um sistema jurídico adota o princípio de que uma decisão passível de ser executada deva/possa ser reexaminada,⁹ consagrando, portanto, o princípio do duplo exame das decisões judiciais. Assim, esse mesmo sistema jurídico, que adota o princípio do duplo exame, pode ainda exigir – também sob o manto da segurança jurídica – não só direito do vencido ao duplo exame, como, ainda, de que a eficácia social de

uma decisão (realização no mundo dos fatos) só possa ocorrer senão depois de realizado o duplo exame da decisão proferida.

Seria, *v.g.*, dizer que, ao consagrar a segurança jurídica como norte principiológico, o legislador processual teria dito que a decisão judicial exequenda teria sua eficácia amordaçada ou impedida de realizar as sanções no mundo dos fatos, enquanto não fosse feito o reexame dela, normalmente por órgão hierarquicamente superior.

São a segurança jurídica e a conservação do poder e da dominação no âmbito dos tribunais que motivam não só a adoção do princípio do duplo exame, como também a regra de que a eficácia das decisões judiciais só deva ocorrer após realizado esse duplo exame (e, ainda assim, em certos casos, com algumas ressalvas).

Nesse contexto, surge aquilo que conhecemos como execução definitiva e execução (cumprimento) provisória do julgado. Diz o texto do art. 520 que “o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime [...]”.¹⁰

Portanto, há uma verdadeira simbiose entre a execução provisória, estabelecida nos arts. 520 e ss. do CPC, e o “efeito suspensivo” do recurso, previsto no art. 1.012 do mesmo Código. Ao dizer que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo para os casos descritos nos incs. I a VI do art. § 1.º do art. 1.012, o legislador já previu que nessas hipóteses o princípio da segurança jurídica cede espaço ao princípio da efetividade, permitindo que a eficácia jurídica da norma concreta (sanção) seja eficaz no mundo dos fatos (eficácia do direito).

O art. 1.012 trata da eficácia imediata da sentença, ao passo que o art. 520 cuida do cumprimento provisório da sentença. A sutil diferença é que nem sempre a eficácia provisória refere-se a um provimento com eficácia executiva provisória. O incs. IV e VI do referido art. 1.012, § 1.º, são exemplos de provimentos constitutivos com eficácia imediata, o que é

deveras incomum no nosso ordenamento; por não serem condenatórios, mas sim constitutivos, não se sujeitam a um *cumprimento provisório* nos termos do art. 520 do CPC.

Por outro lado, significa, *a contrario sensu*, que o efeito suspensivo nada tem a ver com a interposição do recurso, e, portanto, não é efeito seu; a interposição do recurso, portanto, prolonga um estado de ineficácia ou improdutividade de efeitos da decisão judicial, salvo naqueles casos em que o legislador, expressamente, optou por dotar de eficácia imediata a decisão judicial.

Nesse passo, seria provisória a execução ou o cumprimento da decisão sempre que, estando em curso o processo, a decisão exequenda tivesse sido impugnada por recurso desprovido do efeito suspensivo (art. 478-I, § 1.º), ou, se se preferir, mais correto seria dizer que, nesses casos, mesmo com o processo em curso, o legislador entendeu que a decisão exequenda deve ter eficácia imediata, independentemente da possibilidade de ela ser desafiada por recurso.

5.4.4.2 Execução específica e genérica

É certo que, mesmo nos casos em que a tutela jurisdicional concedida coincida com a situação que se teria caso tivesse ocorrido o adimplemento voluntário da obrigação, ainda assim pode-se dizer que não haveria identidade plena de resultados entre o adimplemento espontâneo e a sua realização mediante o processo. Isso porque todo processo nasce, se desenvolve e morre no tempo, de forma que, quando terminar, certamente o uso e gozo do bem devido não terão o mesmo sabor e benefícios que teriam quando da sua formação originária. O processo em si mesmo causa danos marginais, expectativas, ansiedades e, muitas vezes, um custo financeiro e econômico que não é ressarcido no final. Nada disso pode ser olvidado quando se estuda o conceito de tutela específica, execução específica e execução genérica.

É inegável que no modelo do Estado social o processo ocupa um papel fundamental no devido processo legal justo e efetivo, e, nesse contexto, ganha sobremaneira relevância a busca de uma identidade de resultados entre a tutela jurisdicional dada ao vencedor e o resultado que se teria caso esse mesmo processo não tivesse sido necessário. Trata-se da tutela específica, que se preocupa em dar ao jurisdicionado a máxima coincidência possível, de tempo e resultado, para evitar mal maior do que o próprio inadimplemento.

Antes mesmo do CPC de 2015, o Código anterior já havia sofrido inúmeras alterações no sentido de proporcionar ao jurisdicionado um arsenal de técnicas processuais adequadas à tutela específica. O Novo CPC manteve a linha e trouxe em seu texto uma série de dispositivos que revelam a referida preocupação com a tutela justa e adequada em tempo razoável. Mais que isso, fez questão de colocar entre as normas fundamentais do direito processual os referidos princípios insculpidos na CF de 1988, a saber: art. 4.º (As partes têm o direito de obter, em tempo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa); art. 6.º (Todos os sujeitos do processo devem cooperar-se entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva); art. 80 (litigância de má-fé); art. 139, II, III, IV (poderes do juiz); art. 497 (efeitos da sentença que impõe uma obrigação de fazer e não fazer); art. 536 (cumprimento de sentença de obrigação de fazer e não fazer) etc.

Se o conceito de tutela específica, portanto, perpassa a ideia de obtenção do “mesmo resultado” contido na obrigação ou dever legal descumprido, o mesmo não se diga em relação ao conceito de execução específica, pois este toma em consideração a especificidade do objeto do direito a se satisfazer, e não propriamente o resultado no plano do direito material.

Isso quer dizer que todas as medidas executivas são desenvolvidas, praticadas e realizadas com um sentido específico, qual seja, no sentido de

dar ao credor exata e precisamente o bem (a coisa ou o serviço) que por atitude do devedor lhe deveria ter sido ofertado. Já a execução “genérica” – que tipifica as obrigações de pagar quantia em razão da fungibilidade e inespecificidade do dinheiro – é assim chamada porque os meios executivos incidem sobre “qualquer bem” (inespecífico) sujeito à responsabilidade patrimonial, e, a rigor, normalmente, para se alcançar o dinheiro, converte-se antes, juridicamente, um bem no valor devido.

Assim, como se viu, não se confunde a tutela específica com o que se denomina execução específica.

A tutela específica não possui nenhum conteúdo reparatório, de forma que o resultado a ser dado pelo processo é coincidente com o do adimplemento espontâneo. Por isso, não se enquadra no conceito de tutela específica em sentido estrito a “reparação” *in natura*, que é forma de reparar um dano causado, portanto, quando já não foi possível obter a tutela específica (inibitória do ilícito ou preventiva do dano).

Assim, v.g., quando se destrói um monumento natural, embora seja impossível obter a tutela específica dada a não renovabilidade do bem ambiental, é imperioso que a reparação ambiental seja *in natura*, de modo a compensar da melhor forma possível o prejuízo causado. Assim, caso a reparação *in natura* não seja adimplida, certamente daí resultará uma execução específica, pois o que se pretenderá será, justamente, o bem ou serviço declarado na norma jurídica concreta.

Além de genérica (em razão do bem objeto da execução), a execução por quantia é também “subsidiária” das demais, pois, para o caso de não realização da execução específica, deve-se converter o valor do bem ou serviço em pecúnia para que se permita, assim, a execução por quantia certa contra devedor solvente.

Muito se discute se o resultado prático equivalente é modalidade de tutela específica ou se seria modalidade de reparação específica. A discussão é muito mais teórica do que propriamente prática, pois o art. 533

se presta tanto para a tutela específica que inibe ou previne quanto para a reparatória que outorga um bem *in natura*.

5.4.4.3 Execução direta e indireta

Na solução das crises de adimplemento, exsurge sempre o momento de cumprimento da norma jurídica concreta que foi judicial ou extrajudicialmente obtida pelo credor. Trata-se do momento de tornar real, verdadeiro e concreto no mundo dos fatos o comando ou a sanção reconhecida e estampada na norma individualizada. Caso esse comando não seja espontaneamente cumprido pelo inadimplente, certamente o credor deverá, em um Estado democrático de direito, buscar a solução para a recalcitrância do devedor, batendo nas portas do Estado-juiz.

Iniciada a tutela executiva, espera-se que, por meio de seu poder (o qual corresponde à sujeição do executado), o Estado realize a sanção contida na norma jurídica concreta. Para tanto, diz-se que o Estado, mesmo sem ou contra a vontade do devedor, usa de meios – meios de sub-rogação – que, substituindo a atuação deste último, chega aos mesmos resultados que se alcançariam caso o adimplemento tivesse sido prestado espontaneamente pelo executado. Nesse passo e sob esse matiz, não se incluíam no conceito de atividade executiva as medidas estatais impostas com o desiderato de atuar *sobre a vontade* do executado, servindo de medida coercitiva e estimulante ao cumprimento da obrigação ou dever inadimplido. Essas medidas, de alguma forma, servem de estimulante positivo, qual seja, encorajando-o a pensar e agir de modo que seja mais benéfico realizar a obrigação do que suportar a medida coercitiva.

Não obstante a antiga doutrina excluir do conceito de execução (senão em sentido lato) as medidas indutivas e coercitivas, é inegável que tais mecanismos de apoio têm ganhado enorme relevo no papel instrumental do atual processo civil, que visa a dar tutela jurisdicional justa e efetiva aos jurisdicionados. Isso porque, com a valorização da tutela específica e a

busca cada vez mais incessante de um resultado processual que seja coincidente com aquele que se teria caso tivesse sido espontaneamente cumprida a obrigação ou dever legal num espaço de tempo razoável, ganha inominável relevo o uso dos mecanismos de coerção sobre a vontade do executado.

E, toda vez que a medida de apoio consegue persuadir o executado a cumprir a obrigação ou dever inadimplido, é sinal de que o adimplemento se deu da forma mais coincidente com a que se teria caso não tivesse sido necessário o processo. No entanto, não é só esse o fator que faz das medidas de apoio uma das maiores estrelas da execução civil (arts. 139, IV, 537 etc.). Tais medidas, além de – por razões lógicas – representarem enorme vantagem econômica (economia processual) sobre as medidas de sub-rogação, constituem meio idôneo e propício (quando não são o único possível) para compelir o devedor a adimplir as obrigações ou deveres infungíveis (de fazer que não possa ser prestado por terceiro e todas relativas a um não fazer). Exatamente em razão de tais aspectos é que acreditamos que as medidas coercitivas devam estar inseridas no conceito de execução, pois, se, por um lado, não ensejam uma execução direta, com realização pelo Estado do ato executivo, por outro, são mecanismos que tendem para o mesmo fim.

O atual estágio de desenvolvimento do direito processual não permitirá excluir, e o legislador processual tem confirmado isso, as medidas coercitivas do papel executivo que possuem. Nesse passo, ou se revisita o conceito de tutela executiva para abraçar as medidas coercitivas sobre a vontade do executado, ou então se muda a terminologia para que outra expressão (tutela da efetividade) possa abraçar os dois tipos de atividades, as sub-rogatórias e as coercitivas.

5.4.4.4 Execução singular e coletiva

As espécies de procedimento executivo adotado pelo CPC foram extraídas de influências diretas do direito substancial, o que, no nosso sentir, não constitui nenhum demérito, antes o contrário.

A base procedimental da tutela jurisdicional executiva descrita no CPC pode ser fincada no seguinte tripé: a) execução por quantia certa; b) execução para entrega de coisa; e c) execução das obrigações de fazer e não fazer.¹¹ Partindo desse princípio – que leva em consideração a natureza do direito ou o seu objeto –, essas modalidades ainda se subdividem de acordo com outros aspectos que também não têm natureza processual,¹² tais como a pessoa do executado (execução contra a Fazenda Pública), a pessoa do exequente (execução fiscal) e a condição de solvabilidade do executado (quantia certa contra devedor solvente e insolvente).

A distinção da execução em coletiva e individual pode ser utilizada para discernir a tutela executiva dos direitos difusos e coletivos da tutela executiva dos direitos individuais. Leva, portanto, em consideração o objeto e a natureza do direito a ser efetivado pela via processual executiva.

Tomando por análise a conceituação dos interesses coletivos trazida pelo art. 81, parágrafo único, I, II e III, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), verifica-se que será coletiva a execução quando se tratar de satisfazer direito difuso ou coletivo consagrado no título executivo. Individual é a execução voltada à satisfação de pretensões individuais.

5.4.4.5 Execução universal (coletiva) e execução singular (individual)

No atual Código de Processo Civil só existe a previsão da execução por quantia contra devedor solvente, posto que a execução por quantia certa contra devedor insolvente – ou execução universal – deverá ser objeto de lei extravagante como expressamente determina o art. 1.050 das Disposições Transitórias do NCPC. Todavia, enquanto não elaborada a referida lei

extravagante, deve ser adotado o procedimento dos arts. 750 e ss. do CPC revogado.

Neste último caso, de insolvência civil, diz-se que a execução é “universal” porque é realizada em benefício de todos os credores do executado, e *coletiva*, porque recai sobre todo o patrimônio expropriável do executado. A partir daí, tem-se o contraste em relação à execução singular e individual, assim denominada porque beneficia apenas o credor exequente e recai apenas sobre o patrimônio expropriável para satisfação daquele crédito específico.¹³

-
- ¹ Amílcar de Castro. *Do procedimento de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; Cleanto Guimarães Siqueira. *A defesa no processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997; Ovídio Baptista da Silva. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. v. II; Enrico Tullio Liebman. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1963; Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo, 1942. v. I e II; José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; Alexandre Freitas Câmara. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV; Cassio Scarpinella Bueno. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999; Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004; Marcelo Lima Guerra. *Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; Ovídio Baptista da Silva. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997; Ovídio Baptista da Silva. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001. v. II; Marcelo Lima Guerra. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999; Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos de direito processual civil I*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003; Eduardo Talamini. *A tutela dos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003; José Miguel Garcia Medina. *Execução civil – teoria geral: princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- ² Sobre os provimentos, procedimentos e processos como técnicas processuais, ver Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. I, p. 137 e ss.
- ³ Embora a função jurisdicional cognitiva seja diversa da cognitiva, não significa que precisarão estar isoladas em processos autônomos diversos. Pelo contrário, pelo atual sistema do Código, a execução fundada em título judicial é feita, sempre, no mesmo processo em que ocorreu a atividade cognitiva, muito embora em fase ou módulo processual diverso e subsequente. Essa *fase ou etapa executiva* recebe o nome de *cumprimento de sentença*
- ⁴ Todas as vezes que a atividade executiva é fundada em uma pretensão obrigacional, o que se espera é obter a efetivação de uma norma obrigacional primária (endonorma) ou a sanção pelo seu descumprimento (norma secundária). No primeiro caso a tutela

específica de fazer e não fazer ou a entrega de bem específico. No segundo caso a expropriação de bens do responsável pelo inadimplemento do devedor. O direito de crédito reconhecido em favor do credor na norma jurídica concreta (judicial ou extrajudicial) não lhe dá a propriedade dos bens do patrimônio do executado. É preciso ir além. Mesmo nos casos em que se reconhece o direito de crédito à entrega de uma coisa (compra e venda de um bem específico), não se tem aí ofensa ao “direito de propriedade” do credor pelo inadimplemento do devedor, porque efetivamente não há propriedade sobre a coisa não entregue, já que no nosso ordenamento ela só se opera com a tradição. Assim, nesse caso, será necessário desapropriar e desapossar o devedor da coisa em seu poder que foi vendida, mas não entregue em favor do credor. O que se quer aí é justamente cumprir o contrato, pois é este que dá fundamento ao recebimento da coisa ou eventual perdas e danos pela sua perda ou deterioração. Como se verá oportunamente, não é o que se passa quando se está diante de situações jurídicas subjetivas fundadas em uma pretensão real, por exemplo, no caso em que se pede a restituição do bem indevidamente apossado pelo executado (que não é devedor). A restituição da coisa ao seu proprietário não nasce de uma relação obrigacional, mas do direito de sequela, inerente ao direito real. Infelizmente a tutela jurisdicional de entrega de coisa, seja na execução, seja no cumprimento de sentença, finca-se na premissa de que tudo não passa de uma obrigação descumprida, em que os atos são credor e devedor.

- 5 Em razão de suas peculiaridades (descoincidência da competência na formação do título e da competência para executar o título), ainda existem atípicas situações de *processo autônomo de execução para cumprimento de sentença*, como bem alerta o art. 515, § 1.º, do CPC.
- 6 Embora a penhora e a avaliação sejam determinadas no mesmo mandado e pela mesma pessoa (oficial de justiça) nas execuções por expropriação, os atos são diversos porque ocorrem cronologicamente em momentos diferentes, já que se destinam à finalidade diversa. Assim, corrobora o exposto o preceito dos arts. 523, § 3.º, e 827, § 1.º.
- 7 Quando a execução por quantia certa é contra um devedor insolvente, o reconhecimento judicial da insolvência no curso do processo (art. 753, II, do CPC/1973, que ainda deve ser aplicado segundo determina o art. 1.053 do CPC/2015) tem por efeito a “arrecadação” de todos os bens que compõem o patrimônio do executado. Dita arrecadação tem função e efeito semelhante aos da penhora, que serve às execuções contra devedor solvente.

- 8 A execução também é classificada como própria e imprópria. Própria seria aquela que dá ensejo à realização da norma jurídica concreta no mundo dos fatos, mediante técnicas de coerção ou sub-rogação. Imprópria é a “execução” dos provimentos constitutivos e declaratórios, cuja eficácia pode depender de algum ato de documentação ou certificação, tal como ocorre nas hipóteses de averbação do divórcio, anulação de casamento, registro da sentença de usucapião, averbação da anulação ou suspensão dos efeitos de uma assembleia na junta comercial etc.
- 9 Reexame que pode ser feito pelo mesmo órgão ou por órgão hierarquicamente superior. Ainda, às vezes, tal reexame pode ser realizado por órgão singular ou por órgão colegiado. O reexame pode ser ocorrer mais de uma vez.
- 10 Nesse mesmo sentido o art. 1.012, §§ 1.º e 2.º, que cuidam da eficácia provisória do julgado (não necessariamente condenatório) quando a apelação é recebida, excepcionalmente, apenas no efeito devolutivo.
- 11 Não se pode esquecer de que, hoje, torna-se ainda mais nítida e importante a distinção do procedimento executivo segundo a natureza judicial ou extrajudicial do título executivo. Essa distinção reside no fato de que as execuções judiciais, aos quais o Código nomina de *cumprimento de sentença*, são realizadas em processos sincréticos, que têm uma fase cognitiva e outra executiva, ou seja, uma só relação processual com dupla função jurisdicional. Já para os títulos extrajudiciais permanece a regra dos processos de execução autônomos. Deve-se notar, todavia, que as execuções fundadas em título judicial, ou simplesmente cumprimento de sentença, possuem diferenças, pois, enquanto no cumprimento de sentença de obrigação específica (por desapossamento e transformação) o cumprimento da sentença se faz com fulcro nos arts. 536-538, o cumprimento (provisório e definitivo) de sentença para pagamento de quantia (expropriação) é cumprido segundo as regras dos arts. 520 e 523 do CPC.
- 12 O critério classificatório processual seria por expropriação, desapossamento e transformação, levando-se em consideração a finalidade do meio processual executivo empregado na tutela executiva.
- 13 É preciso observar que a terminologia “execução coletiva” também tem sido empregada para designar a execução civil nas ações coletivas para a defesa de direitos difusos e coletivos, nos termos do art. 15 da Lei da Ação Civil Pública, e art. 100, parágrafo único, do CDC

Capítulo III

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DA EXECUÇÃO CIVIL¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O CPC de 2015, seguindo a tendência mundial do constitucionalismo democrático, elencou e corporificou em diversos artigos os princípios constitucionais do processo previstos na CF/1988. Em relação à tutela jurisdicional executiva merecem destaques os seguintes dispositivos:

Art. 4.º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Pela leitura dos dispositivos acima, verifica-se que o NCPC trouxe, para dentro do Código, a interpretação constitucional de que o acesso à justiça compreende, também, a saída da justiça em tempo razoável, impondo a máxima efetividade do processo como princípio de justiça a ser cumprido pelo Poder Judiciário. É, pois, norma fundamental de direito processual civil, o princípio, agora descrito no Código, de que a tutela efetiva em tempo razoável é norte a ser alcançado pelo processo. Nos

dispositivos citados anteriormente, o princípio da efetividade da justiça, no qual se insere a tutela executiva, está associado aos princípios da duração razoável do processo e da cooperação entre os seus sujeitos, aqui incluídos os parciais e imparciais. A seguir, adiante, trataremos de apenas de alguns princípios do processo civil que se mostram mais proeminentes na execução civil.

2. PRINCÍPIO DA LIVRE-INICIATIVA (INÉRCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL)

A atuação da norma jurídica concreta depende de provocação do interessado. Seguindo a regra do art. 2.º do CPC,² o seu art. 778 determina que a execução civil depende da promoção dos legitimados ativos que ali estão arrolados, e, nesse passo, aplica-se a regra dos art. 493 do CPC não só para a sentença de mérito, mas também em relação à prestação da tutela jurisdicional executiva, bastando a singela leitura do art. 924 que expõe as hipóteses de extinção da execução.

Se, por um lado, é evidente a identificação da inércia quando a execução tem início por demanda desde que instaurado um processo autônomo tal como acontece com os títulos extrajudiciais, por outro, tal princípio não fica assim tão evidente quando se está diante de *cumprimento de sentença* (execução de título judicial) em que a atividade executiva é uma fase – subsequente – à fase cognitiva que impôs a prestação. Atente-se que, também nessas hipóteses, v.g., arts. 520, 523, 536, 538, também está presente o princípio da inércia.

Nesses casos em que uma só relação jurídica processual concentra módulos cognitivo e executivo, na propositura da demanda e instauração desse processo o pedido formulado pelo autor já é complexo porque há cumulação da pretensão cognitiva (revelação da norma concreta) com o da pretensão executiva (atuação dessa norma).

Assim, quando o texto do art. 536, § 5.º, diz que o juiz pode de ofício efetivar a norma jurídica concreta, leia-se que essa atuação, naquele momento, é de ofício, mas foi provocada muito antes, quando o autor deu início a essa modalidade de demanda que concentra as duas atividades.³

3. PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DA EXECUÇÃO CIVIL

A execução civil pode ser prestada mediante processo autônomo – iniciado por demanda executiva que inaugure uma relação jurídica processual –, mas também por simples atos executivos de cumprimento da norma jurídica concreta revelada pelo Poder Judiciário, tal como se fosse uma “fase executiva” subsequente à tutela cognitiva (normalmente condenatória).

Na hipótese de a execução ser iniciada mediante processo autônomo, por provocação de uma demanda executiva, o art. 775 do CPC⁴ dispõe que o exequente tem a faculdade de desistir da ação executiva ou de alguns atos executivos.⁵ Para que a desistência seja válida, é necessária a sua homologação, nos termos do art. 198, parágrafo único, do CPC, que, embora esteja na parte geral do CPC, aplica-se subsidiariamente à parte especial referente à execução (art. 771).

A regra disposta no Livro II da Parte Especial, art. 775 do CPC, funda-se no aspecto de que o processo executivo tem por finalidade a satisfação do direito exequendo – processo de desfecho único – e, por isso mesmo, não haveria necessidade de consentimento do executado para que fosse válida a desistência, ou seja, não haveria nenhum prejuízo – antes, um benefício – para o executado se o autor desistisse da execução, daí por que a opinião do executado seria irrelevante para se obtê-la. Aliás, o texto é claro ao demonstrar que existe uma “faculdade”, justamente porque tal “situação jurídica subjetiva” caracteriza-se pelo fato de que não cria nenhum prejuízo em face de quem ela é exercida.

Entretanto, nem sempre essa desistência é um mero capricho unilateral do exequente, e o Código ficou atento a hipóteses em que, eventualmente, o exequente pudesse desistir da execução, pretendendo, assim, escapar de eventual sentença de procedência dos embargos de mérito do executado, pois, se fosse extinta a execução, o alvo dos embargos não mais existiria, e essa demanda perderia o seu objeto.

Por isso, o legislador processual cuidou expressamente dessa hipótese, avisando que a desistência da execução é sempre possível e será unilateralmente decidida pelo autor continuamente, dependendo, é claro, de homologação. A diferença estará nos efeitos da desistência. Assim, se o exequente pretender desistir da execução quando o executado já tiver oferecido (interposto) embargos fundados em matéria atinente ao mérito da execução (crédito), a execução será extinta, mas não os embargos, senão apenas com expressa concordância do embargante, seguindo aqui uma disciplina semelhante à do art. 485, VIII, § 4.º, do CPC.⁶

Todavia, se a desistência da execução for anterior à interposição dos embargos, ou se, sendo-lhe posterior, este se fundamentar em matéria processual (cúmulo de execuções, competência etc.), então a desistência da execução terá por condão a extinção dos embargos do executado, justamente porque nenhum benefício teria o embargante em obter uma sentença de procedência de conteúdo processual.

É importante registrar alguns pontos sensíveis acerca da matéria contida no art. 775 do CPC. A disciplina do dispositivo não altera o princípio da livre disponibilidade da execução, mas tão somente dá tratamento diverso *aos seus efeitos*, especialmente em relação à extinção ou não dos embargos do executado eventualmente interposto.

A distinção de regimes jurídicos quanto aos efeitos (extinção ou não dos embargos) depende do tipo de matéria que tiver sido alegada nos embargos. Nesse dispositivo, o legislador tornou importante a classificação dos embargos em “de rito” ou “de mérito”, que leva em consideração o

conteúdo dessa demanda. Todavia, embora na teoria possa parecer simples a distinção, na prática isso nem sempre, ou quase nunca, é tão evidente assim. Matérias como “excesso de execução” ou “legitimidade” etc. poderão trazer dificuldade na definição da natureza substancial ou formal dos embargos.

Nesse caso, manda a prudência e a cautela o respeito ao princípio do contraditório, sendo salutar que o magistrado promova a conduta mais rente ao devido processo legal, evitando nulidades futuras e, assim, intimando o executado para manifestar-se sobre a concordância ou não com a extinção dos embargos do executado.

Não é demais repetir que se aplica o art. 572 do Livro II, Parte Especial, do CPC à impugnação prevista nos arts. 525 e ss. do Livro I, Parte Especial, do CPC.⁷⁻⁸⁻⁹

Ultrapassada essa questão, outra de igual importância diz respeito aos ônus sucumbenciais (honorários e custas processuais) decorrentes da desistência homologada. Em relação ao processo de execução, tem-se que, se já tiver ocorrido a citação do executado, e este já tiver ingressado no feito (penhora ou depósito), a regra é a de que será devida a verba sucumbencial.¹⁰ Caso a desistência da execução implique também a extinção dos embargos do executado, a verba sucumbencial se estenderá, também, à ação de embargos do devedor, e só não serão devidos honorários, nesse caso, se o executado embargante anuir expressamente a respeito, por intermédio de seu advogado.¹¹

Como já se viu, um dos efeitos da desistência será a sua interferência – ou não – na vida dos embargos do executado, nos termos do art. 775, parágrafo único. Todavia, as hipóteses normalmente contempladas nesse tópico são de desistência da ação de execução, muito embora o dispositivo fale também na desistência de “algumas medidas executivas”.

Nesse caso, só se imagina a desistência de algumas medidas executivas se outras puderem substituí-las, pois, do contrário, cairíamos na hipótese de término do processo de execução.

Parece-nos que o legislador refere-se exatamente às situações em que, depois de requerida uma via coercitiva (v.g., multa diária), o exequente pretende desistir dela para solicitar a medida sub-rogatória (v.g., execução por terceiro). Tal dispositivo aplica-se, portanto, também às hipóteses em que a tutela executiva não é dada de forma autônoma, mas como se fosse uma fase seguinte e imediata à fase ou módulo cognitivo (cumprimento de sentença). Nesse caso, é bastante viável imaginar a desistência de algumas medidas executivas sem que isso comprometa o fim da execução propriamente dita.

A decisão que homologa a desistência (interlocutória ou sentença) tem eficácia imediata, e por isso a situação após a desistência deve ser a mesma anterior à instauração do processo de execução, e isso é muito importante para o executado, que poderá fazer valer esse direito (exigir o retorno ao estado anterior). Se foi o caso de desistência de alguma medida executiva, então que se retorne ao estado processual exatamente anterior àquele que existia antes de a medida ter sido concedida. Se a medida executiva de que se desistiu tinha sido a imposição de multa eventualmente paga, ela deverá ser devolvida, já que a desistência implica o retorno ao estado anterior ao do ato do qual se desistiu. Daí a importância entre pedido de *desistência* e de *substituição* da medida executiva. Neste último caso, a medida que substitui não implica retorno ao *status quo* alterado pela medida executiva substituída.

Ainda dentro da disponibilidade da execução civil o CPC/2015 trouxe uma inusitada regra no art. 785 ao dizer que “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”. A regra *supra* é absolutamente sem sentido, porque não haveria interesse processual em buscar a tutela jurisdicional cognitiva para se obter aquilo que já se tem, que é um título com eficácia executiva. A única interpretação que se pode extrair dessa norma decorre do fato de que, aos poucos e paulatinamente, o

legislador tem deixado clara a sua posição em relação à necessidade de *diminuir a eficácia do título extrajudicial* diante do *título judicial*, tal como se observa em diversos dispositivos do CPC, sendo este, inclusive, mais um deles (v.g., o art. 1.012, § 2.º, que “transforma” execução definitiva em provisória). A regra é teoricamente absurda, e acaba sendo invocada ou justificada para atender a situações esdrúxulas que não precisariam recorrer a esta quimera para serem atendidas. Assim, por exemplo, porque não se tem uma técnica de efetivação de um *não fazer* no processo de execução, ou, ainda, porque corriqueiramente não se admite a tutela provisória urgente antecipatória em processo de execução, então, para esses casos justificar-se-ia a propositura de uma ação cognitiva lastreada em título executivo extrajudicial.

4. PRINCÍPIO DO DESFECHO ÚNICO

A adoção do princípio do desfecho único significa que a extinção da execução (cumprimento de sentença ou processo autônomo) não está atrelada à tradicional terminologia do “procedente/improcedente”, que caracteriza o processo de conhecimento nos quais existe o julgamento da lide. Em outras palavras, o princípio do desfecho único implica dizer que a função executiva termina de forma típica ou normal quando se prolata uma sentença que reconhece a satisfação do direito exequendo. Assim, a execução civil poderá ser frutífera ou infrutífera, mas não procedente ou improcedente.

A adoção desse princípio traz consequências bastante importantes.

A primeira delas é a de que o legislador criou uma espécie de “isolamento” da função executiva (*em processo autônomo ou em módulo executivo no cumprimento de sentença*), de forma que, uma vez iniciada a tutela executiva, há uma sequência ordenada e ininterrupta de atos voltados à execução e satisfação do direito exequendo.¹²

A segunda consequência derivativa do princípio do desfecho único é que o executado não tem nenhuma expectativa em relação ao resultado da execução, pois, ao exercer a função jurisdicional executiva, o legislador apenas pretende satisfazer o muito provável direito do exequente representado no título executivo, motivo pelo qual as regras de desistência da demanda executiva não se submetem aos mesmos critérios do art. 485, VIII, § 4.º, do CPC, mas sim ao regime jurídico do art. 775 do CPC.

A terceira consequência da adoção do princípio do desfecho único da execução é que, com a adoção dessa técnica de “isolar em sequência” os atos executivos, corretamente pretende-se organizar a atividade executiva da cognitiva, de modo que o executado deveria discutir a pretensão executiva em incidente lateral e apenso à execução.¹³

Por conta disso, a posição do executado é, no máximo, de controle da regularidade dos atos executivos, sem permitir, portanto, que a execução seja um novo palco para discussões da pretensão executiva.

O princípio do desfecho único da execução sofre variações dependendo se se trata de cumprimento de sentença ou se é em processo autônomo para execução de título extrajudicial. Neste, existe para o executado a possibilidade de questionar o processo ou a pretensão executiva mediante a técnica processual dos embargos do executado, que são formalmente uma ação judicial com conteúdo de defesa. Assim, em respeito ao princípio do desfecho único, o legislador permite que o executado possa ofertar, em procedimento próprio, em uma demanda cognitiva e oposta à execução, os embargos do executado, que *ex lege* não são dotados de efeito suspensivo, e que terão por conteúdo qualquer matéria que seria lícito ao executado oferecer em contestação (art. 747).

Por outro lado, tratando-se de execução fundada em título judicial, há de se distinguir quando se tratar de execução específica com fulcro nos arts. 536 e 538 da execução por quantia certa, fundada no art. 523 do CPC. Na execução específica, ela ocorre mediante mera expedição de ordens

coercitivas (multas) ou sub-rogatórias (mandado de imissão ou busca e apreensão), de forma simples e objetiva, não sendo reservado um procedimento ou rito específico para ser realizado o cumprimento de sentença das obrigações específicas (princípio da atipicidade de meios e procedimento executivo).

Por isso, muito embora o art. 525 que trata da impugnação do executado ao cumprimento de sentença esteja inserto no procedimento *para pagamento de quantia*, dando a entender que não há a possibilidade de o executado valer-se da impugnação do executado no cumprimento de sentença de obrigações específicas, é lógico que dela poderá valer-se o executado, considerando-se, inclusive, o que preceitua o art. 515 do CPC.¹⁴ Isso não impede, de forma alguma, que as decisões interlocutórias proferidas pelo magistrado no cumprimento de sentença sejam desafiadas pelo executado mediante agravo de instrumento.

Todavia, tratando-se de cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa, a regra é diversa porque as próprias peculiaridades dessa modalidade de execução dependem de uma sequência específica de atos executivos. Assim, é preciso, *v.g.*, penhorar bem do patrimônio do executado, e, se não for penhorado dinheiro, é mister a sua avaliação e posterior expropriação em leilão público (ou adjudicação ou apropriação de frutos e rendimentos), o que não é fácil nem rápido. Assim, para esses casos, em que a execução não é tão simples como nas obrigações específicas, o legislador criou a possibilidade de o executado insurgir-se mediante a oposição de impugnação de cumprimento de sentença que impõe pagamento de quantia prevista nos arts. 525 e ss. do CPC, que tem conteúdo limitado (uma vez que o executado já passou por uma fase cognitiva) e *ex lege* é desprovido de efeito suspensivo, formando um incidente processual cognitivo inserto na sequência de atos do cumprimento de sentença.¹⁵⁻¹⁶

5. PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

A motivação constitucional trazida pelo Estado social de realizar os direitos do cidadão – neles incluído o direito à tutela justa e efetiva – fez com que o juiz saísse de uma postura tímida e inerte para assumir uma conduta participativa e comprometida com a entrega, em tempo razoável, da tutela jurisdicional. Esse papel participativo é, na verdade, desejado pelo próprio legislador processual, que tem, aos poucos, modificado institutos e introduzido novas técnicas processuais que são adequadas aos ditames do Estado social. Muitos são os exemplos de técnicas novas e outras revisitadas no Novo CPC de 2015 com o intuito de implementar a tutela justa e efetiva em tempo razoável.

Certamente, um dos campos mais propícios à introdução das novas regras processuais que visam a dar ao jurisdicionado um processo justo e efetivo irão recair sobre a tutela executiva, pois, em tais casos, já se sabe quem é o provável titular do direito (título executivo provisório ou definitivo), e resta apenas atuar a norma jurídica concreta para satisfazer o direito do exequente.

Assim, um dos princípios atuantes sobre a tutela executiva que foi impulsionado pela nova ordem constitucional é o da atipicidade dos meios executivos. Tal princípio é consagrado na regra legal de que o juiz poderá, em cada caso concreto, utilizar o meio executivo que lhe parecer mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva. Por isso, não estará adstrito ao juiz seguir o itinerário de meios executivos previstos pelo legislador, senão porque poderá lançar mão de medidas necessárias – e nada além disso – para realizar a norma concreta. O limite natural desse princípio é outro princípio – o do menor sacrifício possível –, que servirá de contenção à atuação da atipicidade dos meios executivos.

O princípio da atipicidade dos meios executivos para a atuação da norma jurídica concreta é previsto no novo CPC, nos arts. 139, IV, e 536,

sendo este para cumprimento de sentença de qualquer obrigação específica (fazer e não fazer e entrega de coisa, art. 538). A regra da atipicidade também se aplica para a efetivação da tutela provisória, como prescreve o art. 297 do CPC. Para o caso de títulos judiciais e extrajudiciais para pagamento de quantia sem urgência, o legislador manteve no CPC de 2015 a regra da tipicidade dos meios executivos. Talvez o legislador ainda não tenha se sentido suficientemente seguro para permitir a execução por desapropriação sem a segurança e a previsibilidade dos meios típicos.

A grande novidade expressamente demarcada no art. 139, IV, é a possibilidade de o magistrado cumular com os meios típicos aqueles outros coercitivos e indutivos que lhes parecem adequados para melhor obtenção da tutela, inclusive pecuniária, como expressamente menciona o dispositivo.¹⁷

Tratando-se de títulos extrajudiciais para execução específica, acredita-se que, embora sem previsão expressa, também se impõe o referido princípio pela simples aplicação subsidiária das regras do Livro I ao Livro II da parte especial do CPC naquilo que não for incompatível com o tema (art. 771). Tal interpretação parece ser a mais justa e evitará, por exemplo, que a tutela executiva de uma liminar (título judicial provisório) seja mais efetiva que a realizada em um título executivo extrajudicial (definitivo), o que seria uma incongruência.

É claro que tal princípio dá ao magistrado enorme poderes e, como corolário lógico, enorme responsabilidade na sua utilização, pois os meios executivos são aqueles que atuam coativamente sobre o executado, de modo sub-rogatório ou coercitivo, com o fim de satisfazer o direito exequendo, e, por isso mesmo, o risco de prejuízos ao executado é evidente.

6. PRINCÍPIO DO MENOR SACRIFÍCIO POSSÍVEL

Considerando os interesses conflitantes que estão em jogo na execução civil – “o direito do exequente e a sujeição do executado nos limites do indispensável” –, já dissemos que os dois postulados que dão colorido axiológico às regras processuais executivas do CPC são o direito constitucional à obtenção *in concreto* da tutela jurisdicional (ordem jurídica justa) e o direito de não ser privado dos seus bens sem o devido processo legal, o que importa, em última análise, no menor sacrifício possível imposto ao executado.

Esse princípio – sim, é um princípio – previsto no art. 805 do CPC é voltado francamente à proteção do executado, e, não obstante o seu campo de incidência exigir a sua análise de ofício pelo magistrado ao longo de toda a execução civil, é claro que o devedor poderá invocá-lo sempre que a execução civil estiver sendo realizada por meio mais gravoso ao executado, isto é, por meio dispensável ou que ultrapasse os limites do indispensável.

Entretanto, como pode se observar no art. 805, o CPC 2015 acrescentou um parágrafo único ao dispositivo (art. 805) que trata de proteger o devedor contra o sacrifício desnecessário causado pela execução. Esse acréscimo do legislador merece todos os aplausos, porque na prática *todo devedor alega a referida regra para tentar esquivar-se deste ou daquele meio executivo*. Usa o devedor de alegações genéricas sem, contudo, lembrar-se de que a execução é instaurada em benefício do exequente e que de alguma forma a ele, devedor, deve se sujeitar. A novidade, portanto, é muito interessante porque, segundo o parágrafo único, deve o executado, que eventualmente alegue a “maior gravosidade da medida executiva”, indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. A intenção do dispositivo é terminar com a alegação vã e genérica do executado que se escorava indevidamente no revogado art. 622 do CPC de 1973.

Portanto, ratificando, esse princípio (menor gravosidade possível da execução) deve nortear a realização da tutela executiva justamente porque

não é justo nem legítimo submeter o executado (seu patrimônio) a uma situação de maior onerosidade do que a que seria indispensável para a satisfação do direito do exequente. Por outro lado, é importante deixar claro que esse princípio não autoriza que o executado possa dele se valer para trazer alegações metajurídicas do tipo: a execução é absurda; ficará na penúria; o credor não precisa do dinheiro etc. Enfim, as mazelas da vida não devem ser suportadas pelo exequente.

7. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE DA EXECUÇÃO

Sempre que for viável do ponto de vista processual, o Estado deve prestar a tutela jurisdicional específica, ofertando ao jurisdicionado o mesmo resultado que ele teria caso não fosse necessário o processo. Isso mesmo! O Estado deve preocupar-se em fornecer um resultado (tutela) o mais coincidente possível com o que originariamente esperava o jurisdicionado caso o adimplemento fosse espontâneo.

Sob qualquer ótica que se pretenda comparar a tutela específica com a tutela genérica – tutela pecuniária prestada quando não é possível a tutela específica –, a primeira leva vantagem sobre a segunda, tanto sob a perspectiva do jurisdicionado quanto do próprio Estado. Quanto àquele, a vantagem decorre do fato de que o processo terá correspondido às expectativas primárias do cidadão, dando-lhe um resultado coincidente – embora com atraso temporal – com o que antes do processo esperava ter. Quanto ao Estado, as vantagens são ainda maiores, porque se estará prestando uma tutela muito mais econômica (economia processual), além de legitimar a função jurisdicional que exerce. Além do mais, há casos impostos pelo direito material em que a tutela específica é a única forma de prestar tutela, como no caso da proteção de direitos fundamentais à saúde, lazer, educação, meio ambiente etc. Qualquer tutela que não seja a

específica não conseguirá jamais encontrar correspondente em tutela genérica.

Para que se obtenha a tutela específica, o Estado deve fazer o possível para que o próprio obrigado cumpra aquilo que já deveria ter cumprido antes da execução contra si reclamada. Assim, deve haver uma coincidência de resultados – e de meios também – sempre que este último aspecto for possível. Por isso, será muito comum que na execução para cumprimento de obrigações específicas o juiz se valha de meios executivos coercitivos (meios de atuação da norma concreta), justamente para compelir o próprio executado a satisfazer o direito exequendo.

De outra banda, o desaconselhamento da tutela genérica em detrimento da específica existe também porque a tutela expropriatória para pagamento de quantia possui um procedimento cheio de becos, nos quais o executado arditosamente pode se esconder, sem contar que é o procedimento que tem o itinerário mais demorado, o que se justifica pela sua própria natureza (expropriação). Tudo isso sem contar que a efetividade da expropriação depende da existência de patrimônio, o que nem sempre existe, ou, quando existe, em geral está maliciosamente escondido pelo executado.

O cumprimento, provisório ou definitivo, de sentença que impõe uma prestação de obrigações específicas segue o regime dos arts. 536-538 do CPC. No caso do processo de execução (títulos extrajudiciais), a regra é a dos arts. 806 e ss. (entrega de coisa) e arts. 814 e ss. (fazer e não fazer). Todavia, nada impede que determinada técnica executiva dos arts. 536-538 seja emprestada aos arts. 806 e ss., e 814 e ss. do CPC, quando se mostrar viável e até necessário por expressa permissão do art. 771 do CPC.

8. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO DO EXEQUENTE PELA EXECUÇÃO INDEVIDA

Segundo o art. 776, diz o legislador que “o exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofrer quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução”.

O dispositivo *supra*, à semelhança dos arts. 520, I e II, e 302, prescreve que a regra de qualquer modalidade de dano pode ser objeto de ressarcimento, aí incluindo o que o executado perdeu ou deixou de ganhar, tanto sob o aspecto patrimonial quanto sob o extrapatrimonial.

Para que esteja configurada a responsabilidade civil decorrente da execução indevida, é mister que o executado obtenha uma decisão judicial transitada em julgado reconhecendo a inexistência do direito exequendo, o que pode ocorrer na hipótese do art. 776, por exemplo, quando transitada em julgado decisão nos embargos que reconheça a inexistência da obrigação.

Nesse sentido, aliás, o direcionamento da regra do art. 903 que assim diz:

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, ressalvada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

Destarte, também poderá ocorrer quando seja julgada procedente (e transitada em julgado) a revisão criminal proposta pelo executado, em que, *v.g.*, o mesmo seja absolvido pela autoria do crime que deu origem à sentença penal condenatória e a seus efeitos civis. Também será caso de incidência do art. 776 do CPC quando transitar em julgado o acórdão que julgou procedente a apelação do embargante na execução fundada em título extrajudicial. O mesmo raciocínio se aplica quando transitada em julgado a

decisão favorável ao executado na impugnação ao cumprimento de sentença prevista no art. 525 do CPC.

Todos os tipos de dano decorrentes da execução injusta devem ser reparados, e, portanto, mesmo os extrapatrimoniais. Não é preciso que a execução injusta tenha chegado aos atos finais de expropriação, desapossamento e transformação, bastando, portanto, que a execução instaurada seja injusta. Os atos executivos instrumentais e a própria instauração do processo executivo contra o executado já são suficientes para criar-lhe fatos danosos.

Para a configuração do art. 776 do CPC, é mister a conjugação dos seguintes requisitos: a) que o devedor tenha sofrido danos (morais ou patrimoniais); b) que o executado tenha movido demanda em face do exequente; c) que o objeto dessa demanda seja a declaração da inexistência do direito exequendo; d) que esse pedido seja favorável ao executado e que tal decisão tenha transitado em julgado.

Obviamente, o executado poderá mover a demanda autônoma de declaração de inexistência do direito (art. 20), e, se nela ficar revelado o prejuízo por ele suportado, tal sentença valerá como título executivo judicial, nos termos do art. 515, I, do CPC.

Deve-se registrar, por fim, que o ressarcimento pelos danos que aí foram mencionados não se confunde com o “retorno ao *status quo ante*”, que é ínsito à execução injusta. Esta última regra incide sempre que houver extinção anormal da execução (sem satisfazer o direito exequendo), independentemente de o motivo ter sido a declaração judicial da obrigação, portanto, *v.g.*, quando procedentes os embargos de rito ofertados pelo executado. Tal efeito tem por finalidade livrar o executado de todos os atos executivos aos quais se sujeitou indevidamente.

9. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO CIVIL

Não há processo ou atividade jurisdicional justa sem contraditório. Mesmo em processos lineares, em que estão presentes apenas autor e juiz, há contraditório.

Há muito esse termo deixou de ter um sentido canhestro – de defesa típica do réu, como se fosse sinônimo de possibilidade de contestar – para passar a ser visto como elemento intrínseco da ontologia do processo, qual seja, o de que o processo é o procedimento em contraditório.

A ideia de contraditório deve ser ligada à noção de diálogo, portanto, de possibilidade efetiva de ser ouvido, com paridade de armas, no “jogo” processual. Isso implica dizer que o contraditório constitui elemento natural do processo, posto que faz parte da sua essência e atua diretamente como fator de sua legitimação como instrumento realizador do direito.

É o contraditório que dá às partes o direito de serem ouvidas e de que suas alegações sejam consideradas na formação do convencimento do magistrado. É, portanto, peça imprescindível num processo cooperativo e dialógico. O contraditório não está apenas no papel ou na informação sobre atos do processo, mas nas reais e concretas chances e oportunidades de ser ouvido e se fazer ouvir, por via de instrumentos idôneos que coloquem a parte em uma condição de igualdade para emitir suas alegações e defesas.

Por isso, parece não existirem dúvidas de que há, sim, o contraditório no processo de execução ou na atividade executiva, simplesmente porque nestas há “participação”, e, se esta existe, então estará presente o contraditório. As partes e também o juiz participam e devem cooperar entre si na obtenção do resultado executivo, e, se isso acontece, certamente é porque deverá estar presente o contraditório.

Todavia, o que se pode dizer é que no procedimento executivo o contraditório existente não possui a mesma feição que no procedimento cognitivo, pois, aqui, o fim da atividade jurisdicional é descobrir com qual das partes está a razão, e as posições jurídicas de autor e réu são equivalentes em relação à revelação da norma jurídica concreta, já que a um

ou a outro poderá ser entregue a tutela jurisdicional. No procedimento executivo, a premissa é a existência de posições jurídicas diversas – poder e sujeição –, em que a finalidade é obter – com o menor sacrifício possível do patrimônio do executado – a satisfação do direito exequendo.

Certamente, também aqui haverá “participação” e atuação do réu, que tem o direito de ser ouvido dentro da perspectiva relativa à atuação da norma jurídica concreta. A eficácia abstrata do título executivo adotada pelo CPC faz com que qualquer discussão acerca da obrigação corporificada no título seja transferida para outra sede, apropriada para a discussão acerca da pretensão executiva, o que ocorre, ou deveria ocorrer, normalmente, em procedimento lateral, cognitivo, e à parte do procedimento executivo, justamente para se respeitar a sequência ordenada dos atos destinados à satisfação da norma jurídica concreta.

10. PRINCÍPIO DA PROIBIDADE DAS PARTES NA EXECUÇÃO CIVIL

O princípio da proibidade das partes é um princípio inerente ao direito processual, seja ele penal, administrativo, trabalhista, civil etc. É corolário lógico e axiomático do princípio da cooperação, ao qual se sujeitam os participantes da relação jurídico-processual. No processo civil, é encartado de forma principiológica no art. 5.º que assim diz:

Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Em seguida, também na parte geral do CPC encontramos os arts. 77 e ss. que cuidam dos deveres processuais de *todos* os sujeitos do processo, em que se encontra arrolada uma série de comportamentos tidos como leais e adequados a um processo ético e cooperativo. No mesmo capítulo o legislador define também com descrições de condutas uma série de

comportamentos que são tomados como indignos e atentatórios à justiça (art. 80).

O princípio da cooperação entre os sujeitos do processo foi erigido à condição de norma fundamental de direito processual civil, de forma que o *contempt of court* pode, de fato, ser utilizado com maior rigor, e não apenas como mera regra intimidadora como constava no CPC revogado. Ainda em relação aos reflexos sobre a tutela executiva, é de dizer que esse dispositivo, o art. 77, trouxe duas novidades:

- a) a de que em relação ao inciso VI, que é o que nos interessa, há necessidade de que a sanção de multa, por expressa dicção do § 1.º, seja precedida de uma sanção de advertência, o que nos parece um retrocesso, pois, em nosso sentir, bastaria que o juiz, antes de sancionar, permitisse o contraditório do sujeito no processo, caso em que, posteriormente, poderia ou não sancioná-lo com a multa. Da forma como está, há a necessidade de se impor uma prévia sanção de advertência à imposição da multa ao *improbis litigator* que embaraça a efetivação da decisão judicial;
- b) outra inovação importante, que já estava consagrada na doutrina, com alguns vacilos na jurisprudência, é a distinção, agora expressa, de que essa multa processual é punitiva de uma conduta processual ímproba, caracterizando-se como *contempt of court* e aplicável a qualquer sujeito do processo. Ela não se confunde com as *astreintes* impostas ao réu como categoricamente prescreve o § 4.º do art. 77. Nesse dispositivo o objeto tutelado é a dignidade da justiça e essa multa não se baralha com a *astreinte*, cujo papel coercitivo é precípua e o sujeito processual por ela atingido é sempre o requerido em desfavor de quem é efetivada a tutela. A cumulatividade das duas multas processuais é absolutamente possível de acontecer

como claramente estabelece o NCPC. É de observar, contudo, a regra do art. 96 do NCPC que fixa o beneficiário pela sanção de multa por má-fé imposta pelo juiz.

Em relação a essa novidade merece crítica a falta de sistematização do tema.

Na parte geral, aqui comentada, quando o instituto do *contempt of court* é aplicado mediante a punição com multa processual àquele que atentar contra a jurisdição (art. 77, §§ 1.º, 2.º e 3.º), a referida verba será destinada aos cofres públicos, o que nos parece lógico e sensato, pois trata-se de ato que atenta contra a jurisdição estatal.

Contudo, quando se lê o dispositivo correlato, que trata igualmente do ato atentatório contra a dignidade da justiça, só que especificamente no processo de execução (aplicável subsidiariamente ao cumprimento de sentença), o legislador se contradiz, pois a sanção de multa eventualmente aplicada ao devedor que atenta contra a dignidade da justiça, será revertida, como expressamente determina o art. 772, parágrafo único, “em proveito do exequente, exigível na própria execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”. Ora, por que no art. 77, § 3.º, a multa por tal ato destina-se aos cofres públicos e aqui, no art. 774, parágrafo único, em proveito do exequente, ontologicamente a conduta é a mesma? Parece-nos que houve aí uma falha na sistematização dos dispositivos que tratam do mesmo instituto.

Na execução civil propriamente dita a tutela da probidade processual encontra-se descrita em diversos dispositivos, mas em especial nos arts. 772, II, e 774,¹⁸ e este último expressamente determina que:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I – frauda a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, não exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa ao executado em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível na própria execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.¹⁹⁻²⁰⁻²¹

Esse destaque do legislador dado ao tema na execução civil justifica-se por uma razão bem simples. Na tutela executiva o exequente espera receber o que lhe é devido, e o executado se sujeita a pagar pelo que deve. Portanto, nessa modalidade de atividade jurisdicional, o Estado está aparelhado para expropriar, desapossar ou impor o fazer e não fazer mesmo contra a vontade do executado. Por isso, é simples perceber que, diante dessa situação iminente de desespero e de perda do seu patrimônio, o executado lance mão de meios acéticos para burlar ou impedir que a execução alcance o seu desiderato.

Para tanto, sabendo que a tendência natural é a de que a atividade jurisdicional executiva está mais propícia à improbidade processual do executado, o legislador fez questão de prever um regramento específico relativo à penalização das partes caso pratiquem condutas atentatórias à dignidade da justiça.

Assim, o art. 774 do CPC, seguindo a tendência do art. 80 do mesmo Código, cita um rol de condutas (exaustivo, pois é restritivo de direitos) do executado, que são consideradas atentatórias à dignidade da justiça (fraude à execução, opor maliciosamente à execução, empregando ardis e meios

artificiosos, resistir injustificadamente às ordens judiciais, não indicar ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução).

Nessa linha, a regra do art. 918, III, do CPC, que determina que os embargos do executado manifestamente protelatórios serão liminarmente indeferidos.

Após prever as condutas ímprobas do executado na tutela executiva, o legislador cuida de elencar a penalização que lhe será imposta. É interessante observar que a multa ali prevista no art. 774, parágrafo único, é bem mais severa do que aquela que está prevista no art. 81 do CPC, o que demonstra a especialidade daquele dispositivo em relação a este.

Entretanto, não é só, uma vez que prevê que tal sanção pecuniária de natureza processual não elide outras sanções, e que o seu produto se destinará ao bolso do credor exequente, que poderá ser exigível na própria execução.

11. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO LIVRO I DA PARTE ESPECIAL ÀS REGRAS EXECUTIVAS CONTIDAS NO LIVRO II DA PARTE ESPECIAL E DO CPC E VICE-VERSA

O art. 771 do CPC reza que:

Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial. Suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.

Ainda que não existisse tal dispositivo, parece-nos lógico que tal princípio incidiria, pois o nosso Código não reservou dispositivos gerais

para toda e qualquer atividade executiva. Por isso, não há dúvidas de que, sempre que necessário, as regras do Livro I da Parte Especial – em que estão concentradas as disposições relativas ao cumprimento de sentença – serão emprestadas para o Livro II da Parte Especial. O inverso também é verdadeiro por expressa dicção do art. 513 do CPC que assim diz:

Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

Resta clara, portanto, a simbiose entre os dois Livros da parte especial. E ela será muito importante porque, regra geral, o cumprimento de sentença para pagamento de quantia sempre dependerá das regras expropriatórias descritas no Livro II da parte especial, ao passo que, tratando-se de processo de execução de obrigações específicas, é fato inconteste que o Livro I da parte especial é mais bem aparelhado que o Livro II, que, por exemplo, nem sequer tem execução de obrigação de não fazer (o art. 822 trata do *desfazer*).

¹ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. IV; Alexandre Freitas Câmara. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II; Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II; Leonardo Greco. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Araken de Assis. *Manual do processo de execução*. São Paulo: RT, 2002; Andréa Proto Pisani. *Lezioni de diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1999.

² Art. 2.º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

³ Mesmo tratando-se de processo sincrético, a execução judicial para pagamento de quantia depende de requerimento da parte (exequente), nos termos do art. 523, § 5.º, do CPC. A rigor, temos sustentado há bastante tempo, ainda sob o regime do CPC de 1973 pós-reformas introduzidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que o *cumprimento de sentença* de obrigações específicas não pode ser tratado da mesma forma que o *cumprimento de sentença* das obrigações de pagar quantia. Não mesmo. E há vários motivos para essa análise diferenciada, e um deles é justamente a necessidade de que nesta última modalidade, ensejadora de procedimento executivo expropriatório, é mister a provocação do titular do crédito reconhecido em sentença, como determina o art. 523 do CPC de 2015 e assim também determinava o art. 478-J do CPC revogado. É preciso compreender que o nosso legislador, e de certa forma nós operadores do direito, ainda nos encontramos culturalmente presos à noção de que, quando se trata de expropriar, *todo cuidado é pouco*, ou seja, é preciso de requerimento do interessado, é preciso que se efetive uma penhora, muitas vezes a necessidade de avaliação do bem e um itinerário mais ou menos rígido a ser seguido para que se efetivem os atos executivos finais, fato que definitivamente não acontece no cumprimento de sentença que envolve um *desapossamento* ou uma *transformação* (entrega de coisa e fazer e não fazer).

⁴ Art. 775. O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva. Parágrafo único. Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte:

I – serão extintos a impugnação e os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o exequente as custas processuais e os honorários advocatícios;

II – nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do impugnante ou embargante.

5 A desistência é da ação, e não da pretensão executiva, que permanece intacta. Portanto, não se confunde desistência com renúncia ou remissão da execução, pois estas duas últimas implicam a extinção do direito no qual se funda a demanda executiva.

6 Inegável a aproximação dos embargos como instrumento de defesa (contestação), não apenas material, mas também formal.

7 A regra do parágrafo único do art. 775 refere-se expressamente aos embargos do executado, o meio de “defesa” típico para ativar a execução fundada em título extrajudicial. Assim, descarta-se a sua incidência quando a impugnação à execução fundada em título extrajudicial seja feita pela exceção ou objeção da pré-executividade. Observe-se, contudo, que o art. 775 do CPC poderá ser subsidiariamente aplicado (art. 771) à impugnação à execução judicial prevista nos art. 525 do CPC, por se tratar de meio de oposição ao cumprimento de sentença *típico* previsto pelo CPC.

8 É possível a desistência também da execução provisória, mas esta não influencia (e nem poderia) no julgamento do recurso desprovido de efeito suspensivo que se encontra pendente de julgamento.

9 Obviamente, havendo embargos de terceiro, mandado de segurança ou ação cautelar interpostos contra ato da própria execução ou para servir à referida execução – no caso da cautelar –, certamente será efeito da desistência da execução a extinção também dessas demandas nascidas para enfrentar situação jurídica surgida com a execução, submetendo todas elas ao regime do art. 775 com a ressalva nele contida no comentado parágrafo único.

10 “Se o credor desiste da execução após o executado ter ingressado no feito, indicando bens à penhora, são devidos os honorários advocatícios, mesmo que não tenha ofertado embargos” (STJ, Terceira Turma, REsp 134.749/SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 08.09.1998, p. 59).

11 A verba honorária pertence ao advogado (arts. 22 e ss. da Lei 8.904), e decorre dos serviços que este executa em favor do seu cliente. Logo, não é lícito supor que o exequente poderia dispor do direito do advogado do seu cliente. A questão de a desistência da execução implicar a extinção dos embargos do executado (com ou sem consentimento) não apaga o fato objetivo da sucumbência, e, portanto, o débito relativo aos honorários advocatícios. Assim, não pagos as custas e os honorários, o

Estado poderá promover a execução fiscal, e o advogado credor, a execução fundada em título judicial contra o exequente originário que resolveu desistir da execução.

12 Essa sequência é facilmente percebida nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais, porque são feitas por processo autônomo. São também percebidas quando se trata de cumprimento de sentença para pagamento de quantia, porque a fase ou módulo executivo é muito bem demarcado, e o seu início depende de provocação do credor com itinerário processual também delimitado pelo legislador. Todavia, quando se trata de cumprimento de sentença de obrigação específica, a “fase” executiva quase não será percebida, porque a efetivação da norma concreta é feita quase sempre pela expedição de simples atos executivos, sendo, inclusive, iniciada de ofício pelo juiz, sendo de direito e de fato quase que um *efeito imediato da sentença*.

13 *De lege ferenda* sugerimos que a impugnação do executado (art. 525) sempre levasse à formação de autos apartados para a resolução do incidente processual que ela causa, pois, afinal de contas, as funções jurisdicionais a serem exercidas no processamento do módulo executivo e no processamento da impugnação são absolutamente diferentes. Uma é executiva e outra, cognitiva. Não é assim que pensa o legislador, pois expressamente determina que a impugnação do executado será ofertada dentro dos autos da execução, independentemente de se lhe conferir ou não o efeito suspensivo. Em nosso sentir, o fato de ser oferecido *intra autos do cumprimento de sentença* não é o que torna a *impugnação do executado* uma “defesa”. Nada impede, antes recomendaria, que a impugnação fosse apensada e processada à parte da sequência executiva.

14 Art. 518. Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz.

15 O legislador permite que o juiz atribua efeito suspensivo à referida impugnação desde que presentes, cumulativamente, os requisitos do fundamento relevante e o risco de dano incerto ou de difícil reparação ao executado. Recorde-se que o fundamento relevante não é um mero *fumus boni iuris*, porque contra ele há a presunção de verdade do título judicial, que possui a eficácia abstrata executiva.

16 Tanto nos embargos do executado quanto na impugnação ao cumprimento de sentença, o ônus da prova é sempre do impugnante/embargante, independentemente da matéria por ele arguida, porque, se assim não fosse, seria letra morta a regra da eficácia abstrata do título executivo, prevista no art. 784, § 1.º, do CPC.

17 Não pode ser olvidado que, na maior parte das execuções por quantia fundadas em títulos judiciais (cumprimento de sentença) ou extrajudiciais, é necessário identificar,

avaliar e transformar em dinheiro bem(ns) do patrimônio do executado para em seguida expropriá-lo da quantia em favor do exequente. Em razão dessa complexidade de atos, ainda sobrevive o itinerário típico da sequência executiva para pagamento de quantia certa. Ainda que mantida a existência de um itinerário típico para a execução por quantia certa, com base no art. 139, IV, do CPC, o juiz poderá determinar, cumulativamente com os meios típicos, as técnicas coercitivas quando entender necessário e adequado à obtenção da tutela de forma justa e em tempo razoável. Ademais, mesmo tendo uma tipicidade de meios, a execução por expropriação (aí compreendido o cumprimento de sentença), o CPC também oferta certa “flexibilidade” entre os meios de expropriação finais, estabelecendo uma ordem de “preferência” em relação às referidas técnicas, cabendo ao exequente proceder à escolha, quais sejam: a adjudicação do bem penhorado (art. 876); em seguida, a alienação (art. 880). Já a apropriação de frutos e rendimentos não se sujeita a ordem preferencial e deverá ser um caminho escolhido (art. 905) antes mesmo da própria realização da penhora, pois esta deverá recair sobre um bem que forneça frutos e rendimentos para fins de efetivação do usufruto judicial.

- ¹⁸ Os artigos citados referem-se a condutas do executado, e não das partes, pois é o único que pretende retardar ou criar obstáculos ao processo de execução. Caso o exequente pratique conduta ímproba, aplica-se-lhe a regra genérica dos arts. 80 e ss. do CPC.
- ¹⁹ A multa prevista para as condutas descritas nos incisos devem ser aplicadas mediante análise criteriosa do magistrado em que realmente se configure a existência da má-fé do executado de protelar ou desafiar a atividade jurisdicional, e, normalmente, essa convicção do magistrado virá após a oportunidade dada ao executado de defender-se da penalidade que lhe poderá ser imposta. Pensamos que qualquer sanção deve ser precedida de contraditório, e aqui não deve ser diferente. Por isso, não é simplesmente pelo fato de não relacionar os bens sujeitos à execução que estará o executado incurso na penalidade de multa. Há de se ter uma situação evidente na qual esteja configurada a conduta do executado de obstaculizar a tutela jurisdicional executiva.
- ²⁰ Digno de nota é que também condutas omissivas são atentatórias à dignidade da justiça. Não constava essa previsão no *caput* do art. 602 do CPC de 1973. Assim, frise-se, tanto as condutas comissivas quanto as omissivas praticadas pelo executado podem ser atentatórias à dignidade da justiça.
- ²¹ O art. 603, parágrafo único, do CPC de 1973 previa a seguinte possibilidade: “o juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela

dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios”. O dispositivo citado foi extirpado do NCPC, e o fez em boa hora, pois tem um perfil extremamente paternalista e trata o devedor como um sujeito mimado e sem responsabilidade sobre sua conduta.

**EXECUÇÃO CIVIL E RESPONSABILIDADE
PATRIMONIAL¹**

**1. INTRODUÇÃO: DÉBITO E
RESPONSABILIDADE**

A responsabilidade patrimonial é uma categoria fundamental no estudo da tutela jurisdicional executiva. Trata-se de instituto intimamente ligado à própria evolução dessa função jurisdicional, porque diretamente relacionado à substituição da execução pessoal pela execução patrimonial. Isso mesmo! Houve determinada época em que a garantia do adimplemento obrigacional era feita com a própria vida do devedor. Considerando o caráter personalíssimo da obrigação resultante do “vínculo jurídico” de união obrigacional, caso esta não fosse cumprida, o pagamento era feito com o próprio corpo do devedor.

Em outras palavras, pode-se dizer que a proteção do direito de propriedade do devedor sobre os seus bens era mais sagrada que a própria vida ofertada como forma de pagamento da dívida inadimplida.

Felizmente, o direito evoluiu e substituiu a ideia da execução pessoal pela da execução patrimonial, fazendo que o débito fosse satisfeito com bens do patrimônio do executado. Dessa mudança nasceu a importantíssima distinção entre débito e responsabilidade patrimonial.

Numa definição bem simples, pode-se dizer que a obrigação é uma situação jurídica caracterizada por uma relação jurídica em que se estabelece um vínculo jurídico entre credor e devedor e cujo objeto desse vínculo consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer.

Contudo, tendo por maior expoente Gierke,² a doutrina alemã identificou outro fenômeno, distinto do vínculo obrigacional, e que é gerador de outra situação jurídica que também se manifestaria numa relação jurídica. Assim, *Schuld* (débito) e *Haftung* (*responsabilidade*) seriam fenômenos distintos, mas atrelados à relação obrigacional. O débito representado pelo dever de prestar; a responsabilidade, na sujeitabilidade do patrimônio do responsável pelo inadimplemento.

A doutrina alemã se popularizou e ganhou enorme relevo aqui no Brasil, mas também nos institutos do *devoir* e *engagement* do direito francês, no *duty* e *liability* ingleses, nos direitos italiano e português.

Portanto, a partir da doutrina alemã restaram identificadas duas situações jurídicas diferentes, autônomas, com diversas naturezas jurídicas, embora a *responsabilidade* seja instituto instrumental da relação jurídica obrigacional.

Diante dessa autonomia, é possível haver débito sem responsabilidade e responsabilidade sem débito, como, por exemplo, respectivamente, na execução contra a fazenda pública e na execução hipotecária de bem pertencente a terceiro garantidor da obrigação. A fazenda pública pode ser devedora, mas seus bens não respondem pelo seu inadimplemento, porque há um sistema jurídico próprio de responsabilização da fazenda pública pelas dívidas inadimplidas. Outro exemplo de obrigação sem responsabilidade são as obrigações naturais, como no caso do art. 814 do CCB.³ Já a outra hipótese é mais comum, pois são vulgares as situações em que terceiro, alheio à obrigação (que não assume o papel de devedor ou de credor), assume a posição de responsável garantidor, seja por garantia pessoal ou real.

Todavia, como já se disse anteriormente, é importante deixar sedimentado que nenhuma responsabilidade se constitui sem uma dívida, ainda que futura ou condicional, e nenhuma responsabilidade sobrevive depois de extinta a obrigação. Isso porque a função da responsabilidade patrimonial é garantir o adimplemento. Ela é norma secundária (sanção), que, por isso mesmo, depende da existência de uma norma primária (prestação de uma obrigação). Eis aí o caráter instrumental da *responsabilidade*, direito potestativo de submeter o patrimônio do devedor (ou outro garantidor) ao adimplemento da obrigação.

Situação interessante é aquela em que, depois de exercitada em juízo a responsabilidade patrimonial com a sujeição do patrimônio do devedor ao adimplemento da obrigação, descobre-se que nada há no patrimônio para ser executado. Nesse caso, não se pode falar em *dívida sem responsabilidade*, porque esta última existe. A falta de bens no patrimônio do responsável é um problema prático, relacionado à efetividade da responsabilidade patrimonial, que não nega a sua existência, antes o contrário.

Do que foi dito pode-se concluir que toda execução incide sobre bens; bens que compõem o patrimônio do devedor ou de terceiro responsável pela garantia da dívida inadimplida. A humanização do direito fez com que não se admitisse mais a responsabilidade pessoal, ou seja, aquela em que o próprio corpo do devedor era usado como garantia da dívida.

A execução indireta, ou seja, a utilização de técnicas processuais que atuam sobre a vontade do executado de forma a pressioná-lo a cumprir a obrigação não adimplida, não deixa de ser uma forma de se relativizar essa regra de que toda execução recai sobre o patrimônio. Ainda que o que se espere na execução indireta seja exatamente a obtenção da prestação assumida ou o bem devido, é inescandível que ela atua de forma a constranger a liberdade do devedor/responsável. A técnica processual

executiva da *prisão do devedor e alimentos* é um exemplo do que aqui se afirma.

O ordenamento jurídico deveria excogitar soluções que pudessem tornar mais frutíferas as execuções, já que num país pobre como o Brasil, em que a existência de patrimônio do devedor é algo raro, parece-nos claro que o índice de insucesso das execuções civis é muito grande. Uma solução, que na prática do dia a dia e nas relações obrigacionais é muito comum, mas que poderia consistir em óbice em razão da interpretação de que toda execução recai sobre o patrimônio do devedor, seria a permissão da conversão da obrigação pecuniária em obrigação de fazer ou não fazer. São inúmeros exemplos e casos no dia a dia em que determinada pessoa (imagine um engenheiro, um fotógrafo, um pedreiro, um marceneiro etc.) não possua patrimônio algum, mas seja compelida a pagar uma dívida em dinheiro por ele assumida. Por que não se permitir ao credor que, por opção sua, ou ante o insucesso da execução civil (inexistência de bens a penhorar, conforme os arts. 921 e 924), não possa requerer um resultado prático equivalente ao adimplemento mediante a prestação de serviços do devedor que sejam compatíveis com o trabalho que ele exerce.

Não se trata de cerceamento da liberdade do devedor, ou qualquer resquício de responsabilidade pessoal, mas apenas uma maneira de ressarcir o prejuízo sofrido pelo credor, usando como forma de adimplemento algum tipo de prestação de fazer vinculada à sua atividade profissional. No dia a dia das pessoas isso é muito comum (pagamento de dívidas com prestação de serviços vinculada a atividade profissional), é simples, e evita que um devedor que não tem patrimônio seja taxado de mau pagador, quase um ladrão, como já fez a ressalva Carnelutti em seu *Sistema*.

Aspecto bastante interessante, que serve inclusive para demonstrar a autonomia do “débito” em relação à “responsabilidade patrimonial”, é o fato de que nem sempre os dois fenômenos (“débito” e “responsabilidade”) recaem sobre o mesmo sujeito, ainda que se trate de uma mesma obrigação.

Isso quer dizer que, em regra, o devedor é ao mesmo tempo o sujeito que deve e o sujeito responsável; mas isso comporta exceções, pois o direito, aprimorando as relações de crédito, permite que a responsabilidade patrimonial seja suportada por um garantidor da prestação inadimplida. É o que acontece com o fiador, que pode ter o seu patrimônio atingido pela atividade executiva do Estado, embora não seja ele o devedor da obrigação.

Perceba-se que essa condição de “garantidor” da dívida por intermédio de sua responsabilidade patrimonial por débito de outrem é algo que se dá no plano substancial, e que apenas quando ocorre uma crise de cooperação (inadimplemento), e o devedor não cumpre o que determina a norma concreta, é que incidirá a atividade jurisdicional executiva sobre os bens do fiador (responsável patrimonial).

2. NATUREZA SUBSTANCIAL DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Uma questão que apresenta um nó de difícil desate é saber se da formação do vínculo obrigacional também nasceria uma situação jurídica objetiva de sujeitabilidade potencial do patrimônio do devedor para a satisfação do direito de crédito (uma relação de garantia), ou se, por outro lado, a responsabilidade patrimonial derivaria de uma relação pública, envolvendo o Estado-juiz e o devedor em uma tutela executiva.

A diferença, portanto, de ambas as posições é a de que, para os “privatistas”, a responsabilidade patrimonial é vínculo de sujeitabilidade do patrimônio do devedor que nasce da relação obrigacional; já para os “processualistas”, a natureza da responsabilidade patrimonial deriva da relação jurídica processual com função executiva que dá fundamento à atuação executiva do Estado.

Particularmente, com o devido respeito, contrariando grandes processualistas que se debruçaram sobre o estudo do processo de execução,⁴ acreditamos que na relação obrigacional, além do dever de cumprimento da

obrigação, há também a responsabilidade patrimonial que vincula os bens do devedor para garantir o direito do credor à custa desses bens.

Como veremos alhures, essa posição *materialista* tem sérias consequências no estudo dos remédios repressivos e preventivos da reponsabilidade patrimonial, seja em relação ao devedor/responsável, seja em relação ao terceiro, quando este estiver relacionado, de boa ou má-fé, com o ilícito cometido pelo devedor contra a responsabilidade patrimonial.

3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL: CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA EXECUÇÃO

Essa situação jurídica subjetiva de sujeitabilidade (responsabilidade) do patrimônio do devedor tem por pressuposto lógico dois aspectos, que parecem redundantes à primeira vista, mas evitam confusões futuras.

O primeiro aspecto é que, regra geral, a situação de sujeição patrimonial vincula-se a uma relação obrigacional em que os bens (patrimônio) do devedor têm uma finalidade sempre subsidiária, que é satisfazer a obrigação inadimplida. Isso importa em dizer que a satisfação do crédito inadimplido pela efetivação da responsabilidade patrimonial comporta uma execução subsidiária (genérica), pois, a rigor, será certo que a prestação específica não terá sido atendida pelo devedor, caso em que só restará atuar sobre os bens sujeitos à execução.

O segundo aspecto é que o sujeito responsável pelo patrimônio que garantirá a execução deve ser titular dos bens expostos à execução, pois é a responsabilidade patrimonial que dá fundamento e suporte ao poder do Estado de invadir o patrimônio do executado para dele retirar os bens adequados para satisfazer a obrigação inadimplida.

Em outras palavras, quando o Estado lança mão dos poderes executivos sobre bens do devedor que ali se encontram para garantir a prestação não cumprida, certamente tem-se um embate entre o direito à prestação em favor do credor, reconhecido em uma norma jurídica concreta,

e, em sentido contrário, a propriedade do devedor, que será invadida e expropriada para garantir o crédito.

Por isso, também aqui incide o devido processo legal, no sentido de que ninguém será privado dos seus bens sem o atendimento do referido princípio constitucional. Só o Estado poderá, seguindo as regras de direito, fazer valer o direito do exequente e, assim, expropriar o devedor e satisfazer o crédito.

A primeira constatação lógica e racional que se pode fazer acerca do instituto (responsabilidade patrimonial) é a sua relação de conexão e vínculo com o direito substancial obrigacional. Racionalmente, pode-se afirmar que a *responsabilidade sobre o patrimônio do devedor* decorre de uma situação ocorrida no direito material, ou seja, em termos mais simples, pode-se fazer a seguinte equação: *porque não adimplida uma obrigação, o patrimônio do devedor responde por isso.*

Uma vez reconhecido o vínculo entre a *responsabilidade patrimonial* e o *inadimplemento do devedor*, podem-se extrair dois aspectos fundamentais.

O primeiro, de que essa situação jurídica de *responsabilidade do patrimônio do devedor* não se confunde com o *vínculo obrigacional* que ele, devedor, tinha que ter cumprido espontaneamente. Ora, uma coisa é a situação jurídica que envolve o credor e o devedor, em que ambos assumem posições jurídicas em relação ao *débito e ao crédito*; outra coisa é a *responsabilidade patrimonial* decorrente do inadimplemento dessa situação jurídica originária, cujo adimplemento espontâneo era aguardado pelo credor.

O segundo, de que a *responsabilidade patrimonial* está prevista em lei e não pode ser excluída ou ignorada, senão pela própria lei nos casos e situações em que ela, lei, entender como pertinentes. É como se dissesse que a responsabilidade patrimonial é um instituto criado pelo legislador, de ordem pública, previsto no direito material, mas com um fim instrumental e

de garantir, para proteger o credor, que, se o devedor inadimplir a obrigação ou o dever legal, seu patrimônio responderá por isso. Esse fim instrumental da *responsabilidade patrimonial* não lhe retira a sua natureza do direito material, ou seja, é uma *garantia geral* que todo credor possui para o caso de inadimplemento de uma obrigação pelo devedor.

A responsabilidade patrimonial funciona como *sanção* pelo *inadimplemento*, e, portanto, corresponde a uma *perinorma* (norma secundária) criada pelo legislador para salvaguardar todo e qualquer credor contra o inadimplemento de todo e qualquer devedor. Enquanto o adimplemento é a endonorma, ou seja, a norma primária, a responsabilidade patrimonial é a sanção que incide se e quando a endonorma é descumprida. Logo, em toda relação jurídica obrigacional existe, de forma imanente, a responsabilidade patrimonial. Não há a primeira sem a segunda. Esta é a garantia daquela.

Embora esteja prevista em lei como uma *garantia geral* para todos os deveres e obrigações, e, portanto, esteja em estado latente (norma secundária), é inconteste que numa sociedade ideal o que se espera é justamente que essa *garantia geral* não saia desse estado latente e abstrato, ou seja, que as obrigações e os deveres sejam espontaneamente cumpridos, evitando-se o inadimplemento. O inadimplemento do devedor é o fato jurídico (indesejável) que faz que a responsabilidade patrimonial deixe de ser uma norma jurídica abstrata e passe a ser uma *norma jurídica concreta*. Com o inadimplemento, há o fenômeno de *incidência* da *responsabilidade patrimonial* (norma secundária).⁵

Entretanto, como efetivar essa norma secundária (sanção da responsabilidade patrimonial) se não pode o credor, com suas próprias mãos e fazendo uso da autotutela, ingressar no patrimônio do devedor e dele retirar o valor necessário para cobrir o prejuízo ou lesão que teve com o inadimplemento do devedor?

Antes de responder à indagação acima, é preciso ampliar a explicação ontológica da responsabilidade patrimonial para se compreender como ela se efetiva e se realiza. Contudo, que fique bem clara a premissa de que ela nasce com a própria obrigação, pois faz parte da sua estrutura, mas apenas incide quando ocorre o fato jurídico do *inadimplemento* da obrigação ou do dever legal.

Voltemos à nossa digressão sobre a origem da responsabilidade patrimonial e vamos um pouco mais a fundo sobre o tema.

É interessante notar que as posições jurídicas ativas e passivas do devedor e do credor em relação à norma primária convencionalmente (ou legalmente) estabelecida entre eles podem encerrar *direitos, faculdades, ônus, deveres* etc. Assim, de uma forma bem simplista, pode-se dizer que numa compra e venda o credor tem a obrigação de pagar o preço e o direito de receber a coisa, ao passo que o devedor tem o direito de receber o preço e o dever de dar a coisa.

No entanto, quando ocorre o inadimplemento do devedor, a responsabilidade patrimonial se torna concreta, incide, e a partir daí o credor e o devedor assumem posições jurídicas ativas e passivas em relação a esse fenômeno, ou seja, 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. Nesse fenômeno, tem-se claramente uma posição jurídica ativa do titular do crédito de *poder*, o qual corresponde, do ponto de vista passivo, a uma posição jurídica de *sujeição*. O poder sobre a sujeição patrimonial. Isso mesmo, há uma sujeição do patrimônio do devedor ao correlato poder que a lei confere ao credor de ter a expropriação do tal patrimônio que responde pela dívida inadimplida.

É preciso reconhecer que a norma secundária (o patrimônio responde pelo inadimplemento), assim que incide, cria uma situação jurídica de

vantagem e uma situação jurídica de submissão, configurando um direito subjetivo em favor do credor e em desfavor do devedor/responsável.

E, frise-se, tanto é um *direito material* que tal situação pode ser protegida ou tutelada por intermédio de técnicas processuais. Isso mesmo, por ser um direito autônomo, ainda que instrumental porque serve de garantia ao inadimplemento, ele pode ser tutelado judicialmente, tal como acontece com a ação preventiva proposta pelo credor contra o devedor/responsável, impedindo que ele dilapide o patrimônio, antes mesmo de o inadimplemento acontecer.

Dessa forma, esse direito subjetivo que se configura em um *poder* de alterar a situação jurídica patrimonial do devedor, expropriando os seus bens para satisfazer a obrigação inadimplida, corresponde àqueles *direitos potestativos* que só podem ser obtidos e realizados por intermédio do Poder Judiciário, tais como o *direito potestativo de anular um casamento*, o de *requerer falência*, o de *decretar a interdição* etc.⁶

No caso da responsabilidade patrimonial, a razão de esse direito potestativo só ser realizado em concreto por intermédio do Poder Judiciário reside no fato de que é apenas este que detém o poder estatal de realizar a expropriação do patrimônio do responsável para satisfazer a obrigação inadimplida. É o Estado-juiz que tem reservado para si o poder coativo de submeter o responsável ao referido direito potestativo, realizando em concreto a responsabilidade patrimonial.

E ante esse poder estatal nada pode fazer o devedor. Ele se submete, podendo apenas controlar a regularidade e a validade do processo judicial de expropriação do seu patrimônio, ou seja, os limites legais de exercício desse direito potestativo. Não há, por parte do responsável patrimonialmente, um dever jurídico ou um contradireito. Há uma situação jurídica passiva de *sujeição patrimonial*. Enfim, uma sujeição ao direito potestativo que lhe é imposto e que atua sobre a sua esfera jurídica criando (extinguindo, modificando ou criando) uma nova situação jurídica.⁷

Não se confunde (1) o *direito de ação*, inerente a um ordenamento jurídico democrático e que está previsto no art. 5.º, XXXV da CF/1988 e refere-se ao *poder de exigir a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça a direitos*, com o (2) direito à responsabilidade patrimonial que está previsto na norma secundária de qualquer obrigação e que se refere ao *direito potestativo à expropriação dos bens do responsável*. Não só este, como todo e qualquer direito contido no ordenamento jurídico pode e deve ser tutelado pelo poder jurisdicional, que é provocado mediante o exercício do direito de ação. Assim, pode-se exercer o direito de ação para proteger o direito à responsabilidade patrimonial quando este for violado ou ameaçado.

Frise-se, pois, que o fato de a sanção (responsabilidade patrimonial) só poder se efetivar por intermédio de uma atuação processual não se lhe retira, de forma alguma, a sua ontologia de direito instrumental nascido no direito material. Está a responsabilidade no âmago da relação obrigacional.

A responsabilidade patrimonial é, sem dúvida, *ontologicamente*, um instituto do direito material, um direito potestativo do credor, instrumental e garantidor de dívidas contra o inadimplemento do devedor, e que nasce junto com qualquer obrigação, mas apenas incide quando acontece o seguinte fato jurídico: *inadimplemento*. Esse direito nada mais é do que uma *perinorma* (norma sancionatória, secundária) criada pela lei com a finalidade de proteger os credores contra o inadimplemento do devedor, ou seja, é norma instrumental, porque tem por finalidade fazer que o inadimplente submeta seus bens para garantir o adimplemento. Contudo, tal direito e respectiva sujeição patrimonial, por razões ligadas ao poder soberano estatal, só pode ser concretizado por intermédio da força estatal, seguindo um devido processo típico de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, essa posição não é majoritária, antes o inverso.

Seguindo passos introduzidos por Liebman,⁸ difundidos por Buzaid⁹ e Dinamarco,¹⁰ praticamente toda a doutrina processualista brasileira acolheu a posição processualista da responsabilidade patrimonial defendida

pelo mestre italiano e seus seguidores da Faculdade do Largo de São Francisco.¹¹ Segundo Liebman, a responsabilidade patrimonial ou executória nada mais é do que um “estado de sujeição puramente processual, que não se identifica e nem se inclui na obrigação pela qual a execução se exerce”.

Obviamente, as teorias processualista e materialista possuem pontos em comum. E o principal deles é o de que o vínculo obrigacional é absolutamente diferente do vínculo da responsabilidade patrimonial, como veremos em tópico posterior. O problema está em definir em que momento nasce a *responsabilidade patrimonial*. Nasceria com a ação executiva, porquanto seria ela chamada de *responsabilidade executória ou executiva*, ou como disse Emilio Betti que, “na relação obrigacional, além do dever de cumprir a prestação, há também a responsabilidade que vincula os bens do devedor a garantir a satisfação do credor e que a essa responsabilidade corresponde”.¹² Mais do que uma simples divergência acadêmica, existem aí consequências sérias e importantes sobre situações jurídicas que venham a ser realizadas, justamente nesse período que separa a teoria materialista da processualista.

4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL, EXECUÇÃO POR EXPROPRIAÇÃO E EXECUÇÃO REAL

Segundo Liebman, a responsabilidade executória (patrimonial) “consiste propriamente na destinação dos bens do vencido a servirem para satisfazer o direito do credor”.¹³ Por sua vez, preleciona Dinamarco que a responsabilidade patrimonial “ou responsabilidade executiva, se conceitua como a *suscetibilidade de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva*”.¹⁴

A doutrina não diverge do conceito acima exposto. Aliás, se lidos os arts. 789 do CPC e 391 do CCB, não restam dúvidas de que a

responsabilidade patrimonial está intimamente relacionada com a noção de que os bens que compõem o patrimônio do devedor, portanto, bens que lhe pertencem, devem responder pelo inadimplemento da obrigação por ele assumida.

É preciso compreender bem o fenômeno, partindo da seguinte premissa: em qualquer modalidade de prestação existe a responsabilidade patrimonial. Ela é norma secundária de todas as obrigações e deveres de prestar. Assim, nas obrigações específicas (fazer ou não fazer ou entrega de coisa) ou de pagar quantia existe a responsabilidade patrimonial. Contudo, uma ressalva é importante para se compreender com rigor a incidência da responsabilidade patrimonial nas obrigações específicas.

É que quando se está diante de um fazer ou de um não fazer, quando acontece o inadimplemento da obrigação, o legislador prevê, no direito material, a possibilidade de o credor exigir em juízo, primeiro, a obrigação específica, ou seja, o cumprimento da própria norma primária (o fazer e não fazer ou a entrega da coisa específica), em vez de substituir a obrigação específica pela satisfação pecuniária que será realizada pela imposição da responsabilidade patrimonial. Assim, apenas no caso de impossibilidade prática de cumprimento da obrigação específica, ou em algumas situações de opção do credor, é que se parte diretamente para o *poder de executar o patrimônio do devedor impondo-se a garantia da responsabilidade patrimonial*.

Assim, chega a ser óbvia a noção de que a responsabilidade patrimonial está ligada à *tutela executiva expropriatória para pagamento de quantia*, porque essa é a maneira pela qual o Estado impõe a responsabilidade sobre o patrimônio do responsável. É o patrimônio que pertence ao responsável que será agredido pelo Estado, liquidado e entregue ao credor. Assim, é a responsabilidade patrimonial que permite que o Estado afete o patrimônio e identifique o bem ou bens que se submeterão aos atos de expropriação para satisfazer o direito do credor. Portanto, é

pressuposto lógico da responsabilidade patrimonial que os bens do responsável serão executados para adimplemento da obrigação inadimplida, seja ela de qualquer natureza.

Ela é a sujeição do patrimônio de alguém (responsável, que normalmente é o devedor) como instrumento utilizado para garantir o adimplemento de uma obrigação. Assim, é pressuposto lógico da responsabilidade patrimonial que ela esteja vinculada à noção de *obrigação*, convencional ou legal, ou seja, um direito pessoal em que o *inadimplemento* é o fato jurídico que faz nascer a responsabilidade patrimonial.

A princípio, não parece ser o ambiente da responsabilidade patrimonial qualquer situação ou relação jurídica que envolva, por exemplo, a tutela de um direito real, simplesmente porque nesta, *a priori*, em relação à obrigação originalmente concebida no plano do direito material, não se justifica qualquer submissão do patrimônio ou excussão de bens em favor de quem quer que seja. Diante de uma pretensão real, não há um devedor e tampouco inadimplemento, mas sim exercício de seqüela do titular do direito real que pretender reaver seu bem. Nessa situação, a responsabilidade patrimonial, entendida como sujeição do patrimônio para garantir um adimplemento, só fará sentido, de forma subsidiária, se convolada em perdas e danos a tutela do direito real, porque a coisa teria sido, por exemplo, deteriorada ou não devolvida. Aí, sim, nessas hipóteses exsurge a responsabilidade patrimonial, na medida em que a *execução genérica ou subsidiária*, para pagamento de quantia, substitui o direito originariamente concebido. O vínculo da responsabilidade patrimonial com a execução por expropriação é lógico, extraído do próprio conceito do instituto (sujeição do patrimônio para garantir o adimplemento de qualquer modalidade de obrigação).

Entretanto, é curioso notar que, mesmo diante de uma pretensão de natureza real, não está presente, *a priori*, a hipótese de responsabilidade patrimonial, ainda assim pode o legislador, por ficção jurídica, a ela atribuir

efeitos que sejam típicos, mas não exclusivos, da responsabilidade patrimonial, como, por exemplo, considerar ser fraude a execução não apenas os casos em que se esteja diante de um inadimplemento numa relação jurídica obrigacional.

É o que foi feito no art. 792, I, do CPC, pois nesses casos pode nem sequer haver devedor, mas mesmo assim o legislador impõe ao réu o dever de conservar a coisa em seu poder até que efetivamente seja devolvida ou entregue ao seu titular. Ao considerar como fraude à execução a alienação desse bem enquanto sobre ele pender demanda fundada em direito real, o legislador estende um típico efeito da responsabilidade patrimonial (fraude à execução) a um instituto que, na sua essência, não é afeto à responsabilidade patrimonial.

Não há nesse caso a *responsabilidade patrimonial*, mas sim fraude à execução, ou o instituto da fraude à execução, que, seja normalmente, se apresenta como um efeito decorrente da responsabilidade patrimonial a esta não se limita, podendo ser alargado para outras hipóteses, como a do referido art. 792, I.

5. MOMENTO DE FORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

5.1 A responsabilidade patrimonial no CPC

No Código de Processo Civil, a responsabilidade patrimonial está inserida na Parte Especial, Livro II, Título I (“Da execução em Geral”), Capítulo V. Com isso, o legislador pretende dizer que tal instituto é componente basilar da atividade jurisdicional executiva. Entretanto, duas observações precisam ser feitas:

- (1) o fato de estar prevista no Livro II não significa que não se opera o mecanismo em outras situações do CPC em que também exista

tutela jurisdicional executiva, por exemplo, nas hipóteses de cumprimento de sentença previstas nos arts. 517, 520 etc. do CPC.

- (2) não obstante esteja inserida nos aspectos gerais da tutela executiva, a responsabilidade patrimonial, que dá suporte à invasão do Estado no patrimônio do devedor inadimplente, só servirá de garantia ao adimplemento se não for possível a obtenção da tutela específica, tal como acontece nas obrigações de entrega de coisa e fazer e não fazer.

O instituto, portanto, vem descrito inicialmente no art. 789 do CPC, no qual se lê que:

O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

O primeiro aspecto que sobressai na análise do dispositivo é o fato de que o CPC utilizou uma unidade temporal fluida para designar o momento de incidência da responsabilidade patrimonial, e é justamente por causa disso que ainda existem vacilações sobre o momento em que nasce a figura em tela.

5.2 Origens do dispositivo

No âmbito do direito processual civil, o art. 789 tem sua origem próxima ao art. 591 do CPC de 1973, que tinha a seguinte redação:

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Antes deste dispositivo acima, o CPC vigente era o de 1939, data em que não se tinha ainda sedimentada, no Brasil, a doutrina alemã do *Schuld und Haftung*, que distinguiu as figuras do *débito e da responsabilidade* como institutos diversos.

Mesmo assim, se lia no art. 888¹⁵ quais os bens que se sujeitavam à execução, que, como vimos, é algo (a indicação de quais bens se sujeitam à execução) que tem uma amplitude maior do que o fenômeno da *responsabilidade patrimonial*.

No âmbito do direito civil, prescreve o art. 391 do CCB que “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Antes desse diploma, era vigente o CPC de 1916, que, pelas mesmas razões citadas para o CPC de 1939, não continha regra semelhante.

No direito alienígena iremos encontrar dispositivos quase idênticos ao art. 789 do CPC.

Assim, por exemplo, o art. 2.740 do Código Civil Italiano de 19.04.1942, no qual se lê que “Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilita’ non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge (*o devedor responde pelo adimplemento das obrigações com todos os seus bens presentes e futuros. As limitações da responsabilidade não são admitidas senão nos casos estabelecidos em lei*)”.

No CPC português, precisamente na seção destinada à penhora e na subseção que cuida dos bens que podem ser objeto da execução, encontra-se o art. 821, que contém a seguinte redação: “1. Estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda. 2. Nos casos especialmente previstos na lei, podem ser penhorados bens de terceiro, desde que a execução tenha sido movida contra ele. 3 A penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, as quais se presumem, para o efeito de realização da penhora e

sem prejuízo de ulterior liquidação, no valor de 20%, 10% e 5% do valor da execução, consoante, respetivamente, este caiba na alçada do tribunal da comarca, a exceda, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da relação, ou seja superior a este último valor”. Ainda no Código Civil lusitano, no art. 601 (no capítulo das garantias gerais da obrigação e sob o codinome de princípio geral) prescreve o legislador 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”.

Da leitura dos diplomas alienígenas percebe-se uma semelhança muito grande da redação do art. 2.740 do CC Italiano com o texto do nosso CPC. Igualmente, extrai-se dos demais diplomas citados, o que também pode ser comprovado pela legislação de outros países de tradição romano-germânica em que há uma separação muito clara entre o que seja débito e responsabilidade. E, mais ainda, nesses diplomas, embora o tema esteja inserto em Códigos de Processo Civil como o CPC português, o tema é tratado sob a matiz do direito material, reconhecendo a *responsabilidade patrimonial* como um direito de garantia geral do adimplemento das obrigações.

5.3 Devedor

O sujeito passivo da responsabilidade patrimonial não é, necessariamente, o devedor, mas qualquer pessoa, inclusive ele, que pode estar na condição de titular do patrimônio *responsável* pelo inadimplemento do devedor.

É claro que será típico, normal e vulgar que o sujeito passivo da responsabilidade patrimonial seja o próprio devedor. Ou seja, que a mesma pessoa que ostenta a condição de sujeito da obrigação de direito material também seja aquele cujo patrimônio suportará a expropriação judicial em

caso de inadimplemento. O normal é que os sujeitos da norma primária sejam também os da norma secundária.

Entretanto, dada a distinção entre os institutos do débito e da responsabilidade, é possível que a dívida recaia sobre uma pessoa, o devedor, e a responsabilidade recaia sobre outra, um terceiro alheio à relação de direito material, mas que por razões convencionais ou legais tenha o seu patrimônio ou parte dele dado como garantia do adimplemento da obrigação do qual ele não faz parte. Assim, quando um terceiro oferta um bem seu em hipoteca para garantir uma dívida feita por um amigo, estará ele se responsabilizando, com uma garantia real (hipoteca), pelo eventual inadimplemento do amigo. É o clássico exemplo de um sujeito responsável por uma dívida de outro.

Não é correto, portanto, o dispositivo legal quando usa o termo devedor (terminologia do sujeito da relação obrigacional) em vez de *responsável*. É o responsável, seja ele devedor ou não, que suportará os atos de expropriação para garantir o inadimplemento da obrigação ao qual seu patrimônio está vinculado.

5.4 Responde com todos os seus bens

Ao dizer que o *devedor* “responde com todos os seus bens”, o que pretende o legislador é deixar claro que o *patrimônio do responsável*, conjunto de seus bens e direitos dotados de valor econômico, responde (se submete à expropriação) pelo inadimplemento da obrigação ao qual ele está vinculado.

Obviamente, essa responsabilidade (garantia genérica) possui limite interpretativo. O primeiro limite é a própria dívida, ou seja, todos os bens do patrimônio do responsável se sujeitam à garantia da dívida no seu exato limite. Logo, quando se fala em *todos os seus bens*, quer-se dizer, na verdade, *todos os bens necessários para garantir a integralidade da dívida*. Ora, o limite do patrimônio que se submete é o limite da dívida.

É importante deixar claro que, enquanto não for garantido o adimplemento, o patrimônio fica sob *estado de sujeição ao direito potestativo de expropriação do credor*, que só pode ser exercido por intermédio da tutela estatal executiva (expropriatória). Uma vez que o direito exequendo tenha sido satisfeito, cessam a responsabilidade patrimonial e o estado de sujeição.

Esse estado de sujeitabilidade do patrimônio do responsável nasce com a obrigação, mas *incide* com o inadimplemento do devedor, e não acarreta para tal *responsável* o congelamento do seu patrimônio ou sua constrição formal. A propriedade sobre bens e valores que compõem o seu patrimônio se vê afetada pela responsabilidade patrimonial assumida, de forma que, se o responsável pretender dilapidar seus bens de modo a desfalcá-lo para fugir à sua responsabilidade, haverá a possibilidade de o credor exercer a tutela jurídica preventiva de proteção de seu direito (conservação do patrimônio para futura expropriação).

5.5 Bens presentes e futuros e o terceiro adquirente

A expressão “bens presentes e futuros” contida no art. 789 foi extraída do art. 2.740 do Código Civil italiano, como vimos anteriormente. A expressão tem sido muito criticada pela doutrina, nacional e italiana, porque não diz, afinal de contas, em relação a qual ato jurídico são “presentes e futuros”.

O direito potestativo do credor à expropriação do patrimônio do responsável para garantia do adimplemento da obrigação só pode ser concretizado pela via judicial executiva, pois o Estado detém o monopólio da expropriação forçada. É por meio dela que haverá a alteração da situação jurídica do executado/responsável efetivando o direito potestativo do seu titular.

Esse direito potestativo do credor tem a sua contraface na *submissão* do patrimônio do responsável, e a efetivação do referido direito se faz por

atos de expropriação judicial.

Os bens presentes e futuros que se submetem à responsabilidade patrimonial têm como marco temporal (presentes e futuros) a obrigação assumida pelo devedor, pois é desde esse momento que *existe a responsabilidade patrimonial*. A partir do inadimplemento que se concretiza a norma secundária da obrigação assumida e não prestada (norma primária), enfim, configura-se para o credor o direito potestativo à expropriação de bens do devedor/responsável, embora a doutrina majoritária *afirme que ficam submetidos à expropriação todo o patrimônio atual do executado no momento de instauração da atividade jurisdicional, aí compreendendo os que já existem e os que venham a ser adquiridos*.

Portanto, em nosso sentir, são os *presentes* e os *futuros* em relação à obrigação assumida, e não em relação à instauração da tutela executiva.

Explica-se o porquê de nossa divergência.

Não se discute que todos os bens que integram o patrimônio do executado no momento de instauração da tutela executiva (cumprimento de sentença e processo de execução) se submetem à responsabilidade patrimonial. O que se quer dizer é que não só nesse momento (da execução) esses bens se submetem, mas todos aqueles que já existiam no patrimônio do executado desde o momento em que se configurou, no plano do direito material o estado de sujeição do patrimônio do responsável (com a obrigação).

A norma secundária existe desde esse momento, vinculando o credor e o devedor (responsável). Enquanto não se deu o inadimplemento, a perinorma era apenas uma *potência*, uma ameaça, mas a ela estavam vinculados tanto o credor quanto o devedor (responsável). O papel da norma secundária antes do inadimplemento era servir como medida de *ameaça ou coerção*, como sói acontecer com toda e qualquer sanção (perinorma) antes de descumprida a endonorma. Assim como ninguém pode ser *preso* se não matar alguém, mas sabe que, se o fizer, essa consequência

incidirá. A perinorma, antes de descumprida a endonorma, serve apenas como advertência de que ela incidirá caso a norma primária não seja cumprida. Contudo, depois que a norma primária é descumprida, a sanção (ou perinorma ou norma secundária) já não mais atua apenas na função coercitiva ou inibitória, ela simplesmente incide, ou seja, pode e deve ser implementada pelo sujeito ativo contra o sujeito passivo da relação jurídica que dela decorre (da norma secundária).

Assim, ao inadimplir a obrigação, o devedor/responsável passa a ser sujeito passivo da submissão do seu patrimônio a um direito de expropriação do credor, e esse direito já pode ser exercido desde este momento pelo seu titular.

A questão que surge a partir dessa premissa é: e se for verificado no momento da execução (e dos atos expropriatórios de identificação de bens do patrimônio) que o patrimônio do responsável está desfalcado e que esse desfalque se deu antes de iniciada a tutela executiva e depois de assumida a obrigação?

Ora, é ínsita a qualquer obrigação ou prestação a cláusula da responsabilidade patrimonial, que incide concretamente quando se dá o inadimplemento. A referida cláusula é uma imposição legal, e, nos termos do texto constitucional (art. 5.º, II, da CF/1988), ninguém pode se escusar de desconhecer a lei, de forma que o devedor/responsável sabe que, se não adimplida a obrigação, o seu patrimônio responde (arts. 391 do CCB e 789 do CPC). Portanto, desde que assume o dever de adimplir a obrigação, o devedor/responsável já sabe que, se não o fizer, o seu patrimônio fica sujeito à expropriação para garantia do adimplemento.

Se a obrigação inadimplida está configurada em um título executivo extrajudicial (art. 784), poderá o credor exercer o seu direito potestativo à expropriação tão logo ocorra o inadimplemento, e, portanto, qualquer ato de desfalque do patrimônio que prejudique a responsabilidade patrimonial será tomado como fraude à execução instaurada. Por outro lado, se a obrigação

inadimplida não se revela desde o início num título executivo extrajudicial, sendo necessário discutir em juízo o próprio direito contido na norma primária (quem deve, a quem se deve, se é devido e quanto ou o que é devido) para só depois prosseguir no cumprimento da sentença (título executivo judicial), então a eventual dilapidação patrimonial ocorrida depois de iniciada a tutela jurisdicional cognitiva que formará o título executivo também será tomada como fraude à execução.

É claro que o credor não precisa esperar o momento da execução e dos atos expropriatórios para verificar o desfalque patrimonial cometido pelo responsável, pois se tiver elementos que demonstrem a atitude dilapidatória do patrimônio, antes mesmo de iniciado o processo de execução (ou o processo que ensejará o cumprimento de sentença), poderá lançar mão de remédio jurisdicional preventivo/inibitório para conservar e proteger a responsabilidade patrimonial que esteja sob risco.

A questão ainda se torna mais interessante se o devedor desfalcar o patrimônio antes de iniciada a tutela jurisdicional (processo de execução ou ação sincrética que leva ao cumprimento de sentença), alienando para terceiros os bens e valores que compõem o seu patrimônio, ou seja, antes mesmo de o credor provocar a tutela jurisdicional.

Nessa situação, tanto quanto no outro caso (quando já tiver sido provocada a tutela jurisdicional), é preciso levar em consideração não apenas a conduta do devedor/responsável que desfalca o seu patrimônio. Este, ao desfalcar, sempre tem conhecimento de que seu patrimônio responde pela dívida, pois é a lei que impõe essa situação, e, por isso, presume-se em seu desfavor a previsão expressa na lei. A responsabilidade patrimonial é imanente à própria obrigação assumida. Mas aquele que adquire o bem alienado pelo devedor/responsável, o tal *terceiro adquirente*, só teria condições de saber que o referido bem estaria afetado ao adimplemento de uma obrigação assumida pelo devedor/responsável se

sobre o bem adquirido houvesse algum tipo de registro, *erga omnes*, que lhe permitisse ter consciência de que não deveria adquiri-lo.

Assim, se adquiriu um bem registrado ou gravado com a cláusula de afetação ou até mesmo se adquiriu um bem do patrimônio de alguém no qual constava o registro da existência de uma demanda capaz de incidir a responsabilidade patrimonial do devedor, então o terceiro adquirente agiu sob sua conta e risco, e a sua aquisição será ineficaz em relação ao credor/exequente titular do poder expropriatório sobre o patrimônio do executado.

Entretanto, por outro lado, se adquiriu um bem que não estava registrado ou que nem sequer se submeteria a qualquer tipo de registro, então o terceiro adquirente tem a seu favor a presunção da boa-fé, já que não poderia prever que o bem adquirido estivesse afetado à responsabilidade patrimonial para garantia do adimplemento de uma obrigação descumprida pelo alienante (devedor/responsável).

Porém, há neste caso uma cautela a ser adotada. Nesses casos, a presunção em favor do terceiro deve existir sempre que se tratar de uma situação comum e razoável da vida comercial, pois, por exemplo, se adquiriu o bem (alienado pelo responsável/devedor) por preço bem inferior de mercado, ou se era notória no mercado a situação de endividamento do alienante, ou se se tratava de vultuosa quantia que normalmente exige alguma cautela na negociação como por exemplo a investigação sobre a situação financeira do alienante, então nesses casos a presunção de boa-fé não se concretizará em favor do terceiro, antes o inverso, devendo o tal bem adquirido responder pela dívida ao qual ele estava afetado desde o inadimplemento.

Assim, fechando a análise da expressão “bens presentes e futuros”, pensamos que o marco temporal que deve ser utilizado é o surgimento da própria obrigação assumida pelo devedor/responsável. São os bens que compõem o patrimônio presentes no momento da obrigação assumida e

futuros em relação à mesma obrigação. Para os bens que, no momento da execução, não estejam mais no patrimônio do executado, tem-se o seguinte:

- a) por imposição da lei, estavam afetados e submissos à garantia da dívida, de forma que sob a perspectiva do devedor/responsável terão sido alienados em fraude;
- b) sob a perspectiva de quem os adquire, o terceiro adquirente, nem sempre serão adquiridos mediante fraude, precisando esta estar configurada (em meio processual adequado) para que tais bens (fraudulentamente alienados) possam responder pela dívida, suportando os atos de expropriação.

Essas e outras questões referentes ao desfalque patrimonial, ao seu momento, à situação do terceiro adquirente, aos mecanismos e técnicas processuais em que são tuteladas, serão tratadas adiante quando estudarmos a *fraude à execução* constante no art. 792.

5.6 A expressão “para o cumprimento de suas obrigações”

A responsabilidade patrimonial é a *garantia geral* de todas as obrigações. Constitui ela o preceito secundário, a perinorma, a sanção contida na estrutura lógica de uma relação jurídica obrigacional.

Se não existisse a responsabilidade patrimonial, não haveria o menor risco de se descumprir uma obrigação, situação que geraria um caos nas relações civis e comerciais.

Assim, toda e qualquer relação obrigacional, contratual ou extracontratual, de qualquer espécie ou tipo (fazer ou não fazer e dar [entrega de coisa ou pagar quantia]), contém em si, como preceito secundário, nela embutido por imposição da lei civil, a responsabilidade patrimonial.

O credor, sujeito ativo da relação jurídica obrigacional, pode, sempre que possível, optar por exigir o seu direito à prestação da forma como está pactuado na endonorma ou norma primária, o que é lógico, salutar e muitas vezes a única forma de se obter de modo justo o seu direito, tal como acontece nas obrigações de fazer e não fazer previstas em direitos fundamentais. Igualmente, tratando-se de obrigações que envolvam a entrega de determinado bem, o normal é que o credor exija o direito contido na norma secundária, pleiteando a posse do bem que não lhe foi entregue pelo devedor.

Contudo, nestas e em qualquer outra obrigação, se impossível ou impraticável ou, simplesmente por opção do credor, não se pretender a realização da norma primária (obrigação) inadimplida, então poderá ele lançar mão do direito material que possui de excutir bens do patrimônio do responsável para garantia da referida obrigação inadimplida. Esse direito do credor, ao qual o patrimônio do responsável fica submetido, é o que se denomina de responsabilidade patrimonial e, por razões de monopólio da soberania estatal, só pode ser efetivado por intermédio da expropriação judicial.

Os bens que compõem o patrimônio do responsável, quando são expropriados, têm uma função instrumental em relação ao objeto da prestação inadimplida (fazer, não fazer e pagar quantia).

6. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E LIMITAÇÃO À PROPRIEDADE DO DEVEDOR

Se a responsabilidade patrimonial é uma garantia para o credor, no sentido de que, caso a prestação não seja adimplida, ele poderá socorrer-se da responsabilidade patrimonial (sobre os bens do patrimônio do responsável pelo débito), tal instituto funciona, portanto, como um *limitador do direito de propriedade* do responsável patrimonial, pois de

antemão sabe que, no caso de inadimplemento da dívida, são os seus bens que deverão garantir que a obrigação inadimplida seja satisfeita.

Isso implica que, ao vincular-se a uma obrigação (contratual ou extracontratual), o devedor¹⁶ não só se sujeita a prestar o fato ou ato que constitui o objeto imediato do vínculo jurídico, como ainda deverá saber que estará assumindo outra posição jurídica passiva, de ordem subsidiária àquela, que é *sujeitabilidade de seus bens à responsabilidade pelo inadimplemento*.

Essa sujeitabilidade é uma situação de desvantagem que implica uma conduta inibitória do responsável patrimonial no sentido de que “não poderá desfalcar o seu patrimônio aquém do nível de equilíbrio entre os seus bens e suas dívidas”,¹⁷ sendo, portanto, um limitador ao livre exercício da propriedade sobre os bens que integram o patrimônio daquele que é responsável pelo débito inadimplido.

7. GARANTIA PATRIMONIAL GERAL E GARANTIA REAL

A responsabilidade patrimonial é uma garantia que o credor possui de que não sofrerá prejuízo em caso de inadimplemento. Todos os bens presentes e futuros do responsável, em relação ao vínculo jurídico, concorrem pelo adimplemento da obrigação eventualmente não adimplida.

Sem dúvida, portanto, a responsabilidade patrimonial tem papel fundamental nas relações obrigacionais, sejam elas oriundas de uma relação negocial ou de um ato ilícito. Entretanto, não obstante a célebre frase de que “o direito creditório pode existir sem a hipoteca, porque, independentemente dela, os bens do devedor ficam, na verdade, geralmente afetados ao pagamento de suas dívidas”, o fato é que a simples existência da responsabilidade patrimonial não impede ao credor mais preocupado que, além dessa garantia imanente a qualquer obrigação, resolva apor no negócio

jurídico outra garantia para apertar ainda mais o negócio ou resguardar-se contra o eventual inadimplemento.

O que se quer dizer é que a responsabilidade patrimonial não afasta a possibilidade de que no mesmo negócio jurídico sejam tomadas outras garantias, reais ou fidejussórias, que assegurem ao credor uma tranquilidade para o caso de inadimplemento do devedor.

É importante ressaltar que, no caso de serem tomadas outras garantias (além da responsabilidade patrimonial em si mesma), o credor poderá, se necessário for, lançar mão de remédios jurisdicionais para tutela da responsabilidade patrimonial ou das garantias que eventualmente tiver feito para impedir o prejuízo no caso do inadimplemento. Como bem lembra Cahali: “inobstante a garantia especificada no vínculo real constituído, os bens que compõem o patrimônio do devedor continuam respondendo pela total satisfação de seus débitos, qualquer que seja a origem ou natureza do crédito”.¹⁸

Deve-se ficar atento apenas para o fato de que, quando se tratar de *garantia real*, e o bem onerado em fraude for exatamente o mesmo, será bastante para o credor com garantia real o uso da ação real (reipersecutória) respectiva (exercício da sequela), não havendo necessidade da propositura da ação pauliana (para reconhecer a ineficácia do negócio jurídico envolvendo o bem que estava gravado com ônus real), justamente por lhe faltar o dano à responsabilidade patrimonial.

Não obstante, essa não é regra absoluta, tendo-se em vista que a garantia real poderá ser insuficiente ou destruída de tal forma pelo devedor que, ainda assim, assistirá interesse em tutela a responsabilidade patrimonial quando se mostrar inoperante a ação real protetora da referida garantia.

Outrossim, observe-se ainda que existirá interesse do credor em tutelar a responsabilidade patrimonial toda vez que a oneração ou alienação em fraude praticada pelo devedor recair sobre bem do patrimônio em si,

sempre que, mais uma vez, a garantia real ajustada não for suficiente para ressarcir o credor dos prejuízos que possam ser causados pelo inadimplemento do devedor.

Aliás, nesse sentido é o que dispõe o art. 1.481 do CC, que cuida da responsabilidade patrimonial do adquirente do imóvel hipotecado em relação aos credores hipotecários.

Entretanto, não é só, pois, bem se sabe, sendo insuficiente o preço alcançado na execução judicial do imóvel hipotecado, o credor hipotecário transferirá o seu interesse na proteção da garantia genérica de preservação dos demais bens que compõem o patrimônio do responsável, uma vez que será dali que extrairá numerário suficiente para se proteger do prejuízo causado pelo inadimplemento.

O que se quer dizer é que a garantia real estabelecida num negócio jurídico não afasta a possibilidade de que sejam excutidos bens do responsável patrimonial em razão do inadimplemento, muito embora, preferencialmente, seja bem melhor ao credor efetivar excussão sobre o bem dado em garantia real.

8. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL SOBRE BENS QUE NÃO MAIS PERTENCEM AO DEVEDOR NO MOMENTO DE INSTAURAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL COGNITIVA OU EXECUTIVA

Considerando que a responsabilidade patrimonial enseja uma limitação natural e intrínseca ao exercício do direito de propriedade, no sentido de que o devedor não pode desfalcar o seu patrimônio de forma a pôr em risco a garantia de solvabilidade do débito inadimplido, surge importante questionamento – de ocorrência bastante vulgar – quando o devedor/responsável – proprietário que é do seu patrimônio – decide aliená-

lo a tal ponto que, no momento da instauração das medidas executivas ou da própria instauração do processo (cognição/execução), exista uma situação de insolvabilidade patrimonial que não seja mais possível garantir a dívida inadimplida.

Seria possível penhorar para futura expropriação bens que o devedor/responsável alienou para terceiro após a formação da obrigação?

Reconhece-se que o nó não é tão fácil de desatar, porque envolve, de um lado – como se disse –, o direito de liberdade/propriedade do devedor e, de outro, o direito do credor de ter satisfeita a tutela jurisdicional garantidora do inadimplemento, além de uma terceira pessoa. Se se disser que não poderá atingir naquele momento um bem alienado há tempos para terceiro, certamente estará reduzida a pó a responsabilidade patrimonial, e nenhum sentido terá dizer que ela passou a existir no mundo jurídico desde o nascimento da obrigação.

Se é verdade o que diz o art. 391 do CC, certamente a decisão judicial que impõe uma prestação (condenação) deverá ter efeito retroativo para dizer que a prestação a ser adimplida é devida desde a sua formação, portanto, historicamente anterior à formação do processo, e, como tal, também retroativa deveria ser a incidência da responsabilidade patrimonial, motivo pelo qual ela existiria, também, desde a formação da obrigação, como garantia inerente ao adimplemento.

Contudo, como se sabe, o processo leva tempo para ser formado, e somente quando atua a norma jurídica concreta (execução) é que se vai perceber – ou exigir – que o patrimônio do responsável/executado permaneça íntegro ou idôneo a tal ponto que seja apto para solver os débitos inadimplidos. Nesse momento, como deve proceder a atividade jurisdicional executiva?

Ora, deve-se fazer com que o patrimônio do responsável – aquilo que possuir naquele momento – sirva como garantia pelo inadimplemento.

Certamente, se nada possuir naquele momento, ou seja, se o patrimônio do executado for inexistente de bens economicamente executáveis, o exequente deverá buscar os tais bens que compunham o patrimônio do executado na época em que contraiu a dívida para que esses mesmos bens, eventualmente alienados para terceiros, possam dar alento à responsabilidade patrimonial, que, repita-se, existe desde a formação da obrigação, pois, se não fosse assim, o instituto da responsabilidade patrimonial existiria apenas no país das maravilhas, pois sabe-se que – infelizmente – o devedor aliena os bens que possui em momento muito anterior à formação do processo (de conhecimento mesmo!), justamente para fugir à responsabilidade patrimonial.

Esse *efeito retroativo*, permitindo que bens “presentes à obrigação”, mas “passados à iniciação da tutela jurídica condenatória ou executiva”, sejam objeto de execução porque ainda integrariam o patrimônio do executado, para fins de responsabilidade patrimonial, àquela dívida inadimplida não seria uma forma de limitar o direito de propriedade do executado? E poderia ser determinado o retorno desse patrimônio mesmo que já estivesse incorporado ao patrimônio de um terceiro?

Segundo pensamos, no estágio em que se encontram a tutela jurisdicional e o “processo civil de resultados”, tal limitação ao direito de propriedade é intrínseca a seu conteúdo, e decorre de uma vontade e aceitação do próprio obrigado que assumiu tal condição pelo contrato ou pelo ilícito cometido, e, se não fosse dessa forma, certamente seria sem sentido e nula, na realidade atual, a função da responsabilidade patrimonial, posto que a mais comum das hipóteses de dívidas inadimplidas é o caso do devedor que transfere seus bens, desfalcando o seu patrimônio, muito antes de sofrer a tutela executiva, tornando infrutífera a tutela jurisdicional.

E o mais interessante é que faz isso em momento tal que é impossível provar que naquele instante em que foi feita a alienação pudesse haver uma prova substancial de que tal alienação teria sido fraudulenta ou

teria o intuito de fugir à responsabilidade. Eis aí a chave do problema, ou seja, os remédios repressivos não podem recolocar o patrimônio do executado, pinçando onde estiverem e com quem tiverem, sem que os terceiros que os adquiriram não possam ser ouvidos ou sem um devido processo legal.

Exatamente por isso, e com assento no texto legal, entendemos que a responsabilidade patrimonial é algo que limita o exercício do domínio do devedor/responsável de tal forma que a parcela de bens que compunham o patrimônio do executado que seriam aptos à satisfação do débito inadimplido fica “gravada” com a pecha da sujeitabilidade à futura execução, mas, por envolver a esfera patrimonial de terceiros adquirentes, estes deverão ter a oportunidade de defender seus direitos com um devido processo legal. Presume-se a má-fé do devedor, mas não a do terceiro. Aquele sabia que não poderia desfalcocar o patrimônio, pois todos os seus bens responderiam pelo seu inadimplemento, mas o terceiro, a não ser que se presuma o contrário, poderia desconhecer a situação do devedor.

9. TUTELA JUDICIAL DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Considerando o que já foi dito em tópico anterior sobre a autonomia da responsabilidade patrimonial em relação ao débito, ou seja, de que “dívida” e “responsabilidade” são coisas distintas, embora nasçam de um mesmo vínculo jurídico, e também considerando que pode haver responsabilidade sem débito e débito sem responsabilidade, ou responsabilidade e débito recaindo sobre pessoas diversas, parece-nos clara a ideia de que, do ponto de vista do credor, a dívida e a responsabilidade são figuras que se completam, posto que esta se presta para garantir aquela.

É justamente porque “dívida” e “responsabilidade” são coisas distintas, enfim, porque correspondem a diferentes situações jurídicas

subjetivas de vantagem do credor em relação ao devedor/responsável, que ambas podem ser tuteladas pelo direito.

Com isso se quer dizer que, por ser reconhecido no plano do direito subjetivo como “direito potestativo à expropriação” do credor em relação ao devedor/responsável, parece-nos claro que tanto a prestação devida (endonorma) quanto a responsabilidade patrimonial (perinorma) podem ser objeto de tutela pelo direito processual quando, eventualmente, ocorra ameaça ou lesão a quaisquer dessas posições jurídicas de vantagem do credor.

Sendo mais explícito ainda, pode-se dizer que o credor poderá recorrer ao Poder Judiciário para tutelar o seu direito de crédito ou a proteção do direito à responsabilidade patrimonial que deriva do vínculo obrigacional, quando algum destes estiver sendo ameaçado ou lesionado por quem quer que seja, especialmente pelo próprio devedor.

Nesse sentido, e atendo-nos à tutela jurisdicional da responsabilidade patrimonial, podemos dividir a sua proteção em preventiva e repressiva, respectivamente, quando pretender afastar a ameaça de lesão ou para restaurá-la da lesão perpetrada.

A tutela jurisdicional preventiva ocorrerá quando o que se pretende obter pela via do processo é um resultado que evite a redução (ou o *não aumento*) do patrimônio do responsável, de forma que tal redução (ou não aumento) importaria em um desfalque que comprometeria a responsabilidade patrimonial (garantia) pelo eventual inadimplemento do devedor.

Por sua vez, a tutela jurisdicional repressiva é aquela que se volta para uma situação em que a responsabilidade patrimonial já foi afetada, reduzida e comprometida, de forma que o processo deve ofertar ao autor uma situação jurídica que restaure a situação jurídica em que a responsabilidade patrimonial não havia sido lesada.

É importante frisar que a responsabilidade patrimonial tem a sua existência e seu fim atrelados umbilicalmente ao vínculo jurídico para o qual serve de garantia, de modo que a sua tutela, ainda que seja feita de maneira autônoma, jamais deverá estar desvinculada ao seu destino, ou seja, não se protege a responsabilidade patrimonial senão para que ela sirva, no futuro (tal proteção), para resguardar o credor do inadimplemento do devedor/responsável.

No tópico seguinte cuidaremos da tutela preventiva em favor do credor e da tutela jurídica em favor do terceiro, muitas vezes de boa-fé, envolvido na fraude praticada pelo devedor.

10. INDIVIDUALIZAÇÃO PATRIMONIAL E REMÉDIOS REPRESSIVOS

Existe uma inegável correlação – lógica e cronológica – entre os remédios judiciais repressivos da lesão à responsabilidade patrimonial, enfim, que visem à restauração do patrimônio, e o momento em que o referido ato lesivo de desfalque acontece.

Considerando que todas as atenções do titular do direito se voltam para o patrimônio do responsável quando acontece o inadimplemento, certamente a partir desse momento (inadimplemento) até a efetiva excussão dos bens que irão colocar fim à dívida (e à própria responsabilidade patrimonial) haverá um lapso temporal que, aos poucos, em uma “escalada de individualização”, fará com que a sujeição patrimonial deixe de ser genérica e passe a ser específica.

Isso quer dizer que, a partir do inadimplemento, à medida que se inicia a escalada para executar bens do patrimônio do responsável, há um natural caminho de identificação de que os bens do patrimônio estarão sujeitos à garantia da dívida inadimplida.

Nessa escalada rumo à identificação dos bens que compõem o patrimônio do responsável sobre os quais incidirão o poder de excussão do

Estado, há de se separar, portanto, em qual momento dessa “escalada de individualização” teria ocorrido o ato lesivo à responsabilidade patrimonial. Dependendo do momento em que a lesão ocorra, o legislador considerou como mais ou menos grave, e, por isso, previu uma reação (remédio jurídico) mais ou menos enérgica contra o referido ato.

Assim, se a lesão ao patrimônio do responsável aconteceu entre o nascimento da dívida e a instauração do processo que vise a assegurar o adimplemento (de cognição, de execução, monitório ou até mesmo cautelar), certamente o grau de individualização dos bens (montante) que se sujeitariam à responsabilidade patrimonial ainda se encontrava bastante embaçado, não havendo ainda a colocação do devedor ou o responsável na condição de sujeito passivo do processo instaurado para o fim de obter o adimplemento. Nesse caso, a eventual lesão ao patrimônio afeta diretamente o credor ou titular do direito inadimplido, que perde a garantia contra o referido inadimplemento, na medida em que o devedor/responsável pretende retirar da responsabilidade patrimonial o bem ou bens alienados. Para essas situações, o legislador indicou como remédio jurídico a ação pauliana ou revocatória.¹⁹

Todavia, se a fraude aconteceu após a instauração do processo (monitório, cautelar, cognitivo ou executivo), portanto, no curso de uma relação jurídica processual (pública) e antes de realizada a apreensão e depósito (penhora) do(s) bem(ns) do responsável sujeito(s) à expropriação, então se terá uma situação de maior individualização do débito e, por conseguinte, de definição dos limites da própria responsabilidade patrimonial, motivo pelo qual a fraude praticada no desfalque patrimonial prejudicial ao adimplemento está *in res ipsa*, de forma que o que se tem é, portanto, uma especialização da “fraude contra credores” antes referida. Com a existência de um processo iniciado, há um novo ator, uma nova situação jurídica de interesse público.

Nesses termos, considerando o caráter público do processo e o respeito à atividade jurisdicional, a medida a ser utilizada para reprimir o referido ato poderá ser a interposição de uma simples petição requerendo ao magistrado a declaração de ineficácia do ato de alienação em fraude à execução.²⁰

Não obstante tal situação pudesse ser tomada de ofício, tal fato será extremamente difícil de acontecer pelo desconhecimento judicial do ato lesivo.

Contudo, se a alienação fraudulenta foi do *bem já penhorado e antes da expropriação propriamente dita*, certamente a individualização já era completa e, como tal, a tentativa de furtar-se à responsabilidade patrimonial é indubitosa e, por isso, mais grave é a conduta praticada, mantendo-se, nesse caso, a constrição exercida sobre o bem, como se nada tivesse acontecido, prosseguindo-se com as medidas executivas adequadas de forma a considerar inexistente a alienação ocorrida.

11. AS FRAUDES CONTRA O CREDOR E CONTRA A EXECUÇÃO: HIPÓTESES E TUTELA JURÍDICA

11.1 Direito de propriedade do devedor e tutela jurídica da responsabilidade patrimonial

O direito de propriedade é assegurado na Constituição Federal (art. 5.º, *caput*, XXII e XXVII) e, muito embora se diga aqui e alhures que a cada dia esse direito se veja esvaziado, com o seu núcleo limitado, ainda assim prevalece a máxima do art. 1.228 do CCB, inclusive com as restrições nele existentes, em que se lê que: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Por outro lado, também assegura o legislador civil, logo no art. 1.º do referido texto, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Contudo, por razões óbvias, a faculdade de dispor do patrimônio encontra limites no ordenamento jurídico, e um desses limites, que aqui nos interessa, é justamente aquele que está descrito no art. 391 do CCB, que assim dispõe: “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

A regra tem sabor de obviedade, mas não é demasiado dizer que ninguém pode contrair dívidas que não pode suportar. Se é verdade que existe uma liberdade de dispor do patrimônio e de contrair obrigações, por outro lado, também é verdade que deve haver um justo equilíbrio entre a dívida assumida e a responsabilidade para suportá-la, de forma que haverá uma patologia ou anormalidade quando a responsabilidade para suportar a dívida for inferior às dívidas assumidas.

A regra do art. 391 do CCB deixa clara a existência de dois fenômenos na relação jurídica obrigacional. O primeiro, denominado de norma primária, consubstanciado na própria prestação que tipifica o devedor ou obrigação. O segundo, de natureza secundária, referente à consequência pelo descumprimento da norma primária. Na norma primária, ou endonorma, a prestação que se espera que seja cumprida. Na norma secundária, ou perinorma, a sanção pelo descumprimento.

Nesse dispositivo está claro que, ao assumir uma obrigação, o devedor deve saber, pois ninguém se escusa de não conhecer a lei, que, se não adimplir a obrigação, o seu patrimônio será responsável pela garantia da dívida. Assim, não pode e não deve, de forma alguma, alienar o seu patrimônio de forma a tornar essa garantia oca, inócua ou infrutífera.

De nada adiantaria o direito material conceber ao credor o direito potestativo de expropriar o patrimônio do executado destinado à satisfação da dívida inadimplida se, quando provocasse o Estado (detentor do

monopólio estatal) a fazê-lo, o patrimônio do devedor ou responsável estivesse absolutamente desfalcado.

É exatamente por isso que o ordenamento jurídico excogita uma série de técnicas e ferramentas processuais que permitem ao credor tutelar a responsabilidade patrimonial, seja para *evitar* que ela seja desfalcada, seja para *remover* o desfalque cometido pelo devedor.

É importante deixar registrado que, desde o momento em que o devedor assume a obrigação, ele sabe, por imposição legal, que a consequência pelo inadimplemento da obrigação é a sujeição do seu patrimônio. Enfim, tem o devedor total conhecimento do estado de sujeição e do respectivo contradireito (potestativo) em favor do credor. Por isso mesmo, não é possível admitir qualquer atitude inocente do devedor ao desfalcar o patrimônio, além do limite necessário para garantir as dívidas por ele mesmo assumidas.

É nesse diapasão que a legislação civil brasileira prevê a possibilidade de que tais atos, ilícitos sob a perspectiva do devedor/responsável, possam ser *impedidos* ou *removidos* através de meios e técnicas processuais que tenham por finalidade a tutela da responsabilidade patrimonial.

Destarte, se por um lado é inegável que as técnicas processuais preventivas ou inibitórias do desfalque patrimonial apresentam-se como mecanismos eficazes e simples porque os atores envolvidos são o credor e o devedor/responsável, por outro lado, é inegável também que a probabilidade de o credor descobrir a tempo de prevenir ou inibir o desfalque é muito difícil, pois normalmente o devedor/responsável o faz de forma sorrateira, pois, afinal de contas, ele, mais do que ninguém, sabe quais as suas dívidas e qual o seu patrimônio. Assim, quando o único remédio disponível é aquele que pretende a remoção do ilícito, os atores já não são mais o credor e o devedor/responsável, senão porque passa a existir um outro sujeito, um terceiro adquirente do bem que desfalcou o patrimônio

em violação à responsabilidade patrimonial. E, nesse caso, o terceiro, salvo as presunções legais, é de boa-fé e, da mesma forma que o credor, também pode ter sido enganado pelo devedor/responsável.

Assim, na tutela de remoção do ilícito cometido pelo devedor/responsável que alienou bem sujeito à responsabilidade patrimonial para um terceiro de boa-fé, passa a existir um complicador, que é a posição jurídica do terceiro adquirente ou em favor de quem o bem foi onerado. E exatamente porque se tem esse novo ator é que a ele é disponibilizado o remédio dos embargos de terceiro, hábil para promover a defesa da sua posse ou propriedade do referido bem.

Concluindo, pode-se dizer que o legislador estabelece momentos diversos, e remédios igualmente diversos, para tutelar a responsabilidade patrimonial.

O primeiro momento é anterior à dilapidação do patrimônio pelo sujeito responsável, e que pode ser anterior até mesmo ao próprio inadimplemento, caso em que o ordenamento jurídico fornece uma técnica processual preventiva/inibitório contra o respectivo ilícito.

Se, por outro lado, o ilícito já tiver sido cometido, então o legislador separa os remédios disponíveis para o credor, de acordo com um marco temporal, que é o ajuizamento da demanda condenatória ou do processo de execução (de título extrajudicial).

Assim, se o ilícito cometido pelo devedor for anterior a esse *marco temporal*, será um ilícito de natureza civil e o ordenamento jurídico oferta a técnica processual da ação autônoma que reconhecerá a *fraude contra credores*, popularmente conhecida como *ação pauliana* ou *revocatória*.

Contudo, se o ilícito praticado pelo devedor for posterior àquele marco temporal, ele será reputado como *fraude à execução*, e o ordenamento jurídico oferta mecanismo mais simples e direto para sua remoção, pois, sendo um ilícito processual, que atenta contra a dignidade da

justiça, insurge-se por simples petição de objeção formulada pelo exequente nos próprios autos de onde se processa a execução.

11.2 O ato ilícito da fraude sob a perspectiva dos sujeitos envolvidos

Ao violar a responsabilidade patrimonial mediante desfalque do seu patrimônio, o devedor comete um ato ilícito (art. 186 do CCB)²¹ e é preciso que os sujeitos que por esse ato sejam lesionados encontrem no ordenamento jurídico remédios adequados à tutela dos seus direitos.

Os atores envolvidos e prejudicados pelo referido ilícito podem variar, de acordo com o momento em que o ilícito é cometido (antes ou depois de insaturado o processo) e com a posição jurídica assumida em relação ao ato ilícito cometido (credor, devedor, terceiro e o estado-juiz). É curioso notar que inúmeras vezes poderá acontecer de mais de um personagem ser injustamente lesionado, criando uma situação *sui generis* de o ordenamento jurídico ter que escolher qual sujeito que deve merecer a tutela jurídica, ainda que estejam todos os lesados de boa-fé.

Sempre que o direito potestativo do credor à expropriação do patrimônio do devedor/responsável já tiver sido exercido em juízo por intermédio de um processo de execução ou demanda condenatória que leve a um cumprimento de sentença, qualquer ato ilícito de fraude que venha a ser cometido pelo devedor de redução ou desfalque indevido de seu patrimônio será extremamente grave, porque a mácula não prejudicará apenas os credores, mas a própria Jurisdição estatal. Tratar-se-á, por isso mesmo, de um ato ilícito cometido no âmbito do processo, atentatório à dignidade da justiça, que envolverá, além de outros credores prejudicados, um ente público e, por isso mesmo, com métodos e consequências ainda mais sérias do que se tivesse sido cometido em momento anterior à instauração das referidas demandas.

Assim, quando o ato ilícito de fraude for cometido antes de instaurada a demanda (condenatória ou processo de execução) pelo credor, então não haverá ato ilícito processual, excluindo-se do rol de prejudicados o Estado-juiz, mas identificam-se pelo menos três personagens envolvidos em relação a tal ato:

- (a) *o credor titular do direito potestativo à expropriação do patrimônio do responsável/devedor;*
- (b) *o terceiro adquirente (que também é um credor) do bem que foi retirado do patrimônio por alienação ou oneração pelo devedor/responsável; e*
- (c) *o devedor/responsável que cometeu o ilícito de desfalcar o seu patrimônio além do que lhe era permitido fazer.*

O primeiro personagem citado acima é o credor da obrigação inadimplida, e, portanto, o titular do direito à expropriação do patrimônio do devedor/responsável. É aquele sujeito em favor de quem é conferido o poder, o direito potestativo oriundo da norma jurídica secundária – sanção, perinorma –, que estabelece a submissão do patrimônio do devedor para garantia do adimplemento. É o credor que poderá ir a juízo para fazer valer o seu direito potestativo, submetendo o patrimônio do devedor/responsável à expropriação.

O segundo personagem é o terceiro adquirente ou em favor de quem foi ilicitamente onerado o bem que compunha o patrimônio do responsável/devedor. É o sujeito que fez o negócio jurídico com o devedor, ou seja, uma relação jurídica que teve na sua raiz um ato ilícito (desfalque indevido do patrimônio responsável) e que pode ter sido feito com ou sem o seu conhecimento. Obviamente que o ordenamento jurídico oferecerá proteção ao seu direito, ou seja, protegerá esse *terceiro/credor* se e somente se tiver agido com boa-fé, como veremos oportunamente.

O terceiro personagem é o devedor/responsável, aquele que tinha o seu patrimônio submetido às obrigações por si assumidas e que, além de inadimplir a obrigação, desfalcou a garantia legal da responsabilidade patrimonial. Em relação ao negócio jurídico firmado com o terceiro, o devedor tem a má-fé da sua conduta presumida, *in re ipsa*, simplesmente porque sabia, por expressa previsão legal, que para toda e qualquer dívida que assume tem uma responsabilidade patrimonial que a garante. Se alienou ou desfalcou o patrimônio além do permitido, certamente tinha consciência, ou presumia-se ter, de que não poderia cometer tal ilícito. Se o negócio jurídico firmado com o terceiro for reconhecido como tendo sido realizado em conluio, em fraude à responsabilidade patrimonial, então será tido por ineficaz nos exatos limites de restauração do patrimônio responsável.

11.3 Técnicas de prevenção e remoção do ilícito (fraude à responsabilidade patrimonial) e técnica de proteção do terceiro

11.3.1 A tutela jurídica

Neste tópico iremos estudar as técnicas processuais hábeis para tutelar a responsabilidade patrimonial e adotaremos o critério cronológico do ilícito cometido.

Assim, primeiramente, trataremos da *técnica preventiva* ou *inibitória* do ilícito, que tem por finalidade evitar o desfalque patrimonial (oneração ou alienação) indevido.

Em segundo lugar, cuidaremos da tutela de remoção do ilícito, o qual já tenha sido cometido pelo devedor responsável, porém antes de contra ele ter sido instaurada a demanda condenatória (que leva ao cumprimento de sentença) ou executória (processo de execução).

Em terceiro lugar, cuidaremos também da tutela de remoção do ilícito, porém sempre que ele tiver ocorrido após ter sido instaurada pelo

credor a demanda condenatória ou executória contra o devedor/responsável.

Em quarto lugar, cuidaremos da técnica processual destinada ao terceiro adquirente ou em favor de quem foi onerado o bem que, em tese, estava submetido à responsabilidade patrimonial para garantia de outra obrigação.

11.3.2 *A tutela preventiva*

Está consagrado no Estado Democrático de Direito que nenhuma lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário uma lesão ou *ameaça* aos direitos (art. 5.º, XXXV, da CF/1988). O nosso sistema processual não se finca em *tipos de ações*, mas em *tipos de tutelas* que sejam adequadas (devido processo legal) à proteção dos direitos materiais que são criados e reconhecidos pelo direito objetivo.

Uma vez reconhecido pelo ordenamento que a *responsabilidade patrimonial* é um direito em favor de um sujeito, ao qual corresponde uma sujeição de outra pessoa, então é lógico que, se esse direito estiver ameaçado, ele poderá ser tutelado pelo ordenamento.

No CPC de 1973, calcado num sistema de ações e não propriamente de *tutelas*, o legislador previa, nos arts. 813 e ss., sob o nome típico de arresto e com alcunha de tutela cautelar (assecuratória), a tutela preventiva da responsabilidade patrimonial. No novo CPC a medida conservativa do patrimônio do devedor/responsável passou a ser mera tutela provisória de urgência de natureza cautelar, como exemplificadamente menciona o art. 301.²²

Com o devido respeito, em nosso sentir, não se pode confundir a natureza *instrumental* da garantia, que é a responsabilidade patrimonial e o seu papel garantidor de um adimplemento, com a natureza conservativa ou assecuratória de um instituto genuinamente processual, porque nascido e oriundo do direito processual.

Os próprios exemplos de direitos materiais que resultam de garantias como o penhor e a hipoteca, que se encontram nos arts. 1.425 e 1.433 do CCB, são clara demonstração de que as garantias para o adimplemento das obrigações estabelecidas no direito material não são de natureza processual apenas porque possuem caráter instrumental.

Nesse diapasão, pouco importa se a demanda preventiva para proteger a responsabilidade patrimonial contra o desfalque ilícito perpetrado pelo devedor/responsável será nominada de *procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente*, como indicam os arts. 303 e ss., ou de tutela inibitória, para abster o devedor/responsável de desfazimento do patrimônio nos limites da responsabilidade patrimonial que garanta o adimplemento da obrigação ainda não realizada. O fato de se conservar a garantia do direito material até o adimplemento ou até que se realize o direito à expropriação do patrimônio pela via judicial não altera a substância da responsabilidade patrimonial, ou seja, de que estamos diante da tutela de um direito que nasce no direito material para salvaguarda do adimplemento da obrigação.²³

Nesta demanda inibitória do ilícito (desfalque indevido do patrimônio) o autor será o credor e o réu será o devedor responsável; a causa de pedir será o risco do ilícito, consubstanciado na prova de elementos que demonstrem ou permitam inferir que existe o real risco de inadimplemento e de dilapidação ou desfalque do patrimônio do responsável; o pedido será a inibição da prática do ilícito pelo devedor, o que levará à manutenção do patrimônio nos limites da garantia da obrigação ao qual ele corresponda.

11.3.3 A tutela de remoção do ilícito – ação pauliana

Admitido que o ilícito (desfalque patrimonial) já tenha sido cometido, mas que ainda não tenha ocorrido o ajuizamento da demanda condenatória (que levará ao cumprimento de sentença) ou executória

(processo de execução), deve o credor propor uma demanda contra o devedor/responsável que praticou o ato e também contra o terceiro (ou terceiros, se a cadeia dominial de transferência for mais de uma pessoa), colocando-os no polo passivo dessa demanda em um litisconsórcio necessário unitário.²⁴⁻²⁵⁻²⁶

Isso porque a pretensão nela contida é a obtenção de um provimento judicial que restabeleça o patrimônio desfalcado pelo negócio jurídico formulado entre os réus, ou seja, reconheça a ineficácia do negócio jurídico formulado pelo devedor e o terceiro nos limites da responsabilidade patrimonial restabelecida.

Em outros termos, pretende o credor o provimento judicial que remova o ilícito cometido sobre a responsabilidade patrimonial no exato limite da garantia para a qual ele servia. Assim, se o negócio jurídico firmado entre devedor e terceiro envolvia inúmeros bens e apenas um deles é suficiente para garantir a dívida que vinculava o autor e o devedor, esse será o limite da restauração do patrimônio desfalcado ilicitamente. Esse é o alcance da demanda e da remoção do ilícito.

É claro que nessa demanda o credor deverá demonstrar a situação de *ilicitude*, ou seja, que o devedor desfalcou o referido patrimônio violando a sua responsabilidade patrimonial em relação a dívida assumida e inadimplida em relação ao credor.

A natureza civil do ilícito da fraude contra credores atrela-se a um *vício social fruto de um ato ilícito* cometido pelo devedor/responsável e vem inserta nos arts. 158 e 165 do Código Civil, em que se encontram as hipóteses denominadas pelo CCB de anulação do negócio jurídico (arts. 171, II, e 165).

Nesses dispositivos do CCB encontram-se os suportes fáticos, com inúmeras presunções firmadas pelo próprio legislador, que configuram a fraude contra credores. Eis aí, portanto, os fundamentos para a propositura

da referida demanda que pretende remover o ilícito (desfalque patrimonial indevido) cometido pelo devedor/responsável.

Como o ato de desfalque patrimonial envolve um ou mais terceiros, não é possível que se ignore ou prescindam do elemento anímico que envolva esse(s) sujeito(s) que fizeram negócio com o devedor adquirindo bem que violou a responsabilidade patrimonial vinculada a outra obrigação.

De forma até didática, o legislador separa as hipóteses de atos ilícitos gratuitos e atos ilícitos onerosos. Nos gratuitos, basta a prova do nexo entre o ato e o desfalque patrimonial. Já nos atos onerosos (porque pode haver um prejuízo financeiro para um terceiro adquirente), o reconhecimento do ato ilícito depende da comprovação do desfalque patrimonial e da má-fé (analisada a partir das circunstâncias em que o negócio foi realizado) do terceiro adquirente.²⁷

Em nosso sentir, no primeiro ponto que deve ser claro, independentemente de o ato ser oneroso ou gratuito, é irrelevante o elemento anímico do devedor que onera ou aliena o patrimônio, desfalcando a sua responsabilidade patrimonial sobre as dívidas assumidas. Isso porque a garantia da responsabilidade patrimonial é imposta pela lei, embutida pelo legislador em toda e qualquer obrigação, figurando com norma sanção ou perinorma que incide com o inadimplemento. Todo devedor sabe que, ao assumir uma obrigação, assume, por imposição legal, a responsabilidade patrimonial. Tanto é verdade que o art. 164 do CCB excepciona a hipótese em que existe a presunção de boa-fé do devedor quando aliena ou onera o patrimônio, nos casos de negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família. Portanto, regra geral, é absolutamente irrelevante a ciência ou o conhecimento pelo devedor/responsável de que se encontra em situação em que o seu ativo (patrimônio) é menor do que o passivo (dívida).

Assim, nada mais lógico que para a configuração da fraude contra credores seja necessária a demonstração dos seguintes elementos: *consilium fraudis* e *eventus damni*.

O primeiro deve ser entendido não propriamente como um “conluio de vontades com a intenção de fraudar credores”, ou seja, não é necessário que se demonstre um conluio entre o devedor e o terceiro como se fosse uma trama arquitetada entre ambos, sendo suficiente a *ciência do terceiro de que a sua aquisição do bem constituiria uma violação (desfalque) da responsabilidade patrimonial, aqui vista como garantia do adimplemento de uma obrigação*. A própria lei cria uma série de presunções em que a fraude é *in re ipsa* no próprio ato praticado, dispensando qualquer prova sobre o tal *consilium fraudis*.

Já o segundo identifica-se como a ocorrência ou o evento do dano, que nada mais é do que o prejuízo a ser suportado pelos credores. Tal aspecto é da própria lógica da demanda proposta, pois se o devedor, após os atos negociais, possui um ativo maior do que o passivo, nem sequer haveria interesse de agir na propositura dessa demanda.

Pela simples leitura dos dispositivos, verifica-se que são diversas as formas pelas quais a fraude contra credores se manifesta, ou seja, o ato ilícito de desfalcocar o patrimônio que garante as obrigações, a saber: transmissão gratuita de bens (art. 158), contrato oneroso (art. 159), a renúncia de herança, a remissão de dívidas (art. 158), o estabelecimento de preferências a credores etc.

Tratando-se de atos praticados a título gratuito, porque não há prejuízo ao terceiro, a fraude é *in re ipsa*, e para a sua configuração basta demonstrar que o referido ato ilícito desfalcou além do devido a responsabilidade patrimonial do devedor.

Por outro lado, tratando-se de atos onerosos, é preciso perquirir, além do evento danoso à responsabilidade patrimonial, se o terceiro tinha conhecimento de que o bem por ele adquirido constituiu um indevido

desfalque da responsabilidade patrimonial do alienante em relação ao autor da demanda.

Assim, prescreve o art. 159 do CCB que são anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Isso significa dizer que atualmente, considerando a facilidade de comunicação e obtenção de informações a respeito de pessoas e bens, não há razões para se estabelecer uma boa-fé presumida do terceiro ou considerá-lo como um pobre coitado, um sujeito ingênuo que merece ter o seu negócio protegido a todo custo.

Enfim, é preciso que a boa-fé do terceiro seja configurada ou esteja presente levando-se em consideração o contexto em que ele fez a sua aquisição, ou seja, é seu dever verificar se o alienante possuía qualquer restrição, ônus ou gravame, se a transação foi acompanhada e orientada por um corretor (tratando-se de bens imóveis e veículos), se o preço pago foi o preço de mercado à época, se não se tratava de uma “oportunidade” que merecesse alguma desconfiança, se numa pesquisa simples em serviços de proteção ao crédito havia restrições ao alienante, se em simples consultas a sítios eletrônicos da justiça trabalhista, federal e estadual do domicílio do alienante constava número expoente de ações em curso tendo ele a condição de réu etc.

Por isso, não nos parece que atualmente seja tirânica, como já foi em outros tempos, a prova do evento danoso e da má-fé do terceiro para restar configurada a fraude contra credores nos casos de alienação onerosa do bem.

A sentença de procedência dessa demanda culminará, segundo o art. 790, VI, do CPC, com a sujeição dos bens do responsável à execução “cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores”.

11.3.4 A tutela de remoção do ilícito – fraude à execução

Uma vez cometido o ato ilícito (desfalque patrimonial) pelo devedor/responsável depois do ajuizamento da demanda condenatória (que levará ao cumprimento de sentença) ou executória (processo de execução), deve a parte requerer, por petição simples, mediante uma *objeção de ordem pública*, o reconhecimento de que a alienação do bem foi feita em fraude à execução.

Como se pode notar, a fraude à execução é mais grave do que a fraude contra os credores, porque há um outro personagem envolvido (o Estado-juiz) e, também, porque, pelo momento em que foi praticado o ilícito, mais próxima e mais evidente estava a realização e concretização da responsabilidade patrimonial mediante atos de expropriação do patrimônio do devedor/responsável/executado.

É claro que é no momento de realização do desapossamento (execução para entrega) ou da penhora (execução por expropriação), tanto no cumprimento de sentença, quanto no processo de execução, que o exequente se depara com a indesejável situação de inexistência de bens no patrimônio do executado. Se descobrisse antes, certamente lançaria mão de alguma tutela preventiva, mas infelizmente esse tipo de ato ilícito é feito às escondidas, justamente para ficar oculto e só ser percebido quando se torne deveras difícil a sua remoção.

Assim, por se tratar de ato ilícito praticado após a instauração da demanda condenatória ou executiva, a fraude cometida pelo réu/executado é considerada um ato atentatório à dignidade da justiça, tal como enuncia o art. 774, I, ao dizer que “Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I – fraudar a execução”.

Como bem diz Humberto Theodoro Júnior, na fraude à execução “a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair”.²⁸

Pela própria natureza de ser um ilícito processual, tal vício é de ordem pública, é informado pelo princípio inquisitivo e sobre ele pode e deve conhecer de ofício o juiz, devendo inclusive aplicar a penalidade prevista no art. 774 sem prejuízo de outras sanções cabíveis. É justamente porque possui uma natureza processual que tal instituto vem regulamentado pelo CPC no art. 792 com diversos incisos que tipificam as hipóteses da referida fraude.

É importante que fique bem claro que a *fraude à execução* não possui uma simetria em relação à *fraude contra credores*, ou seja, como se esta fosse aquela só que antes de instaurado o processo. Essa simetria não existe, porque na *fraude à execução*, ao contrário da fraude contra os credores, não se tutela apenas a responsabilidade patrimonial, mas todo e qualquer bem sujeito à execução que dela venha a ser retirado pelo devedor/responsável. É que a fraude à execução se presta: a) para situações em que a execução é para a entrega de coisa; ou seja, sendo a coisa o fim a ser perseguido na execução e o executado aliena ou onera o referido bem; b) para situações, bem mais comuns, em que o reconhecimento da fraude tutela o direito à responsabilidade patrimonial deduzido em juízo, no qual a coisa é mero instrumento para obter o dinheiro que servirá para garantir o adimplemento.

Feita essa observação, passa-se aos requisitos da fraude à execução: a) estado de pendência de uma demanda judicial condenatória ou executória, b) a situação de “insolvência” do executado e 3) e a má-fé do terceiro.

O primeiro requisito está diretamente relacionado com a natureza processual da referida ilicitude. A citação é o ato pelo qual o réu ou interessado ou o executado são convocados para integrar a relação jurídica processual (art. 238). Desde que tenha sido validamente citado o réu, já existe demanda pendente, e, como tal, já está presente o primeiro requisito.²⁹

O pressuposto da “insolvência” do executado é simplesmente a condição de que o seu ativo é menor do que o passivo e, portanto, insuficiente para garantir a expropriação contra si instaurada. A própria inexistência de bens a penhorar é exemplo claro e inequívoco da referida “insolvência”.

Com relação à má-fé do terceiro adquirente, a questão deve ser analisada de forma muito singela, sendo preciso distinguir as hipóteses em que o ato de alienação ou oneração se deu a título gratuito ou oneroso.

Se foi a título gratuito, então o terceiro não terá sofrido nenhum prejuízo e o reconhecimento da ineficácia não depende da prova de nenhum ato de má-fé de sua parte.

Por outro lado, se se tratou de alienação ou oneração de bem a título oneroso, então é preciso verificar se houve má-fé do terceiro e, nesse caso, é de se estabelecer as seguintes premissas, considerando o que preceitua o próprio CPC: a) ou se tratava de bem que não estava sujeito a qualquer tipo de registro; b) ou se tratava de bem que se submetia a qualquer tipo de registro, mas não estava registrado; c) ou se tratava de bem que se submetia a qualquer tipo de registro e como tal estava registrado quando foi adquirido pelo terceiro.

Na primeira hipótese, segundo o art. 792, § 2.º, do CPC, tem-se que o terceiro adquirente de um bem que lhe foi alienado pelo devedor tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. Como o bem não estava sujeito a qualquer tipo de registro, o ônus é transferido para o terceiro, que deve demonstrar que tomou as cautelas mínimas ao adquirir o bem.

Na segunda hipótese parece-nos que a situação é mais favorável ao terceiro, já que o legislador impõe sobre o credor o ônus de realizar todos os registros possíveis das demandas em curso ou atos nelas contidos (hipoteca judiciária, averbação da propositura da ação de execução [art. 828], registro

da penhora), de forma que, se o bem admitia os referidos registros e mesmo assim eles não foram feitos pelo credor, então presume-se a boa-fé do terceiro.³⁰

A terceira hipótese tende a ser a mais simples, pois se existia algum tipo de registro sobre o bem contendo informação da causa em que se alega a fraude à execução, então presume-se a má-fé do adquirente.

11.4 Art. 792, I

I – Quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver.

A primeira hipótese do art. 792 guarda identidade com o art. 790, I, pois, se estão sujeitos à execução os bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, ter-se-á como fraude à execução a alienação ou oneração de bem quando sobre ele pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver.

Essa é uma hipótese de fraude à execução que não protege a responsabilidade patrimonial, mas o bem que deve ser entregue na tutela específica para a entrega de coisa. Esse bem não tem papel instrumental, não precisa ser liquidado, pois é exatamente ele que o titular do direito deseja receber. Trata-se de efetivação judicial da norma primária da obrigação que recai sobre uma coisa específica. E, nessa toada, se a ação que pretende reaver ou perseguir a coisa tiver sido registrada nos respectivos registros públicos, então a alienação do bem é em fraude à execução, mas, por outro lado, se o registro não era possível, então caberá ao adquirente a prova de que ele agiu com boa-fé tomando todas as cautelas normais e necessárias antes de adquirir o bem.

11.5 Art. 792, II e III

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude.

Nas duas hipóteses fáticas narradas acima, o legislador transfere para o exequente o ônus de realizar os registros necessários sobre o bem; registros estes que levam ao conhecimento de terceiros a existência da causa ou de atos constritivos nela realizados, justamente para se evitar que sejam adquiridos fraudulentamente ou, uma vez alienados, que seja facilmente resolvido o incidente de fraude à execução.

Se o exequente não procedeu à averbação da petição inicial da execução (art. 828) nos respectivos registros de onde se encontrem os bens, não procedeu à hipoteca judiciária, não realizou o registro da penhora³¹ etc. e o bem foi alienado, então o exequente deve assumir o ônus, *desde que o terceiro demonstre, também nesse caso, que tomou as devidas cautelas na aquisição do bem.*

11.6 Art. 792, IV

IV – Quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência.

Esta é a hipótese mais complexa, pois admite que a oneração ou alienação do bem tenha acontecido enquanto pendia contra o devedor uma ação condenatória, e, portanto, em um momento em que nenhum tipo de registro o autor/credor poderia realizar sobre o bem como forma de prevenir ou dar conhecimento a terceiros da existência da referida demanda.

Nessa situação, na eventual discussão da fraude à execução, deve o juízo sopesar as circunstâncias da causa, analisando em que condições o

terceiro adquiriu o bem, subtraindo do patrimônio do réu/devedor, ou seja, se tomou todas as cautelas e medidas normais, se foi diligente, se buscou informações acerca do alienante, se foi assistido por um corretor etc. Só depois da análise desse contexto é que deve reconhecer a fraude, declarando ineficaz a alienação em relação ao credor ou rejeitando o incidente e mantendo o bem sob titularidade do terceiro.

11.7 Desconsideração da personalidade jurídica e fraude à execução

A solução preconizada no art. 790, § 3.º – que trata do momento da fraude à execução nos casos de desconsideração da personalidade jurídica –, é de uma ingenuidade absurda por parte do legislador, simplesmente porque pode ser facilmente driblada pelo devedor, pois, segundo o dispositivo, “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

Com isso se quer dizer que, se o exequente não encontrar bens no patrimônio do executado e requerer a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos dos arts. 133 e ss. do CPC, segundo o § 3.º *supra*, a fraude à execução se verificará a partir da citação da pessoa jurídica nesse incidente.

Ora, é óbvio que o devedor, atuando como representante legal da pessoa jurídica na posição de réu/executado (ou, ao inverso, atuando como pessoa física no caso de desconsideração inversa), irá promover a “venda de bens” da pessoa física muito antes de ser contra ele instaurado o incidente, pois já será ele (na condição de representante da pessoa jurídica) réu ou executado na demanda capaz de levá-la à insolvência. Deveria o legislador ter fixado o momento da fraude na primeira citação, da pessoa física ou jurídica, tratando-se, respectivamente, de desconsideração da personalidade jurídica ou inversa, ou, no mínimo, no pior dos cenários na data de

instauração do incidente, sob pena de se tornar letra morta a *fraude à execução nesses casos*, e assim constituir uma brecha legal para o réu/devedor/executado (representante da pessoa jurídica ou pessoa física) manipular a alienação de bens da pessoa (física ou jurídica) muito antes de ser instaurado o incidente.

11.8 Fraude à execução e embargos de terceiro

A fraude à execução é um ilícito processual que pode ser conhecido, debatido e julgado em um incidente processual provocado pelo exequente quando, ao tentar realizar os atos de contração patrimonial do executado, se dê conta do desfalque e verifique que a alienação e a oneração dos bens do patrimônio do executado teriam acontecido numa das hipóteses descritas no art. 792.

Por outro lado, não será incomum, antes o contrário, que tal ilícito processual seja objeto de cognição, debate e discussão no bojo de embargos de terceiro ajuizado pelo adquirente que pretenda impedir ou remover a constrição judicial sobre o bem que nada obstante ainda constar como integrante do patrimônio do executado, na verdade seria supostamente de sua posse ou propriedade.³²

Há muito tempo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o terceiro prejudicado deve utilizar a ação de embargos de terceiro quando sua pretensão demandar ampla dilação probatória, como o caso dos autos, em que se discute a existência ou não de fraude à execução (AgRg no REsp 1.496.989/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 05.02.2015, *DJe* 12.02.2015).

A coerência desse posicionamento do STJ é corroborada pela regra de que a *fraude contra credores* só pode ser reconhecida por ação (art. 790, VI), já que cuida de invalidação de um negócio jurídico, ao passo que a fraude à execução, por ser um ilícito ocorrido no processo, pode ser arguido por simples exceção ou objeção (Súmula 195 do STJ).

Seguindo a orientação jurisprudencial, o CPC determinou, no art. 792, § 4.º, que, “antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias”. Obviamente, a regra acima só se aplica se o magistrado souber previamente que existe um terceiro, o que nem sempre ocorre. Não se pode reconhecer a ineficácia de um ato jurídico sem oportunizar o contraditório àquele que dele participou. Normalmente, esse contraditório é exercido no bojo dos embargos de terceiro a serem ofertados pelo terceiro adquirente, o que se tornará mais fácil e simples se o magistrado souber quem é o sujeito e intimá-lo para opor embargos de terceiro se assim o desejar.

Parece-nos que esse dispositivo citado fixa um prazo decadencial para o terceiro ajuizar a referida demanda quando seja intimado pelo juiz para manifestar-se acerca da constrição do bem que supostamente seria de sua posse ou propriedade. O art. 675 determina que os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Ora, o art. 792, § 4.º, cria uma regra especial para o prazo decadencial para ajuizamento dos embargos de terceiro, ou seja, caso não o faça, não poderá mais, com esse remédio processual, rescindir a decisão judicial que fez a constrição sobre o bem do qual seria possuidor ou proprietário.

11.9 Nos demais casos expressos em lei

Fora as hipóteses descritas nesse dispositivo, existem outras situações jurídicas que configuram *fraude à execução*, sendo o inc. V do art. 792 do CPC uma norma de encerramento, que deixa as portas abertas para o legislador tipificar como sendo fraude à execução.

No próprio Código de Processo Civil, no art. 856, § 3.º, há outra previsão de fraude à execução em hipóteses em que a penhora recair sobre crédito representado por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, caso em que se fará pela apreensão do documento, esteja ou não este em poder do executado. Assim, segundo esse dispositivo, se o título executivo não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será este tido como depositário da importância. E, nesse diapasão, prescreve o § 3.º do art. 856 que, se o terceiro negar o débito em conluio com o executado, a quitação que este lhe der caracterizará fraude à execução.

Apenas à guisa de exemplos, outros casos de fraude à execução são previstos em legislação extravagante, como, por exemplo, nos arts. 185 do Código Tributário Nacional, 889 da CLT, 30 da Lei de Execução Fiscal etc.

12. BENS SUJEITOS À EXECUÇÃO E BENS SUJEITOS À RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

12.1 Apresentação do tema

No art. 790³³ o legislador elenca os *bens sujeitos à execução*. Relembre-se que toda execução tem por finalidade satisfazer um direito exequendo revelado num título executivo, ou seja, o *mérito* da tutela executiva é uma pretensão insatisfeita.

O CPC brasileiro não faz a distinção de execuções fundadas em pretensões reais ou pessoais, de forma que a tutela executiva tanto serve para efetivar uma obrigação de pagar quantia, de entrega de coisa, de fazer e não fazer ou, ainda, de execução fundada no exercício do direito de sequela para o proprietário do bem reaver a coisa.

É claro que, excluindo desse rol a execução das obrigações de fazer e não fazer, que não envolvem o desapossamento ou a expropriação de

qualquer bem,³⁴ todas as hipóteses ali descritas se enquadram em execução por expropriação (de bens) ou execução por desapossamento de bens.³⁵

No entanto, nada obstante os referidos bens se sujeitem à execução, eles possuem papéis diversos nas situações descritas no rol do dispositivo. Na execução por expropriação, o bem que integra o patrimônio do executado tem uma função instrumental, ou seja, precisa ser liquidado para ser entregue ao exequente. Já no caso dos bens objeto do desapossamento, o próprio bem deve ser entregue. Isso, na verdade, decorre do fato de que na expropriação procura-se efetivar a responsabilidade patrimonial, norma secundária (perinorma) que incide com o inadimplemento da obrigação principal. Já no segundo caso, o que se tem é a execução da própria norma primária, da prestação devida que não foi cumprida pelo executado. Claro que, neste último caso, se for infrutífero o desapossamento, poderá ser a execução convertida de entrega de coisa para pagar quantia, recaindo na hipótese de efetivação da responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento.

Concluindo, a expressão *bens sujeitos à execução* refere-se a bens que são instrumentais (expropriação) ou finais (desapossamento) da tutela jurisdicional executiva.

12.2 Bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória

A sucessão nada mais é do que a transferência de um direito de uma pessoa para outra, que pode se dar em vida (*inter vivos*), como, por exemplo, um contrato de compra e venda, ou em razão da morte (*causa mortis*). Ela é denominada de *singular* quando a transferência é de bens ou de bem específico, e será universal quando é transferida uma universalidade de bens (patrimônio do *de cuius* transferido pela sua morte).

Aproximando os conceitos para a situação narrada no inc. I, tem-se no dispositivo que, havendo uma demanda já instaurada e fundada em direito real (exercício do direito de seqüela) ou fundada numa obrigação reipersecutória,³⁶ caso o bem perseguido seja objeto de sucessão singular, ele continuará vinculado à execução ou cumprimento de sentença dessa demanda, ainda que esteja em poder de terceiro.

Observe-se que o art. 240 do CPC determina que a citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Daí emerge a regra geral do art. 109, *caput*, do CPC de que a alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

Exatamente por isso, prescreve a regra do art. 808 do CPC que, uma vez “alienada a coisa quando já litigiosa, será expedido mandado contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido após depositá-la”.

12.3 Do sócio, nos termos da lei

Existem duas premissas que devem servir de base para este dispositivo. É normal e típico que a responsabilidade patrimonial recaia sobre o patrimonial do próprio devedor, ou seja, é ele que normalmente se veste da condição de devedor e de responsável pelo débito.

Por outro lado, também é regra vulgar que o sócio e a respectiva sociedade possuem personalidades distintas, sendo igualmente distintos os seus patrimônios.

Nada obstante as duas premissas fixadas acima, o legislador admite, excepcionalmente, que os bens dos sócios se sujeitem à execução da dívida da pessoa jurídica, fato que deve acontecer *nos termos da lei*.

O próprio art. 795 do CPC ratifica o inc. II, mas ali elenca que, nesses casos de responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade,

aqueles terão uma responsabilidade subsidiária, como trataremos adiante.

É a lei de direito material que irá descrever as hipóteses em que os bens dos sócios respondem pela dívida da sociedade. As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica são exemplos dessa permissão legal. O art. 28 do CDC é um bom exemplo disso, de forma que, em qualquer fase do processo, é possível que seja instaurado um incidente de desconsideração da personalidade jurídica³⁷ para que se permita que os bens dos sócios sejam atingidos pelas dívidas da sociedade.

Inclusive, registre-se que essa hipótese de submeter os bens dos sócios pelas dívidas da sociedade em virtude de desconsideração da personalidade jurídica da empresa passou a ser hipótese autônoma nesse dispositivo, como se verá no inc. VII, adiante.

12.4 Do devedor, ainda que em poder de terceiros

Inicialmente, 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. Aliás, esta é, também, a redação do art. 824 do CPC.

Porém, ao mencionar “em poder de terceiros”, o legislador admite que a propriedade do bem pertence ao devedor/responsável, mas que no momento da execução não esteja sob sua posse, e sim de outra pessoa.

Aqui é importante distinguir a posse da detenção. Segundo o art. 1.196 do CCB, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, e, consoante o art. 1.198, “considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

Por isso, será bastante simples e sem maiores consequências sujeitar à execução o bem que compõe o patrimônio do devedor e que esteja sob um regime jurídico de detenção de um terceiro. Isso porque o detentor não age em seu nome e nem auferir benefício econômico para si ao deter a coisa.

Contudo, quando o terceiro estiver em poder do bem do devedor na condição de possuidor, apesar de se permitir a expropriação do bem, seu adquirente (em adjudicação ou leilão) ficará na mesma posição do executado em relação ao bem executado. Ou seja, passa a ser proprietário da coisa, mas não tem a sua posse, que permanece com o terceiro. Será necessário ao arrematante ou adjudicante do bem promover as medidas judiciais cabíveis para ter a posse, que não lhe foi transferida.

E mais, se a posse do terceiro sobre o bem do devedor estiver assentada em um contrato ou negócio jurídico como locação ou comodato, passa o adquirente à condição de possuidor indireto, com as regras que lhe forem pertinentes na referida avença.

12.5 Do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida

A união estável foi equiparada ao casamento pelo texto constitucional (art. 226 da CF/1988), havendo lei específica (Lei 8.971) que regula o direito de alimentos e de sucessão do companheiro.

Dessa forma, corretamente, o legislador processual rendeu-se aos ditames constitucionais e colocou no disposto legal aquilo que, na prática, a jurisprudência já tinha feito.

Por isso, sujeitam-se à execução os bens do cônjuge, se casado, ou do companheiro, se conviver em união estável, naqueles casos em que os seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida.

Deve ficar claro que se marido e mulher (companheiro e companheira) assumiram ambos a dívida, não existe maior dificuldade,

porque ambos serão devedores e responsáveis pelo inadimplemento.

Entretanto, o dispositivo admite hipótese em que apenas um dos cônjuges (ou companheiro) tenha assumido a dívida, mas o patrimônio do outro se submete à responsabilidade, sempre que esta tenha sido assumida em prol do casal ou da família. Nessa hipótese, o patrimônio de ambos os consortes responde, ainda que a dívida seja contraída por um só deles.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é a de que presume-se que a dívida assumida por um dos cônjuges tenha sido contraída em benefício do casal ou da família, valendo-se para tanto da interpretação dos arts. 1.643 e 1.644 do CCB. Ao incidir sobre bem de terceiro (cônjuge ou companheiro), deve este elidir, por intermédio de embargos de terceiro (porque ele não é parte na relação jurídica processual), “a presunção de comunicabilidade das dívidas assumidas por apenas um dos cônjuges” (REsp 874.273/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03.12.2009, *DJe* 18.12.2009), lembrando que, em se tratando de aval, tem a jurisprudência entendido, na esteira do art. 1.647, III, do CCB, que, tal como a fiança, este ato exige outorga uxória, o que exigiria sempre o consentimento de ambos os cônjuges, caso em que haveria para ambos a reponsabilidade patrimonial (AgRg no REsp 1.082.052/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 19.09.2013, *DJe* 27.09.2013).

12.6 Alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução

Neste dispositivo o legislador deixa claro que se submetem à execução os bens do executado que tenham sido por ele alienados ou sobre os quais tenha feito algum gravame com ônus real em fraude à execução.

Os suportes fáticos das hipóteses que configuram a fraude à execução estão descritos no art. 792 do CPC e nele contemplam-se situações em que o bem objeto da execução (objeto final ou instrumental) é excluído fraudulentamente da execução.

Perceba-se que, nessa modalidade de fraude, a alienação ou o gravame do bem é simplesmente ineficaz em relação ao exequente e à tutela executiva por ele instaurada, motivo pelo qual sobre esse bem recairá a execução. Não há necessidade de nenhuma demanda para que seja reconhecida a fraude à execução e submetido o bem à execução.

É claro que o terceiro adquirente do bem alienado ou em favor de quem consta o gravame poderá insurgir-se contra a medida executiva por intermédio de embargos de terceiro e a discussão a respeito da fraude, invocada das hipóteses contempladas no art. 792, poderá nestes acontecer. Da resolução dessa demanda, uma de duas, ou a alienação foi considerada ineficaz e mantém-se a execução sobre o referido bem, ou é afastada a fraude à execução e o bem permanece no patrimônio do terceiro, sendo excluída da execução.

12.7 A alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores

A situação descrita neste dispositivo é diversa da anterior, embora, do ponto de vista prático, seja a mesma, ou seja, tanto no inciso anterior, quanto neste inciso, se reconhecida a fraude à execução ou se aqui for reconhecida a fraude contra credores, o bem do executado fraudulentamente alienado ou gravado com ônus real continua submetido à execução.

O que quis dizer o legislador foi que, tanto na hipótese de reconhecimento da ineficácia da alienação ou oneração (hipótese de fraude à execução), quanto na hipótese do reconhecimento da fraude contra credores tratada neste dispositivo, o bem que havia sido fraudulentamente alienado ou onerado deve submeter-se à execução. Aqui ficou muito clara a distinção do legislador, pois neste dispositivo ele deixa evidente que a fraude contra credores não poderá ser arguida por simples petição nos autos da execução, mas sim por intermédio de ação autônoma, proposta pelo

exequente contra o devedor/responsável e o adquirente do bem alienado ou beneficiário do bem onerado com ônus real.

12.8 Do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica

O presente dispositivo consagra a hipótese em que o patrimônio do sócio, ou da pessoa jurídica no caso de desconsideração inversa, passa a responder pela dívida da sociedade. Essa situação já poderia ser inferida do art. 790, II, do CPC, mas entendeu o legislador que seria ela merecedora de uma hipótese autônoma.

É de se dizer que, se a desconsideração da personalidade jurídica se deu no curso da demanda cognitiva, haverá título executivo judicial contra o sócio e contra a pessoa jurídica. Porém, se a realização do incidente de desconsideração ocorreu no curso do cumprimento de sentença – após infrutífera busca no patrimônio da empresa devedora –, então é a partir desse momento que haverá título executivo autorizador para submeter o patrimônio do sócio à execução. Por sua vez, tratando-se de processo de execução em que a sociedade, e não o sócio, responda pela dívida, certamente que no curso deste deverá acontecer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica sempre que a pessoa jurídica não possuir bens que suportem o adimplemento da obrigação inadimplida e estejam configuradas as hipóteses autorizativas previstas na lei material.

Os arts. 133 e ss. do CPC cuidam apenas das regras atinentes à técnica processual e ao procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (inclusive inversa), de forma que as hipóteses de seu cabimento devem estar previstas no direito material (Lei 8.078/1990, Lei 9.605/1998 etc.). O presente dispositivo pressupõe que já tenha acontecido a desconsideração da personalidade jurídica, incidindo a responsabilidade patrimonial sobre a pessoa cuja personalidade foi desconsiderada.

13. IMPENHORABILIDADE

13.1 Interpretação dos casos de impenhorabilidade

Sendo a penhora um ato executivo, que é preparatório ao ato final de expropriação na execução por quantia certa contra devedor solvente, pode-se dizer que, se um bem é impenhorável, é porque se encontra fora do rol dos bens sujeitos à responsabilidade patrimonial, e, portanto, por isso mesmo, é inexpropriável (inalienável).

Não é correto afirmar que todo bem impenhorável é também inalienável, mas o inverso é verdadeiro, ou seja, se determinado bem é inalienável, certamente não poderá se sujeitar à “execução por expropriação”, e, por óbvio, não haverá de se cogitar de penhora sobre o mesmo.

Ao tratar da “impenhorabilidade”, o legislador adentra diretamente no sensível terreno da proteção dos interesses em conflito. Ao excluir determinado bem ou direito do campo da expropriação, fez a alegria de uns e a tristeza de outros. As regras que cuidam da impenhorabilidade seriam mais bem enunciadas como “limitações naturais ou culturais” (políticas) à expropriação.

O que fez o legislador foi dizer que tal parcela do patrimônio do devedor (ou do responsável executivo) fica excluída da sujeitabilidade executiva, ou, resumindo, que não pode ser expropriada. A justificativa dessas limitações previstas na lei processual é, em tese, o resguardo da dignidade do executado, conservando um mínimo no patrimônio do devedor, que mantenha a sua dignidade, evitando que a tutela jurisdicional executiva satisfaça o exequente à custa da desgraça total da vida alheia.

O bem jurídico tutelado pelo legislador, ao prever a “exclusão legal dos bens expropriáveis”, é a proteção da dignidade do executado, e, nesses casos, a considerou mais importante que o direito do credor à satisfação do direito exequendo.

O art. 833 do CPC concentra um rol de bens “impenhoráveis” e, portanto, imunes à execução. Entretanto, desde já advertimos que o referido rol não é absolutamente inquebrável, de forma que o credor não deve ser visto apenas como um simples titular de um direito de crédito, mas alguém com direito a tutela jurisdicional justa e efetiva. Muitas vezes não se pode esquecer que o prejuízo que lhe foi causado pelo devedor, e que ora tenta ser restabelecido pela tutela executiva, poderá ter resultado danos de toda monta (patrimoniais e extrapatrimoniais), ferindo-lhe, igualmente, a dignidade. Exatamente por isso sustentamos, mesmo na vigência do antigo rol do art. 649 do CPC revogado, que o magistrado deveria, em cada caso concreto, e fundamentando-se em princípios constitucionais, afastar a imunidade de determinado bem arrolado nos incisos do art. 833, por entender que naquele caso concreto o valor jurídico da “proteção da dignidade do executado” não estaria em jogo pelas próprias peculiaridades que envolvessem a causa, mas sim a dignidade do exequente.³⁸

Desde a primeira edição deste livro e antes da reforma do art. 649 pela Lei 11.382/2006, e posteriormente pelo NCPC que praticamente reproduziu-o no art. 833, sustentávamos que algumas dessas normas excludentes da responsabilidade patrimonial deveriam ser “relidas” pelo juiz quando estivesse atuando a norma concreta, de forma a reavaliar se naquele caso concreto em que lhe era reclamada a tutela executiva a regra limitadora estaria realmente protegendo a dignidade do executado, ou se estaria sendo utilizada por este último apenas para evitar injustamente a satisfação do direito do exequente.

Enfim, o magistrado deveria revisitar os dispositivos dos arts. 649 do CPC/1973 e 833 do CPC/2015 de forma a verificar se ali estariam presentes, naquele caso concreto, a proteção da dignidade do executado e o menor sacrifício possível.

Não é possível sobrepor a lei processual aos ditames e princípios constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional.

A pedra de toque é reconhecer que somente diante do caso concreto que o juiz poderá dizer se nesta ou naquela situação o bem deve ser preservado para garantia do “patrimônio mínimo” à manutenção da dignidade do executado. Essa regra deveria estar presente no art. 833.

Foi com esse pensamento que, “em cada caso concreto e uma vez apuradas as circunstâncias que envolvem cada execução”, o legislador construiu a redação do art. 833, II e III, evitando que o devedor faça uso malicioso dessas regras excludentes da expropriação e impedindo, assim, que ele se esconda, imerecida e injustamente, atrás das referidas regras.

Na redação desses dois incisos consta uma cláusula aberta que permite ao magistrado fazer um juízo de proporcionalidade e razoabilidade de acordo com a situação em cada caso concreto:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor.

As frases “salvo os de elevado valor” ou que “ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida” permitem a flexibilização da regra da impenhorabilidade para atender as nuances de cada caso em concreto.³⁹ A expressão “a um médio padrão de vida” permitirá que o juiz, sopesando as informações de cada caso concreto, possa afastar a regra da impenhorabilidade dos bens móveis ou pertences e utilidades domésticas.

13.2 Impenhorabilidade absoluta e relativa

A distinção entre “impenhorabilidade absoluta ou relativa” descrita nos arts. 833 e 834,⁴⁰⁻⁴¹ respectivamente, refere-se às hipóteses em que, do ponto de vista do legislador, estão “absolutamente excluídos (fora) da responsabilidade patrimonial ou relativamente dela excluídos” os bens ou direitos patrimoniais do devedor que ali estejam arrolados.⁴² Na verdade, leia-se, portanto, que apenas as hipóteses denominadas “absolutas” (art. 833) é que definitivamente podem ser consideradas como “impenhorabilidades”, pois, a rigor, o art. 834 apenas arrola os bens que – uma vez denunciado pelo executado no prazo e forma legal – só serão penhorados se outros não existirem. Todavia, sujeitam-se à penhora, tendo apenas o privilégio de somente se sujeitarem à responsabilidade patrimonial se outros não existirem para esse desiderato.

Outrossim, insta dizer que a regra contida no art. 833 do CPC foi ditada em favor do executado, todavia parece não existir uma impossibilidade de que o próprio executado – embora seja incomum – disponha do benefício que lhe foi concedido pelo legislador, admitindo a penhora sobre bem tido por impenhorável, se esse for o seu interesse. Estando no campo dos direitos patrimoniais, é permitida a sua disposição pelo próprio executado, embora a jurisprudência seja uníssona em sentido contrário por entender que o motivo do referido rol é proteger a dignidade do executado, e, por isso, indisponível por ele mesmo.

13.3 O rol do art. 833 do CPC

Com doze incisos, o art. 833 assevera que os bens ali arrolados são absolutamente impenhoráveis e, por conseguinte, imunes à expropriação judicial. Não são penhoráveis, mas na sua maioria podem a qualquer tempo ser dispostos pelo devedor.

O primeiro inciso cuida dos “bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução”. Nesse inciso, destacam-se duas hipóteses de impenhorabilidade absoluta: a) dos bens inalienáveis; e b) dos

bens declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução. Quanto aos primeiros – inalienáveis –, podem ser públicos e privados. Se públicos, só perderão a condição de inalienáveis, se seguirem os requisitos legais (v.g., arts. 100 e 101 do CC, Lei 9.636/1998, Lei 8.666/1993 etc.).⁴³ Não é por acaso que as execuções contra a Fazenda Pública seguem um rito especial, em que não se faz necessária a penhora de bens, já que o pagamento se faz mediante o instituto dos precatórios judiciais (art. 100 da CF/1988).

Tratando-se de bem privado, é possível que o próprio legislador o tenha tratado como inalienável, tal como no caso do bem de família previsto no art. 1.711 do CC, ou, ainda, que tal condição de inalienável seja declarada por ato voluntário, tal como no caso do bem doado com cláusula de inalienabilidade. Já a hipótese prevista na alínea *b*, *supra* – bens excluídos da execução –, aplica-se às hipóteses de bens que, embora passíveis de serem alienados, são gravados com cláusula de impenhorabilidade (bens doados com a respectiva cláusula de impenhorabilidade).⁴⁴

No inc. II do art. 833 do CPC, têm-se como absolutamente impenhoráveis “os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, móveis que guarnecem a residência, tais como *freezer*, forno elétrico, forno de micro-ondas, videocassete e aparelho de ar-condicionado são “eletrodomésticos que, a despeito de não serem indispensáveis, são usualmente mantidos em um imóvel residencial, não podem ser considerados de luxo ou suntuosos para fins de penhora”.⁴⁵

Obviamente que a única televisão da casa é impenhorável, mas aquelas de grande valor, eventualmente existentes, como a de OLED, 4K, 8K etc., não estariam protegidas pela norma em comento. O importante,

repita-se, é permitir ao juiz realizar, em cada caso concreto, o sopesamento de valores em jogo, e assim possibilitar ou não a efetivação da penhora.

No inc. III do art. 833 do CPC, têm-se como impenhoráveis “os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo de elevado valor”. Aqui, também, o legislador deixou a possibilidade de o juiz verificar a situação em jogo, e encontrar o justo equilíbrio entre o direito exequendo, os pertences de uso pessoal do executado e aquilo que é de elevado valor. O valor em jogo é, de um lado, a efetivação do direito exequendo e, de outro, a garantia da dignidade do executado. Assim, não são todos os vestuários (ternos, casacos, sobretudos etc.) e pertences de uso pessoal (caneta, relógios etc.) absolutamente impenhoráveis. Há de se perquirir, no caso concreto, qual deve ser o direito efetivado, diante dos valores em jogo.

No inc. IV, têm-se como absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadorias, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários do profissional liberal, ressalvado o § 2.º”.

O NCPC perdeu grande oportunidade de ajustar esse dispositivo à realidade e assim aplicar com sabedoria a máxima da proporcionalidade e razoabilidade, pois bem se sabe que a remuneração do executado pode ser tão elevada que, se fosse penhorado um percentual de sua renda, isso não impediria que vivesse com dignidade para seu sustento e de sua família, e, ao mesmo tempo, efetivar-se-ia o direito fundamental do credor à satisfação do seu crédito.

Aliás, ainda nos idos de 2006, quando a Lei 11.382/2006 fez agudas alterações na execução civil do CPC revogado, tentou-se introduzir a seguinte regra, que acabou sendo vetada:

Na hipótese do inc. IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

As razões do veto em relação a esse dispositivo foram as seguintes, na íntegra:

O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até 20 salários mínimos líquidos. Acima desse valor, 40% poderá ser penhorado (*sic*). A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração.

O parágrafo em comento foi vetado porque se permitia penhorar determinada quantia do salário.

É interessante registrar que, nesse dispositivo – também visando à proteção da dignidade da pessoa –, o legislador procurou referir-se a todos os tipos de remuneração que se destinem ao caráter alimentar. Assim, os subsídios, os proventos de aposentadoria, pensões,⁴⁶ montepios⁴⁷ etc., e até mesmo as aplicações financeiras que se refiram à verba alimentar e são designadas ao sustento do executado e sua família, especialmente para aqueles que já as recebem em conta bancária; igualmente os honorários dos profissionais liberais e até mesmo as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família não são objeto de

penhora, porque a intenção do legislador é a manutenção do sustento do executado e da sua família.

Assim, aí se incluem todas as modalidades de verbas de previdência pública e/ou privada, bem como seguro-desemprego, auxílio-moradia e demais benefícios da seguridade social, bem como indenizações trabalhistas por infortúnios de trabalho. Também aqui o legislador valorizou a proteção do executado, impedindo a penhora de valores oriundos da seguridade social. Como o objeto de proteção é a seguridade social do devedor e seus familiares, tem-se então como irrelevante a origem (pública ou privada) das verbas que sejam atinentes à manutenção e sustento do executado e seus dependentes. Ressalte-se, todavia, que a Lei de Seguridade Social (Lei 8.213/1991) excetua a regra desse inciso, permitindo a penhora das verbas previdenciárias quando a execução for fundada em créditos de origem alimentar ou por débitos perante a própria previdência social.

Admite-se, entretanto, por razões óbvias, a penhora dessas remunerações destinadas ao sustento (ordinárias e extraordinárias) sempre que a execução se referir ao pagamento de verbas alimentares (igualmente quando o credor padecer desse tipo de necessidade).⁴⁸

No inc. V do art. 833, o CPC cuida de tratar como impenhoráveis, respectivamente, “os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado”.

O dispositivo protege a dignidade da pessoa humana,⁴⁹ na medida em que tornam imunes de penhora – e de expropriação judicial – os bens que sejam necessários ou úteis ao exercício do trabalho do executado.

O direito social ao trabalho é constitucionalmente assegurado, e, como tal, foi respeitado pelo legislador processual. Há situações em que surgirão dúvidas, pois não só os instrumentos necessários, mas também os úteis são objeto de proteção. O conceito de “necessário” ou “útil” não pode ir além do exercício digno da profissão. Ainda que o executado esteja

desempregado e não esteja exercendo episodicamente a sua profissão, isso não desobstrui a imunidade que foi conferida pelo legislador. Esse dispositivo deve contar com análise criteriosa do magistrado, afinal de contas um automóvel para um devedor pode ser essencial ao exercício de sua profissão, e, para outro devedor, ser apenas um meio de transporte (perfeitamente substituível) para se chegar ao seu trabalho. Assim, caberá ao juiz, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, identificar o que seja útil e necessário, para não tornar inviável a tutela executiva.

O inc. VI do art. 833 do CPC dispõe que será considerado absolutamente impenhorável “o seguro de vida” pago ao beneficiário. Assim, falecendo o segurado, o prêmio será pago ao beneficiário, e, pelo dispositivo, tal prêmio não poderá ser penhorado, nem por dívidas do segurado tampouco por dívidas do beneficiário.

No inc. VII do art. 833 do CPC, são considerados absolutamente impenhoráveis os “materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas”.

Esse dispositivo é uma clara projeção do princípio previsto no art. 805 do CPC, donde se extrai que a execução do devedor não pode ir além do necessário para a satisfação do exequente (menor onerosidade possível). Pela regra, portanto, não serão objeto de penhora os materiais da construção em andamento, salvo se a própria obra (o todo) for penhorada.

No inc. VIII do art. 833 do CPC, cuida-se de impenhorabilidade absoluta da “pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família”. Esse dispositivo guarda íntima relação com a diretriz constitucional de incentivo à política agrária. O art. 5.º, XXVI, da CF/1988, atribuindo natureza de cláusula pétrea, estabelece a regra de que “a pequena propriedade rural, assim determinada em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamentos de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

Portanto, o que o CPC e a CF/1988 pretendem é que esteja protegido o produtor, devedor, que trabalha a sua própria terra, dita pequena propriedade rural. A possibilidade de se penhorar a referida propriedade rural ocorrerá quando se tratar de dívida referente ao financiamento agropecuário, o que parece lógico de se admitir, pois, do contrário, raras seriam as situações de fomento (empréstimos bancários etc.) dessas atividades (art. 833, § 1.º).

No inc. IX, prescreve o legislador que são absolutamente impenhoráveis “os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”. Na verdade, se são *recursos públicos*, certamente que não poderiam ser penhorados, e o fato de não terem o fim indicado no dispositivo em nada altera a impenhorabilidade. Por exemplo, se são recursos públicos recebidos por instituições privadas, mas destinados compulsoriamente a aplicação na proteção do meio ambiente, igualmente serão absolutamente impenhoráveis. É que nesses casos a instituição privada estará apenas gerindo o bem público, que, como tal, não se sujeita em hipótese alguma ao regime de expropriação. No entanto, não só os recursos públicos, uma vez que também os bens adquiridos com esses recursos são gravados com a cláusula de inalienabilidade (art. 15 da Lei 9.790/1999) e, portanto, de impenhorabilidade. Esse tipo de parceria entre as organizações da sociedade civil de interesse público e os entes públicos é regulado pela Lei 9.790/1999, e ali fica clarividente que tais entidades são sem fins lucrativos e apenas gestoras da verba ou recursos públicos para atender às finalidades do art. 3.º da referida lei, no qual se encontra o fomento de programas educacionais, sanitários, ambientais etc.

No inc. X do art. 833 tem-se a regra de que é impenhorável absolutamente, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. Obviamente que esse dispositivo não pode ser lido isoladamente, porque, se a quantia está depositada em conta

poupança ou qualquer outro tipo de rendimento, mas provém de remuneração ou subsídio, ou salário a que se refere o item IV do dispositivo, então a regra desse inc. X não pode ser aplicada, sob pena de um dispositivo anular o outro. Trata-se de hipótese autônoma para beneficiar o devedor.

Assim, afastada a hipótese dos incisos anteriores, permite-se aplicar a regra aqui prevista. Por isso, além das restrições contidas no inc. IV do art. 833, ainda tem o devedor o direito à impenhorabilidade de verba aplicada em instituição financeira (caderneta de poupança, CDB, CDI, fundos de renda fixa, fundos de ações, fundos de renda variável etc.) até o limite de quarenta salários mínimos. Obviamente que apenas uma aplicação fica protegida pela impenhorabilidade, de forma que é absolutamente inútil a tentativa de burla do devedor em diluir seu dinheiro em várias cadernetas de poupança com o limite máximo estabelecido em lei.

O inc. XI considera absolutamente impenhoráveis “os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei”. Ressalte-se que atrelada a esse dispositivo tem-se a regra do art. 854, § 9.º: “Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei”.⁵⁰

Registre-se, por fim, que, nos termos do § 1.º do art. 833, não se aplicará a regra da impenhorabilidade absoluta se a cobrança judicial for feita para recebimento do crédito concedido à aquisição do próprio bem, o que poderá ocorrer nas hipóteses dos incs. I, II, VII e VIII do referido artigo (art. 833).

13.4 **Impenhorabilidade do bem de família (residencial) previsto na Lei 8.009/1990**

Inicialmente, uma consideração elucidativa. O regime jurídico do bem de família previsto no art. 1.711 do CC⁵¹ não se confunde com o famoso bem de família estabelecido na Lei 8.009/1990, e que o CC brasileiro (art. 1.711) apelidou de bem de residência. É que o imóvel tutelado no art. 1.711 do CC é inalienável, e, por isso mesmo, impenhorável por razão lógica. Outrossim, o bem de família previsto no dispositivo do CC recebe esse regime jurídico por ato de terceiro ou dos cônjuges que assim o registram no cartório de registro imobiliário, atendidas as formalidades descritas no referido artigo do Código.

Já o bem de residência instituído pela Lei 8.009/1990 é impenhorável por força da referida lei e independente de qualquer outro ato legal para que adquira tal condição, mas a dita impenhorabilidade sofre inúmeras restrições (admite a penhora) em diversas hipóteses previstas na própria Lei 8.009/1990.⁵² Segundo o art. 1.º da referida Lei 8.009/1990:

Art. 1.º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Tratando-se de imóvel locado, a proteção do legislador recaiu então sobre os bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário (art. 2.º, parágrafo único), aí excluídos os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos, pois, por óbvio, não

dizem respeito à necessidade de habitação e moradia do executado e seus familiares (art. 2.º, *caput*).

A alegação de impenhorabilidade poderá ser oposta em qualquer processo de execução, e até mesmo nos que já tivessem sido iniciados, exceto se movida, conforme determina o art. 3.º da Lei 8.009/1990: “I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor de pensão alimentícia; IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.⁵³

Ainda, expressamente, diz o art. 4.º da Lei 8.009/1990 que não se beneficiará “do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”.

13.5 Bens relativamente impenhoráveis

Como foi dito anteriormente, não nos parece tecnicamente adequado admitir uma “impenhorabilidade” que seja relativa, pois os bens arrolados no art. 834 do CPC são bens penhoráveis, com a ressalva de que só poderão ser penhorados “à falta de outros bens”, para usar a mesma dicção do Código. Segundo o art. 834: “Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis”.

O legislador cuidou de dizer que os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis podem ser penhorados, ou seja, que o regime jurídico do

“acessório” (frutos e rendimentos) não é o mesmo do “principal”.⁵⁴

Por isso, assevera que os frutos civis e naturais provenientes do bem inalienável (e, portanto, impenhorável) possuem um regime jurídico diverso, posto que admite que podem ser alienados e penhorados. Obviamente, embora possam ser penhorados os frutos e rendimentos do bem inalienável, estes não poderão ser expropriados judicialmente (e mesmo arrematados judicialmente) quando puderem ser destacados do principal (do bem inalienável).

Exatamente por isso, deve ficar claro que tais “frutos e rendimentos” dos bens inalienáveis só serão “relativamente impenhoráveis” se e somente se estiverem na condição de “frutos pendentes”, ou seja, enquanto não estiverem destacados do principal, pois, se isso acontecer (frutos colhidos), perderão a condição de bens acessórios e receberão a qualificação de autônomos (existentes de per si). Para a realização da penhora, é necessário que os frutos estejam pendentes, porque presos ao principal. Todavia, uma vez penhorados, só poderão ser arrematados e alienados judicialmente depois que puderem se destacar do bem principal.

Ainda sobre o art. 834 do CPC, deve-se dizer que a regra da impenhorabilidade relativa para os frutos e rendimentos do bem inalienável terá essa condição (possibilidade de serem penhorados) se não se tratar de débitos alimentares, porque nessas hipóteses a impenhorabilidade é absoluta, segundo o próprio dispositivo.

14. O FIADOR E O BENEFÍCIO DE ORDEM

Segundo o art. 818 do CCB, “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. A fiança é uma garantia fidejussória extremamente comum no cotidiano das relações jurídicas. Por seu intermédio amplia-se a garantia do adimplemento da obrigação reservada, a princípio, para o devedor, submetendo o patrimônio do fiador também ao inadimplemento.

A possibilidade de que exista uma prioridade de excussão do patrimônio do devedor em vez de submeter solidariamente a do fiador está prevista no art. 827 do CCB, em que se lê que “o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”. Tem-se aí o que se denomina de benefício de ordem, que nada mais é do que o direito que tem o fiador de exigir que a ordem de excussão dos bens se inicie, primeiro, com os bens que integrem o patrimônio do devedor. Segundo o parágrafo único desse dispositivo, “o fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito”.

O instituto do benefício de ordem tem natureza dispositiva e admite que o fiador possa dele dispor. Essa disposição tanto pode ser feita de forma expressa, com renúncia no próprio contrato em que foi estabelecida a garantia, como pode também acontecer quando o fiador é demandado e não argui o benefício de ordem por intermédio do chamamento ao processo nos termos do art. 130 do CPC. Tratando-se de execução fundada em título extrajudicial (processo de execução), então o benefício de ordem deve ser alegado pelo fiador na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, nos termos do artigo em comento.

Existe discussão doutrinária acerca da nulidade da cláusula que exclui o benefício de ordem do fiador sob o argumento de que tal direito seria de ordem pública em razão da boa-fé objetiva e função social dos contratos, mormente quando ele, o fiador, simplesmente adere ao contrato sem oportunidade de discuti-lo. Em relação a essa questão, a posição atual do Superior Tribunal de Justiça é a de que “(...) É válida a cláusula contratual em que o fiador renuncia ao benefício de origem. Inteligência do art. 1.492, I, do Código Civil de 1916. 3. ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles’ (Súmula

283/STF). 4. Nos termos do art. 239 do Código Civil de 1916 (atual art. 1.650 do novo Código Civil), a nulidade da fiança só pode ser demandada pelo cônjuge que não a subscreveu, ou por seus respectivos herdeiros” (REsp 851.507/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 08.11.2007, DJ 07.02.2008, p. 418).

O dispositivo prevê também o que já está descrito no Código Civil (art. 831) no sentido de que “o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota. Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros”.

Por fim, é de se dizer que, se o fiador assumir a condição de devedor solidário, renunciando expressamente ao benefício de ordem, a regra desse dispositivo não se aplica e a excussão dos bens poderá recair diretamente sobre o seu patrimônio se contra ele houver título executivo judicial ou extrajudicial.

-
- ¹ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I e II; José Frederico Marques. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. V; Silvio Rodrigues. *Curso de direito civil*. 25. e 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II; Yussef Said Cahali. *Fraude contra credores*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999; José Sebastião de Oliveira. *Fraude à execução*. São Paulo: Saraiva, 1988; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo. v. V; José Eli Salamaña. *Fraude à execução*. São Paulo: RT, 2005; Salvatore Satta. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1971. v. II; Alvino Lima. *A fraude do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965; Willis Santiago Guerra Filho. Responsabilidade patrimonial e fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 65, 1992; Everaldo Cambler. Fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 58, 2000; Gelson Amaro de Souza. *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; Gelson Amaro de Souza. Fraude à execução e o devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 766, 1999; Humberto Theodoro Jr. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 102 2001; Araken de Assis. Responsabilidade patrimonial. In: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (Coord.). *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005.
- ² Gierke, *Schuld und Haftung im altern deutschen Recht –insbesondere die Form der Schuld –und Haftungs-geschafte*, Breslau, 1910.
- ³ “Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”.
- ⁴ Enrico Tullio Liebman. *Processo de execução*. p. 62 e ss.; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 321 e ss.; Alfredo Buzaid. *Do concurso de credores no processo de execução*. n. 7, p. 17.
- ⁵ Apenas para recordar os ensinamentos sobre a teoria geral do direito quando se estuda a estrutura de uma norma jurídica, é ponto comum na melhor doutrina que a estrutura lógica de uma norma de conduta (como no caso de uma relação jurídica obrigacional) revela um juízo hipotético, em que, se não realizada a norma primária (endonorma), incide uma consequência (sanção), a qual se denomina de norma secundária (perinorma).

- ⁶ Segundo Chiovenda, ao tratar dos direitos potestativos, “(...) esses poderes (que não devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar, de semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia) se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, *mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz (sentença constitutiva, de que nos ocuparemos adiante, § 8.º)*. Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei (...)” (Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, p. 15.
- ⁷ Mesmo sem admitir tratar-se de um direito potestativo, Liebman reconhece a natureza constitutiva dos atos executivos ao afirmar que “atos executórios em sentido estrito, que são os mais importantes, porque é com eles que o órgão realiza as atividades de maior transcendência no caminho da atuação da sanção; o que caracteriza estes atos e os distingue dos da categoria anterior é a circunstância de afetarem de qualquer forma a condição jurídica dos bens sujeitos à execução. Neste sentido eles têm eficácia constitutiva; não podem, contudo, ser confundidos com as sentenças que encerram o processo de cognição; estas decidem uma lide, declarando qual seja a situação jurídica existente entre as partes e modificando-a de acordo com o que dispõe a lei (por exemplo, rescindem um contrato, ou pronunciam o desquite) ao passo que os atos executórios, de que aqui se fala, não têm nenhuma lide a decidir, devendo apenas produzir alguma modificação na condição jurídica dos bens do executado, com a finalidade de preparar ou realizar a satisfação do credor (por exemplo, a arrematação, a adjudicação)”.
- ⁸ Enrico Tulio Liebman. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ⁹ Alfredo Buzaid. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 16.
- ¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV, p. 352 e ss.
- ¹¹ Exceção feita, dentro da própria Faculdade, ao excepcional José Frederico Marques. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. V, p. 78-79.
- ¹² Emilio Betti. Concetto dell’obbligazione costruito dal punto de vista dell’azione. *Studi nelle scienze giuridiche e social*. Universidade de Pavia, 1919. p. 97 e ss.
- ¹³ Op. cit., p. 60.
- ¹⁴ Op. cit., p. 351.

- 15 Art. 888. Ficarão sujeitos à execução os bens:
I – do sucessor singular, se se tratar de ação real;
II – do sócio, nos termos da legislação civil e comercial;
III – do vencido, quando em poder de terceiro;
IV – da mulher casada, nos casos em que os seus bens próprios, ou a sua meação, respondam pela dívida;
V – alienados ou hipotecados em fraude de execução.
- 16 Nas hipóteses mais comuns em que dívida e responsabilidade recaem sobre a mesma pessoa.
- 17 Yussef Said Cahali. *Fraude contra credores*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 467.
- 18 *Op. cit.* p. 137.
- 19 Como se disse, em razão da escalada de individualização do patrimônio a ser responsabilizado, a proteção do credor contra a fraude realizada é feita pelo exercício do direito de ação em face do devedor e dos adquirentes do bem alienado, pretendendo obter o reconhecimento da ineficácia da referida alienação, restaurando, pois, a integridade do patrimônio sujeito à excussão judicial em razão do inadimplemento do devedor. Outrossim, salienta-se que não se trata de obter uma decisão judicial que pretenda dizer que o devedor não possa alienar seus bens, ou que tais alienações não sejam válidas, mas simplesmente que apenas a alienação que comprometa a responsabilidade patrimonial é que se mostra ineficaz em relação ao credor prejudicado.
- 20 Será fraude à execução mesmo que ainda não tivesse sido instaurada a execução ou o cumprimento de sentença, por aplicação do art. 792, IV, *in verbis*: Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: [...] IV – quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência.
- 21 **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
- 22 Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.
- 23 Os arts. 158 e ss. do CCB tratam, com expressa dicção do dispositivo, da salvaguarda do *direito material* à responsabilidade patrimonial, que se faz por intermédio,

naquelas hipóteses, da ação que a praxe judiciária convencionou chamar de ação pauliana.

24 “(...) Em se tratando de ação anulatória (pauliana) para tornar sem efeito negócio jurídico, há litisconsórcio necessário entre todos os que participaram do ato, porquanto a sentença será, necessariamente, a mesma em relação às partes litigantes. (...)” (REsp 242.151/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02.09.2008, *DJe* 15.09.2008).

25 Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

26 A fraude contra credores requer a invalidação de um negócio jurídico em relação ao credor que teve o seu direito à responsabilidade patrimonial violado. Exatamente por isso, requer que tal pretensão seja veiculada por meio de ação própria, como determina a legislação civil e processual (art. 790, VI, do CPC). Já na fraude à execução, porque se trata de um ilícito processual, realizado contra a atividade jurisdicional e na pendência de uma causa (demanda condenatória ou executória), pode ser reconhecida a ineficácia do ato ilícito nos próprios autos do processo mediante simples provocação por objeção do credor/exequente. Esse aspecto – poder ser alegado por simples objeção/exceção – permite que sejam arguidos pelo exequente quando seja réu em uma ação de embargos de terceiro proposta pelo adquirente do bem constrito em processo do qual ele não faça parte. Nesse sentido, são coerentes as Súmulas 195 e 84 do STJ, que assim dispõem: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores” (Súmula 195, Corte Especial, j. 01.10.1997, *DJ* 09.10.1997, p. 50.798) e “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (Súmula 84, Corte Especial, j. 18.06.1993, *DJ* 02.07.1993, p. 13.283).

27 Nesse sentido, ver: A. Wald. *Curso de direito civil brasileiro. Parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1975. p. 239.

28 Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 166-167.

29 “1. A jurisprudência desta e. Corte está firmada no sentido de que se a doação ocorreu em momento anterior à citação do devedor (*in casu*, sócio da pessoa jurídica), fica descaracterizada a fraude à execução prevista no art. 593, inc. II, do Código de Processo Civil. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1.347.940/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 25.02.2014, *DJe* 05.03.2014).

- 30 Não é como pensamos. Em nosso sentir, nenhum terceiro deve adquirir um bem sem ter os cuidados mínimos nos dias atuais, considerando a facilidade de obtenção de informações, inclusive pelos meios virtuais como consulta aos órgãos de proteção ao crédito, sítios eletrônicos da justiça locais para obter informação do alienante, desconfiar a procedência e o preço pago quando se mostrem suspeitos... entre outras cautelas comuns no nosso dia a dia.
- 31 O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375, Corte Especial, j. 18.03.2009, *DJe* 30.03.2009).
- 32 Segundo a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, “é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.
- 33 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.
- 34 Apenas se convertida a obrigação em perdas e danos é que recairá sobre a expropriação de bens do executado.
- 35 Estas fundadas em direito real ou pessoal.
- 36 As ações reipersecutórias são aquelas que têm por causa de pedir uma obrigação, mas possuem por finalidade a obtenção de uma coisa específica e tanto pode ser proposta contra a pessoa obrigada quanto pelo possuidor da coisa.
- 37 Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
- § 1.º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2.º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

38 Certamente, o que está sendo exposto – regras de impenhorabilidade ou “inexpropriabilidade” – diz respeito apenas às tutelas executivas para pagamento de quantia, ou seja, aquelas cuja obrigação ou dever de pagar nasceram com o próprio vínculo obrigacional, ou que nela se tenha transformado (obrigação de pagar) em razão da impossibilidade (ou opção, segundo o art. 536, § 2.º) de se cumprir a obrigação específica. Não há que falar na impenhorabilidade quando a execução é por transformação (obrigações de fazer e não fazer) e por desapossamento (entrega de coisa específica).

39 “1. Em suma, o acórdão da origem considerou que o rol dos bens impenhoráveis previsto na legislação pátria não poderia ser tratado de modo absoluto. Desse modo, malgrado o bem não esteja expressamente elencado no art. 649 do CPC [de 1973], é indispensável à existência digna do executado, ou seja, o interesse meramente patrimonial do credor colide com um interesse mais relevante, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

2. O rol das impenhorabilidades do ordenamento pátrio objetiva preservar o mínimo patrimonial necessário à existência digna do executado, impondo ao processo executório certos limites. Assim, a depender das peculiaridades do caso, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas, de modo a adequar a tutela aos direitos fundamentais, por exemplo: o direito à moradia, à saúde ou à dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da aplicação do princípio da adequação e da necessidade sob o enfoque da proporcionalidade. 3. Implícita ou explicitamente, a indicação de que bem é absolutamente impenhorável, em regra, pode sofrer mitigação em razão do elevado valor do bem. Todavia, essa restrição não pode ser levada em consideração, tendo em vista que o automóvel constrito possui “pequeno valor.”

4. Tem-se que é adequado e proporcional considerar impenhorável bem constrito. Isto porque é utilizado para transportar portador de necessidades especiais e possui pequeno valor, razão pela qual deve ser mantida a desconstituição de penhora, sob pena de comprometer a dignidade humana do devedor. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 1.436.739/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 27.03.2014, *DJe* 02.04.2014).

- 40 Art. 834. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis.
- 41 Trata-se de rol exemplificativo, podendo o juiz considerar como impenhorável outro bem que ali não esteja descrito, desde que se encaixe na máxima de que no caso concreto é mais valioso proteger a dignidade do executado em detrimento do crédito exequente. O artigo fornece um rol indicativo para o juiz dos bens e valores que pretende que sejam tutelados mediante a imunização do bem à sujeição patrimonial.
- 42 As impenhorabilidades relativas devem ser alegadas pelo executado no tempo e forma legais, sob pena de preclusão.
- 43 Os bens públicos também podem ser objeto de alienação. Não podem ser objeto de penhora, mas podem ser alienados. Só que, por se tratar de bem que compõe o patrimônio público, patrimônio do povo, os atos de alienação não seguem, nem poderia, o regime jurídico de direito privado.
- 44 Tal cláusula já foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça em favor de quem ela beneficiaria, a saber: “1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. 2. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador. 3. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 1.158.679/MG, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, j. 07.04.2011, *DJe* 15.04.2011).
- 45 No julgamento do REsp 488.820/SP, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* 28.11.2005, p. 190.
- 46 “Renda ou abono periódico devido a uma pessoa, para que atenda a suas necessidades ou a sua manutenção” (*Dicionário eletrônico Houaiss*).
- 47 “Instituto de previdência estatal destinado a amparar a família do servidor público que tenha falecido ou que esteja impossibilitado de trabalhar” (*Dicionário eletrônico Houaiss*).
- 48 § 2.º O disposto nos incs. IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como relativamente às importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8.º, e no art. 529, § 3.º.

- 49 Acertadamente, a jurisprudência tem estendido esse dispositivo às pessoas jurídicas de pequeno porte, em casos em que a microempresa confunde-se com a pessoa do próprio titular. “[...] 3. A interpretação teleológica do art. 649, V, do CPC [de 1973], em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1.º, incs. III e IV, da CF/1988) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (art. 5.º, incs. XXII e XXIII, da CF/1988), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual. 4. Ademais, o Código Civil de 2002 preceitua que: Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. 5. Conseqüentemente, o ‘estabelecimento’ compreende o conjunto de bens, materiais e imateriais, necessários ao atendimento do objetivo econômico pretendido, entre os quais se insere o imóvel onde se realiza a atividade empresarial. [...]” (REsp 1.114.767/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 02.12.2009, *DJe* 04.02.2010).
- 50 Nesse sentido, inclusive o art. 15-A da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos).
- 51 Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.
- 52 “Art. 5.º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.”
- 53 “[...] 1. No caso, o Tribunal de origem consignou que a parte não logrou fazer qualquer prova dos vícios apontados na CDA, resumindo-se a alegar de modo genérico supostos defeitos do título. 2. Não se conhece de Recurso Especial que deixa de impugnar fundamento suficiente para manutenção do acórdão hostilizado. Incidência, por analogia, da Súmula 283/STF. 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no

sentido de que o imóvel pode ser penhorado se for produto de desmembramento de unidades autônomas, não se enquadrando na hipótese prevista no art. 1.º da Lei 8.009/1990. 4. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.173.906/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 11.05.2010, *DJe* 21.06.2010).

⁵⁴ Art. 95 do CC: “Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e os produtos podem ser objeto de negócio jurídico”.

1. INTROITO

Título é palavra com variabilidade de significados, podendo referir-se a rótulo de alguma coisa; predicado de alguém; designação honorífica; elemento que introduz texto ou capítulo; reputação; razão aparente, pretexto, desculpa, e, dentre outros significados variados, inclusive com incursão no campo da química, título também tem a sua importância no mundo do direito, podendo estar vinculado tanto à ideia de titularidade (dono, senhor, possuidor) de alguma coisa quanto à ideia de documento representativo e de um direito.

Para fins da tutela executiva, a palavra título está estreitamente vinculada à noção de documento que representa um direito líquido, certo e exigível, e, com a “exigibilidade da obrigação”, foi içada à categoria de “requisitos necessários para realizar qualquer execução” (Parte Especial, Livro II, Título I, Capítulo IV, do CPC).

O título executivo dá a necessária segurança para viabilizar invasão da esfera patrimonial do executado nos limites do direito impresso no referido documento. É com esse desiderato que deve ser lido o “requisito” ora objeto de análise: título executivo.

Ao se mencionar que o título é requisito para qualquer execução, assim como o *inadimplemento do devedor* segundo afirma o CPC (art. 786),² deve-se ler tal afirmação de forma geral, sem se preocupar em identificar, nesse momento, a função desses institutos (título executivo e inadimplemento) sob a ótica da ação, do processo e do mérito da tutela executiva.

Enfim, o que se quer dizer é que apenas recentemente a ciência processual começou a dar ao processo de execução a mesma visão científica e sistemática há algum tempo existente no processo de cognição. Basta uma rápida leitura da literatura processual brasileira acerca do tema para se ver que institutos como condições da ação, mérito, elementos da demanda e pressupostos processuais só recentemente têm recebido atenção especial e sistemática da doutrina que cuida da teoria geral do processo civil.

Por isso, mesmo sabendo que o inadimplemento/adimplemento é matéria de análise restrita à impugnação ou embargo do executado, constituindo o próprio mérito da pretensão executiva, não significa que seja equivocado afirmar, genericamente, que aquele que deseja obter a tutela jurisdicional executiva esteja munido desses dois elementos: (i) pretensão insatisfeita (inadimplemento, art. 786) e (ii) título representativo de um direito líquido, certo e exigível (art. 783).

2. TÍTULO EXECUTIVO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como já dito alhures, a presença do título na deflagração da prestação da atividade jurisdicional executiva é muito importante. Mais do que isso, é condição *sine qua non* para a viabilização dessa modalidade de tutela. Como diz o brocardo latino, *nulla executio sine titulo*.

Se lembrarmos que, em última análise, a atividade executiva representa um jogo entre “poder e sujeição”, no qual, de um lado, posiciona-se alguém que reclama a tutela da satisfação do seu direito e, de

outro, alguém que sujeita o seu patrimônio ou a sua liberdade ao desapossamento, transformação e expropriação realizados pelo Estado, logo se verá que, ao se estabelecer a regra da *nulla executio sine titulo*, ou, em outras palavras, que o título executivo é elemento vital para deflagrar a tutela executiva, percebe-se que o legislador pretendeu, dessa forma, cercar-se do máximo de segurança – representada na figura do título executivo –, evitando que a intervenção estatal sobre o patrimônio ou limitadora liberdade³ do executado seja injusta e desnecessária.

Nessa linha de raciocínio, o título executivo – documento que representa um direito líquido, certo e exigível – é uma garantia do sistema jurídico contra execuções injustas e inadequadas.

O título que serve de base à execução, viabilizando a tutela jurisdicional executiva, traz para o legislador uma situação de segurança, no sentido de que a tutela jurisdicional executiva (poder x sujeição) poderá ser exercida, porque existe enorme probabilidade de que o conteúdo do título seja verdadeiro.

Esse aspecto do título – legitimador da tutela executiva – não é, seguramente, a sua função no processo de execução ou no cumprimento de sentença, mas é o que dá a certeza e a tranquilidade de que naquele caso concreto é possível haver a invasão da esfera patrimonial do executado para satisfazer a pretensão insatisfeita relativa ao direito representado no título executivo, simplesmente porque existe grande probabilidade de que o direito revelado no título realmente exista nos exatos termos em que nele está representado.

Há, sem dúvida, uma estreita e importante ligação do título executivo com o devido processo legal processual, no sentido de que a presença desse instituto como elemento imprescindível à execução representa uma segurança para as partes e legitimidade para o Estado, que lhe dá credibilidade para atuar (poder) a norma jurídica concreta sobre o patrimônio do executado (sujeição).

3. **CRISE JURÍDICA, NORMA JURÍDICA CONCRETA E TÍTULO EXECUTIVO**

A necessidade da tutela jurisdicional executiva se faz presente quando a norma jurídica concreta (norma individualizada) não é espontaneamente cumprida, sendo necessária a sua realização prática pelo Poder Judiciário.

Tal asserção nos leva inexoravelmente a duas conclusões óbvias: a “primeira”, de que a norma jurídica concreta que enseja a tutela executiva é aquela que só se satisfaz⁴ quando é realizada no mundo dos fatos, ou seja, depende da prestação de ato ou fato que atenda ao comando determinado na norma individualizada; e a “segunda”, de que a norma jurídica concreta executiva (que enseja uma tutela executiva) tem por conteúdo uma relação jurídica de cooperação (obrigação, dever legal), oriunda de um direito pessoal ou de um direito real. Também se verifica ainda a existência de um sujeito ativo (titular do direito) e de um sujeito passivo (titular do devedor ou obrigação).

Portanto, a crise jurídica que enseja a formação de uma norma jurídica concreta executiva é aquela resultante do descumprimento de um dever legal ou obrigação (“pretensão real” e “pretensão obrigacional”), que só se efetiva mediante a realização espontânea ou judicial do direito reconhecido na referida norma individualizada.

Resulta claro, portanto, que o título executivo nada mais é do que a representação documental de uma norma jurídica concreta, judicial ou extrajudicial, cujo conteúdo é formado por um sujeito passivo, um sujeito ativo, um objeto e um vínculo jurídico de dever legal ou de obrigação.

Excluem-se, portanto, em um primeiro momento, do conceito de título executivo as normas jurídicas concretas reveladas para debelar crises de certeza (provimento declaratório) e de situação jurídica (provimento constitutivo), tendo em vista que, nesses casos, a eficácia do direito declarado e individualizado na norma acontece independentemente da

contribuição ou participação do sujeito passivo, posto que se realiza mediante sanções formais (no mundo do direito).⁵

4. O “INTRÍNSECO” E O “EXTRÍNSECO” DO TÍTULO EXECUTIVO

Na relação entre o intrínseco e o extrínseco, aquele é o conteúdo, a substância, e este, a forma. A forma é o que exterioriza a substância, tal como o corpo para a nossa alma. Quando pensamos em título executivo, vê-se que tal instituto é, na verdade, a soma ou a conjugação de um elemento extrínseco com outro intrínseco.

O intrínseco é a norma jurídica concreta, judicial ou extrajudicial, que em tese deverá ter aspectos objetivos e subjetivos.

Os subjetivos são os sujeitos ativos e passivos do dever ou obrigação. Os aspectos objetivos compreendem o *objeto* (o que se deve ou quanto se deve) e o *vínculo jurídico* que une os sujeitos (existência do dever ou obrigação). É na norma jurídica concreta que está a autorização (perinorma) para que se realize o comando contido na endonorma. Tomemos como exemplo um contrato de prestação de serviço que não venha a ser cumprido. A prestação do serviço nas condições avençadas pelas partes contratantes é o que constitui a endonorma. A consequência pelo inadimplemento é a perinorma. Esta, portanto, integra a norma, pois constitui a sanção pelo inadimplemento.⁶

Por intermédio dos elementos objetivos permite-se fixar a espécie de execução e, portanto, fixar regras de competência e procedimento tal como descritas na Parte Especial, Livro II, Título I, Capítulo III (competência) e o respectivo Título II (diversas espécies de execução), do CPC. Já o aspecto subjetivo é o que possibilita inferir, *prima facie* – sem que essa regra seja absoluta –, quem será o beneficiado e quem suportará a tutela executiva.

Vale dizer ainda que a origem da norma jurídica concreta delimita o grau de probabilidade de certeza e verdade do que ela contém. Esse grau de

probabilidade e certeza é sempre relativo, porque admite controle jurisdicional.

Assim, se se tratar de norma jurídica concreta definitiva haurida em processo judicial prévio (provimento judicial definitivo), certamente a probabilidade de que a norma concreta espelhe a verdade é maior do que nos casos de provimento judicial interinal (liminar) ou de título extrajudicial, posto que, em relação àqueles (em que já houve amplo contraditório), o controle jurisdicional é limitado, enquanto nestes (por não ter ocorrido o contraditório), o controle é amplo.⁷

O extrínseco é o documento – ou o conjunto deles – que exterioriza a norma jurídica concreta. Na atividade executiva, o papel do documento não é servir como prova do que nele contém, mas simplesmente representar de modo abstrato aquilo que ele possui, sendo certo que poderá haver desconformidade entre o que afirma existir e o que realmente existe.

No entanto, quaisquer discussões que ensejem amplo contraditório e debate das partes, sobre o intrínseco ou extrínseco do título executivo, ou a relação entre eles, deverão ser feitas em sede própria, por intermédio da ação de embargos do executado (art. 914 do CPC) ou da impugnação à execução judicial de pagar quantia (art. 528 do CPC). Portanto, o documento em si não atesta uma verdade absoluta de que o que nele está contido é incontestável ou indiscutível. Não mesmo. Na verdade, ele traz consigo uma grande probabilidade de o que ali contém ser verdadeiro (presumida pelo legislador), mas que é irrelevante para fins de desencadeamento da atividade executiva, posto que se inicia e se desenvolve independentemente da análise da legitimidade do elemento intrínseco e extrínseco do título executivo.

Basta, portanto, a aparência à primeira vista da existência do “documento representativo do crédito” para que se dê início e desenvolvimento à execução.

5. A EFICÁCIA EXECUTIVA E ABSTRATA

A qualificação de “executiva” e “abstrata” à eficácia do título executivo resulta, respectivamente, do poder de invasão do patrimônio e da coerção do executado, bem como da autonomia dessa tutela em relação à existência do direito material. Melhor explicando, diz-se que um título é executivo ou que tem “eficácia executiva” quando o tal documento representativo do direito é munido de “poder de excussão” do patrimônio do executado, que a ele se sujeita mediante a responsabilidade patrimonial e de atos de coerção.

Esse “poder coativo” do título “executivo” resulta da sua condição (intrínseca) de “norma jurídica concreta”. Por ser uma norma – ainda que concreta –, tem em si a perinorma, que constitui a sanção autorizativa coativa que caracteriza e distingue as normas jurídicas das demais modalidades de normas.⁸

Portanto, a eficácia executiva do título reside naquilo que ele contém, no seu intrínseco, qual seja, no poder coativo da perinorma existente na norma individualizada.

Por outro lado, diz-se que o título executivo é dotado de eficácia executiva *abstrata* porque a autorização para atuar a norma concreta mesmo contra a vontade do executado (atuar o poder estatal sobre a sujeição do executado) não está atrelada à existência do direito material supostamente contido no referido documento. Enfim, para que ocorram o início e o desenvolvimento da atividade executiva, abstrai-se qualquer análise sobre a existência ou inexistência do suposto direito contido no documento representativo do título executivo.

É importante dizer que a “eficácia executiva” da norma jurídica concreta (judicial ou extrajudicial) resulta da sanção existente na própria norma, que também é revelada. O legislador pode, contudo, atribuir eficácia executiva a provimentos declaratórios que contenham todos os elementos (objetivos ou subjetivos) do dever legal ou obrigação, tal como se infere do

art. 515, I. Nessas hipóteses, observe-se, *existe* no direito material uma *obrigação inadimplida*, ou seja, o legislador processual não cria a obrigação, mas apenas permite que o titular de uma obrigação inadimplida reconhecida em uma sentença declaratória possa promover a execução contra o devedor, sem precisar de outro processo cognitivo – condenatório – para obter o título executivo.

6. CLASSIFICAÇÃO: TÍTULO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

É o próprio CPC que aponta, e em mais de uma passagem, as diferenças entre os títulos judiciais e extrajudiciais. Em pelo menos quatro diferentes momentos, e usando critérios distintos, o Código faz o *discrímén* – às vezes não propositada – entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais.

Nos arts. 515 e 784, respectivamente, o legislador estabelece o que poderia ser denominado de “distinção ontológica” entre os títulos executivos, arrolando os títulos judiciais e os extrajudiciais.

Como se disse, os próprios nomes – judiciais e extrajudiciais – já servem para explicar o critério distintivo adotado pelo legislador. São “judiciais” os títulos executivos hauridos em processos jurisdicionais nos quais, de rigor, sua formação terá sido precedida de todas as garantias inerentes ao “devido processo legal”. São extrajudiciais, por outro lado, aqueles hauridos em processo não jurisdicional, e, como tal, sem a chancela do devido processo legal em sentido processual.⁹

No tocante à distinção pelo conteúdo dos títulos judiciais e extrajudiciais, o CPC a estabelece nos arts. 525 e 917. Tais dispositivos preveem limites na cognição (limites da matéria de defesa) da eventual impugnação a ser interposta pelo executado. Vê-se que, quando se trata de execução fundada em título judicial, o art. 525 estabelece (salvo o inc. I) a regra de que só será possível impugnar a execução nos limites previstos no

referido dispositivo. Esses limites são impostos pela regra do art. 508 do CPC. Quando fundada em título judicial, portanto precedida das garantias imanentes ao devido processo legal, só é possível impugnar aduzindo matérias posteriores à decisão transitada em julgado.

Por outro lado, tratando-se de título executivo extrajudicial, porque não foi precedido de um “devido processo legal jurisdicional”, a norma jurídica concreta nele contida fica sujeita a todo e qualquer argumento ou fundamento que o impugnante poderia opor como defesa no processo de conhecimento. Essa distinção – da amplitude do objeto impugnável, e, portanto, do objeto de cognição do juiz – faz que reconheçamos uma solidez maior para os títulos judiciais em relação aos extrajudiciais. Tal solidez resulta – obviamente como decorrência da origem – da maior probabilidade de certeza da norma jurídica concreta contida nos títulos executivos judiciais.

Outra dessemelhança entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais diz respeito à necessidade ou não de iniciar a execução mediante a instauração de um processo formal e autônomo.

Assim, pelas regras dos Livros I e II da Parte Especial, vê-se que, sempre que a execução for de provimento judicial, será feita mediante o que o CPC denomina de *cumprimento de sentença*, sem a necessidade de instauração de um processo autônomo de execução. De outra parte, tratando-se de execução fundada em título extrajudicial, por óbvio, como não havia processo jurisdicional anterior, deverá ser instaurado um processo formalmente autônomo mediante o exercício de ação executiva.

Há ainda a dessemelhança relativa à competência do juízo para processar a execução fundada em título judicial e extrajudicial. Tal como se vê no art. 516 do CPC, tem-se que, tratando-se de cumprimento de sentença (execução por título judicial), a regra geral é a de que o juízo competente é aquele mesmo de onde emanou o provimento judicial executivo.¹⁰ Trata-se de competência funcional em razão da conexão dos processos. Já nas

execuções fundadas em título extrajudicial, a regra da competência é relativa e os critérios para sua determinação são os mesmos previstos nos arts. 42 e ss. do CPC.

Não obstante tantas distinções, formais e materiais, entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, por outro lado, há importantíssima característica que os colocam na mesma categoria: a de título executivo. Isso mesmo. Porquanto possuam diferenças ontológicas em relação ao efeito que produzem, à eficácia que têm, ambos moram no mesmo lugar-comum. Ambos estão sujeitos ao princípio da tipicidade ou da reserva legal. Isso significa que não pode haver execução sem título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial (arts. 515 e 783), e, especialmente, que, por ser o título executivo um instituto de direito processual *stricto sensu*, só pode ser criado por intermédio de lei federal em sentido estrito, nos termos do art. 22, I, da CF/1988. Assim, os róis criados nos arts. 515 e 784 do CPC demonstram a *tipicidade* dos títulos executivos em relação à tutela jurisdicional executiva, mas já é possível observar que a lista neles descrita está em *numerus apertus* (exemplificativo), pois em legislação processual extravagante há a previsão de inúmeros títulos executivos que ali não estão incluídos.¹¹

Como se disse, outra característica marcante, e talvez a principal delas, que coloca em uma vala comum os títulos executivos “judiciais e extrajudiciais”, é justamente o fato de que ambos possuem “eficácia executiva abstrata”. Em relação a tal característica, pouco importa que, na sua origem, um tenha se formado mediante um processo jurisdicional com devido processo legal e o outro, não.

Ambos os títulos executivos são dotados do mesmo poder de invasão da esfera patrimonial do executado, permitindo que, até mesmo contra a sua vontade, realize-se a execução forçada.¹²

Isso se dá porque, além da eficácia executiva, há ainda a característica da abstração do direito material supostamente representado

pelo documento que cristaliza o título executivo. É que a invasão do patrimônio do executado e a execução forçada ocorrem pelo só fato de existir o título executivo (judicial ou extrajudicial), qual seja, o documento representativo do direito exequendo. A existência desse direito não é levada em consideração para que ocorra a realização da tutela executiva. É a partir daí que se fala em eficácia abstrata.

No caso de impugnação do executado ao cumprimento de sentença (art. 525, § 1.o) e no dos embargos do executado, previstos nos arts. 914 e ss., não há necessidade de qualquer constrição judicial sobre o patrimônio do executado para que este ofereça a ação de embargos (art. 915, *caput*).¹³

Resumindo, pode-se dizer que ambos os títulos executivos são dotados de uma eficácia abstrata, de forma tal que a propositura de qualquer ação contra o título não impede o prosseguimento da execução, salvo se ofertados e concedidos efeitos suspensivos às oposições do executado (embargos ou impugnação, dependendo se trate de processo de execução ou cumprimento de sentença).

7. TÍTULOS EXECUTIVOS HÍBRIDOS

Como já foi dito, o título executivo é formado por um elemento intrínseco e outro extrínseco. O extrínseco corresponde ao documento que representa a norma jurídica concreta que fornece os elementos subjetivos e objetivos relativos ao direito exequendo.

Deve-se observar que nem sempre o aspecto extrínseco e o intrínseco são figuras unitárias, formadas em um mesmo momento temporal e de uma única vez.

Muitas vezes o título executivo decorre da conjugação de atos complexos, que, em conjunto, formam o título executivo. Assim, por exemplo, a sentença penal condenatória que muitas vezes é apenas um título liquidatório, pois pode lhe faltar um elemento imprescindível, que é a identificação do *quantum* a ser executado judicialmente.¹⁴ Após a obtenção

desse valor em um regular procedimento liquidatório, pode-se dizer que existe um título executivo.

Todavia, tal título executivo é formado por mais de um documento e por uma norma jurídica concreta; complexa, porque formada em dois procedimentos cognitivos. Assim, quanto ao extrínseco e ao intrínseco, serão representativas do direito exequendo tanto a sentença penal condenatória (fixadora dos elementos subjetivos e da existência do crédito) quanto a sentença civil liquidatória (fixadora do *quantum*), em um típico caso de título executivo formado pela conjugação de dois provimentos judiciais.

Entretanto, nem sempre a conjugação mencionada é homogênea, sendo possível que o título executivo seja híbrido, tendo uma parte de si judicial e outra extrajudicial.

É o que acontece quando se tem uma sentença condenatória sujeita a condição ou termo. Nos termos do art. 514 do CPC, não será possível dar início à execução sem que o exequente “prove”¹⁵ (leia-se = instrua a sua petição inicial com o documento que representa a realização do termo ou condição) a ocorrência do termo ou condição a que estava sujeita a sentença condicional.

Ora, percebe-se que o título executivo é também aqui complexo, e, no presente caso heterogêneo, híbrido mesmo, porque formado pela conjugação de um “documento judicial”, que representa uma sentença condenatória sujeita a condição ou termo, com um “documento extrajudicial”, que representa uma condição ou termo realizados.¹⁶ Nesse caso, está-se diante de um título executivo misto, que poderá ser impugnado pelo executado na sua parte judicial, com as limitações do art. 525 do CPC.

8. ASPECTO FORMAL E MATERIAL DO TÍTULO EXECUTIVO

A regra do art. 798, bem como a dos arts. 515, 783, entre outros, do CPC, levam à conclusão de que o título executivo é sempre formado por algum documento que represente uma norma jurídica concreta que revela todos os elementos (objetivos e subjetivos) de um “crédito” inadimplido. Nesse passo, o elemento “formal” do título é o documento, e o “material” é a norma jurídica concretizada (individualizada) com intuito de debelar uma crise de cooperação (adimplemento).¹⁷

8.1. O elemento material: a norma jurídica concreta

O elemento material do título executivo é o que lhe dá substância e, enfim, o que viabiliza a tutela jurisdicional executiva. É, pois, a norma jurídica concreta formulada para debelar uma crise de cooperação (descumprimento, adimplemento), que constitui o elemento material do título executivo. Essa norma (individualizada), por sua vez, é formada por aspectos “objetivos” (vínculo jurídico e objeto da prestação) e “subjetivos” (partes da relação jurídica de obrigação ou dever legal).

Tais aspectos constituem, precisamente, a identificação do “credor, devedor, obrigação” e “objeto” da prestação. Faltando algum desses elementos haverá impossibilidade prática de realizar a execução, justamente porque faltará elemento material necessário (qualquer um deles isoladamente considerado) à realização das atividades e atos de execução.

A rigor, a falta de algum desses elementos não permite sequer dizer que existe um título executivo. Eventualmente, a inexistência de algum desses elementos ensejará a instauração de um procedimento cognitivo, cujo objeto (mérito) será descobrir exata e precisamente o elemento (objetivo¹⁸ ou subjetivo¹⁹) que está faltando para que se tenha uma norma completamente individualizada e, assim, ter um título executivo. Tal procedimento é o liquidatório, que ocupa uma fase seguinte à condenação genérica e que deve preceder, por razões lógicas, a tutela executiva.

Assim, deve-se verificar que o documento que representa uma norma jurídica concreta com eficácia executiva deve deixar à evidência, claro e explícito, que o direito exequendo é líquido, certo e exigível – para usar a terminologia do art. 783 do CPC.

Por isso, os requisitos da “liquidez, certeza e exigibilidade” são atinentes ao direito exequendo representado no título. Entretanto, há uma observação interessante a se fazer: a liquidez, a certeza e a exigibilidade são aspectos substanciais exigidos nos arts. 783 e 784 do CPC apenas como fatores condicionantes e viabilizadores da tutela jurisdicional executiva. Sem certeza, sem exigibilidade e sem liquidez não será possível realizar os atos de execução forçada, pois não se saberá a espécie da execução a ser empregada, a favor de quem e contra quem deve ela acontecer; não se saberá se já é o momento de se executar; ou ainda qual o *quantum* da execução.

Assim, a liquidez, a exigibilidade e a certeza não devem ser vistas como elementos que precisam ser “provados” pelo título, porque a finalidade de tais aspectos é lógica: dar os elementos necessários à realização dos atos executivos. Sendo assim, a certeza, a liquidez e a exigibilidade são atributos da norma jurídica concreta que dará ensejo à tutela executiva. A certeza não está relacionada com a existência da obrigação, tal como dizia o art. 1.533 do CC anterior, mas sim com a identificação suficientemente clara dos elementos da norma jurídica concreta representada no documento.

O requisito da certeza sempre deve estar presente, porque é a partir dele que se identificam os elementos subjetivos e objetivos da norma concreta. É a partir da certeza que se torna possível visualizar, decalcado no título executivo, “aquele que deve” (devedor); “a quem se deve” (credor);²⁰ a “obrigação devida e sua respectiva natureza”, bem como a “individualização do bem devido”.

Ora, a identificação da modalidade da obrigação vai permitir que seja feita a escolha adequada do procedimento executivo a ser empregado, que, bem se sabe, é determinado pelo tipo específico de modalidade obrigacional.²¹

Já no tocante à individualização do objeto devido, a sua importância é capital para as modalidades de obrigação específica (fazer, não fazer e entrega de coisa certa), quando a precisa visualização do bem devido é que permitirá saber sobre qual bem recairão as medidas de coerção ou sub-rogação. Quadra registrar, ainda, em relação à certeza do título executivo, que existem situações nas quais a clareza dos elementos da obrigação não será absoluta, sendo necessário que se realizem atos processuais prévios à realização da atividade executiva, dada a relativização da certeza em tais hipóteses.

Assim, nos casos de “obrigações alternativas, obrigações condicionais ou a termo” e “nas obrigações de entrega de coisa incerta”, verifica-se um “estado de indeterminação” que deixa completamente turva a certeza da obrigação contida no título. Esse estado de indeterminação de alguns dos elementos da obrigação ao mesmo tempo “impede a imediata execução forçada”, e “obriga a adoção de um procedimento liquidatório prévio à atividade executiva”.

Nessas hipóteses, antes de a execução ser iniciada, deverá ocorrer a identificação completa do objeto da obrigação, que deverá ser feita por meio da “demonstração da ocorrência da condição ou termo” (nas obrigações condicionais ou a termo, na disposição do art. 514 do CPC); da “escolha da obrigação, nos casos de alternatividade do cumprimento”; e da “identificação total da coisa a ser entregue, quando a obrigação seja determinada apenas pela quantidade e gênero” (obrigação de entrega de coisa incerta – art. 811). Só depois de superados esses obstáculos é que poderá ter início a tutela executiva, porque estarão evidentes e certos no título executivo todos os elementos do direito exequendo. Portanto, nesses

casos, é preciso fazer o acertamento da obrigação devida (no caso de alternatividade), da qualidade do objeto a ser entregue (escolha entre as coisas melhores e piores na quantidade e gênero da mesma determinada pelo título executivo).

Em ambos os casos já existe a liquidez, e o que falta é o acertamento (certeza) da obrigação e do objeto. Esse “momento cognitivo” é denominado “incidente de concentração”, e tem início com o processo de execução, colocando-se como antecedente lógico à execução forçada.

O requisito da liquidez não estará presente em todas as modalidades de obrigações, mas apenas naquelas em que o bem devido, em razão da sua fungibilidade, admite quantificação (medida, peso, valor etc.), e, justamente por isso, além da sua identificação (do objeto) dada pela certeza, será necessário precisar a quantidade do bem devido. A determinação do *quantum* devido é tarefa da liquidez, que deve estar presente (às claras) no título executivo.

Assim, título ilíquido não é “executivo”, pois não há presença de todos os elementos da norma individualizada, o que impede, do ponto de vista prático, a realização da tutela executiva. Deve-se notar que há casos em que existe uma aparência de iliquidez no título executivo, como nas situações em que a quantificação do bem devido depende apenas de cálculos aritméticos.²²

Todas as vezes que os elementos identificadores da “precisa quantificação” puderem ser extraídos do próprio título executivo, é sinal de que está presente o requisito da liquidez, sendo desnecessário um procedimento liquidatório subsequente à condenação genérica.

Todavia, ao revés, quando no título não existirem os elementos que clarifiquem a quantidade do bem devido, então se dirá que a obrigação é ilíquida, e será necessário um procedimento liquidatório constituindo uma fase seguinte e contínua à sentença condenatória genérica. Quadra observar, ainda, que na execução por quantia certa ou entrega de coisa incerta, como

o nome mesmo já diz, a liquidez é imprescindível, pois a quantificação do bem devido é condição *sine qua non* para o exercício da tutela executiva. É importante ressaltar que não basta simplesmente a lei ou o negócio jurídico dizer que tal documento é um título executivo, se a norma jurídica concreta ali contida e representada não é dotada de liquidez. É preciso que todos os elementos estejam presentes, sob pena de se ter um título, mas não executivo, e talvez apenas título para liquidação, tal como ocorre com a sentença penal condenatória, que não passa de título liquidatório.

Outrossim, é muito comum que documentos denominados títulos extrajudiciais não possuam o elemento da liquidez, e, nesse caso, não são, pelo seu próprio conteúdo, títulos executivos.²³

9. O ROL DO ART. 515 DO CPC E OUTROS TÍTULOS JUDICIAIS

9.1 A sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (art. 515, I, do CPC)

A palavra sentença prevista nesse dispositivo deve ser empregada para designar todo e qualquer provimento judicial (decisão interlocutória, sentença e acórdão) que imponha ao sujeito processual o cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Aqui incluem-se tanto os provimentos judiciais que pretendam debelar crises jurídicas de cooperação (adimplemento ou descumprimento) como aqueles outros que são impostos na condenação por má-fé processual, os relativos aos honorários advocatícios etc. Enfim, qualquer provimento judicial que imponha uma prestação no curso do processo. Registre-se, ainda, que pouco importa qual será a técnica processual criada pelo legislador e aplicada pelo juiz no caso concreto para efetivar o provimento que imponha a prestação devida, ou

seja, pode ser a “mandamental, a executiva *lato sensu* ou a monitória, ou qualquer outro nome que se queira dar”, o que importa é que isso não altera o caráter executivo do referido provimento, que revela a norma concreta e precisa ser atuado em concreto para debelar a pretensão insatisfeita.

Outra questão interessante que não pode ser olvidada diz respeito às situações em que a crise jurídica é de “certeza” – resolvível mediante um pronunciamento declaratório –, mas o provimento que debela a referida crise revela, nele mesmo, todos os elementos de uma prestação, em tese, exigível.

Enfim, seriam as raras hipóteses em que, em vez de ter ajuizado uma demanda condenatória, o autor pretende obter uma declaração da existência da relação jurídica obrigacional, e ali mesmo estão contidos todos os elementos que, em tese, permitiriam uma execução caso a sentença impusesse uma condenação.

Falta à primeira, portanto, o pedido de imposição da sanção, porque a finalidade foi apenas declarativa. Daí exsurge a questão: poderia tal provimento declaratório ser um título executivo ou lhe ser emprestada a mesma eficácia executiva? Pensamos que sim, pois a eficácia executiva atribuída aos provimentos de prestação poderia ser, por lei, estendida aos provimentos declaratórios que estampem todos os elementos da obrigação.

Aliás, a título de registro histórico, tal possibilidade já se via presente no CPC revogado. Este foi esse o motivo que fez o legislador da Lei 11.232/2005 dar nova redação ao revogado art. 475-N, I, em que se tinha o rol de títulos executivos judiciais. O antigo texto original do CPC de 1973, do art. 584, I, falava em “sentença condenatória”, e o texto modificado pela referida lei de 2005, que então criava o art. 475-N, I, tratava de sentença civil que “reconheça a obrigação”, adotando a tese de que ali se incluíam os provimentos meramente declaratórios da obrigação, especialmente nas

hipóteses do então revogado art. 4.º, parágrafo único, do CPC, ou seja, quando reconhecedoras do ilícito.

Com o novo CPC a tese foi mantida no art. 515, I, do CPC (nas hipóteses de declaração previstas no art. 20), e deve-se dizer que o legislador pretendeu, com isso (atribuir eficácia executiva a provimentos declaratórios que reconheçam uma obrigação), sacramentar a tese que já vingava no CPC revogado, dando maior efetividade ao processo, e assim evitando que o jurisdicionado que já tivesse uma declaração desse tipo tivesse ainda que propor uma ação condenatória.

Contudo, deve-se questionar se a mesma eficácia executiva recairá sobre as sentenças de improcedência (declaratórias pela sua própria natureza) que contenham os elementos de obrigação. Se isso for possível, então estará solidificado o entendimento de que o réu, mesmo na condição de réu, exerce pretensão à declaração, que, dependendo do caso, ensejará a formação do título executivo. Seria como admitir uma natureza dúplice à contestação.²⁴

Além disso, deve-se ficar atento para o fato de que restam sensivelmente diminuídas as diferenças entre as sentenças condenatórias e declaratórias que reconhecem a obrigação, posto que o meio primário daquela (formar título executivo) agora também existe para a declaração (efeito secundário).²⁵

9.2 A decisão homologatória de autocomposição judicial (art. 515, II) ou extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III)

Inicialmente, um registro com ar de obviedade. Não é qualquer sentença do tipo enunciado no dispositivo que dá azo à formação de título executivo judicial, mas apenas aquelas que encerram o conflito criando ou reconhecendo uma prestação devida.

É justamente do inadimplemento da autocomposição homologada que nasce a pretensão executiva. Portanto, faltou o legislador dizer que apenas as autocomposições homologadas que estabeleçam a prestação de pelo menos uma das partes é que ensejam a formação de título executivo. Assim, *v.g.*, não é título executivo judicial uma sentença homologatória de transação acerca da anulação de um contrato.

Feita essa ressalva inicial, deve-se dizer que o dispositivo cuida das hipóteses de autocomposição ensejadoras ou reconhecedoras de prestação a ser cumprida por uma das partes. Logo, o rol não se restringe à transação e à conciliação, porque engloba o reconhecimento jurídico do pedido (art. 487, III, *a e b*). Exclui-se desse rol do inc. III, é claro, a renúncia ao direito (alínea *c*), porque, nesse caso, *in re ipsa* a inexistência de crédito a ser executado.

As sentenças homologatórias são aquelas que dão cunho jurisdicional a um ato que, por natureza, não o possui. Nessas sentenças (leia-se também as “decisões interlocutórias e acórdãos”), o Estado participa apenas para atribuir eficácia judicial à composição feita pelas partes. Não há, a rigor, “julgamento” de mérito, porque o dito “mérito” foi resolvido pelas partes. No entanto, mesmo assim, em tais casos o CPC atribui a natureza de sentença de mérito às hipóteses do art. 487, III, porque os efeitos que possui (os mesmos da sentença do inc. I) são os mesmos da hipótese do art. 487, I.

Essas decisões são chamadas de “subjettivamente complexas”, porque a sua formação resulta da soma de esforços de sujeitos distintos: ato de inteligência das partes “somado” à vontade estatal (homologação). Se não houvesse a homologação, tal ato de autocomposição poderia ser no máximo um título extrajudicial, e disso resultaria que poderia ser atacado por embargos de fundamentação livre (art. 917, VI, do CPC).

Parece estar claro, então, que as ditas sentenças homologatórias são títulos judiciais, e, como tal, submetem-se ao regime do art. 523 do CPC, caso sejam atacadas por impugnação do executado (art. 525), mesmo que

no caso concreto a participação do Estado tenha sido apenas uma chancela homologatória. Presumindo-se que foi feita a autocomposição (direitos patrimoniais e disponíveis) e foram respeitadas as regras formais de sua formação, essa opção tem de ser respeitada e devem ser-lhe atribuídos os mesmos efeitos de uma sentença do art. 487, I, do CPC.

Pouco importa se a autocomposição se deu no curso de um processo ou for dele (extrajudicial). Na medida em que tal autocomposição tenha ocorrido e sido homologada em juízo, passa a ser título executivo judicial com as vantagens que isso oferece, ou seja, especialmente, a limitação da matéria a ser oposta pelo executado. Assim, seja judicial ou extrajudicial, se a autocomposição for homologada em juízo, tem-se um título judicial (art. 515, § 2.º).

9.3 O formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal

Na parte especial, Livro I, Título III (“Dos Procedimentos Especiais”), Capítulo VI, arts. 610 e ss., o CPC cuida do processo de inventário e da partilha, e no art. 654 diz o seguinte: “Pago o imposto de transmissão a título de morte, e junta aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha”. Em seguida, diz o art. 655 do CPC que: “Transitada em julgado a sentença mencionada no art. 654, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, do qual constarão as seguintes peças: [...]”.

É desses dispositivos que resulta o título executivo do art. 515, IV, do CPC, e, a rigor, nem seria necessário nele dizer que tal título executivo só possui a referida eficácia restrita (exclusiva) às pessoas que integraram o contraditório no processo de inventário e partilha, enfim, onde foi formado o citado título executivo judicial. Por isso, se o quinhão hereditário estiver

em poder de terceiro que não participou do inventário e da partilha (processo judicial), contra ele não haverá título executivo, e, como tal, a eventual ação a ser proposta contra o referido terceiro não dispensará o processo cognitivo prévio para formulação da norma jurídica concreta.

9.4 O crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, os emolumentos ou os honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial

Distinguem-se os auxiliares de justiça (art. 149 do CPC) entre os que possuem vínculo “permanente” ou “eventual” com o Poder Judiciário. Os permanentes atualmente são funcionários públicos, e pela função que exercem são remunerados regularmente pelo aparelho estatal (escrivão, oficial de justiça, escrevente etc.). Já os de função episódica (peritos, intérpretes, tradutores etc.) não possuem vínculo remuneratório com o Estado, e foi para eles a regra desse dispositivo. Todavia, não obstante a expressa regra do dispositivo, sua aplicação prática é quase nenhuma, pois raramente alguns desses profissionais exercem função no processo sem que tenham recebido previamente os honorários que fixaram para a função para a qual foram nomeados.

É importante dizer que o NCPC corrigiu uma inexplicável imprecisão terminológica há muito apontada pela doutrina em relação ao CPC de 1973, pois, embora estivesse arrolado no rol dos títulos executivos extrajudiciais no código revogado, mencionava o antigo texto do inc. VI do art. 585 que os referidos créditos dos serventuários (custas, emolumentos ou honorários) deveriam ter sido aprovados por decisão judiciária.

Logo, concluía-se que o título executivo não era, por exemplo, o crédito da proposta de honorários apresentada pelo perito, mas apenas aqueles que fossem aprovados pelo juiz, “por decisão judiciária”, como dizia o texto. O título, portanto, era judicial, pois era o crédito judicialmente

aprovado, sendo os legitimados ativo e passivo à execução, respectivamente, o serventário de justiça e o vencido na demanda.

No NCPC, tal falha foi devidamente corrigida e inserido o referido título executivo no rol de títulos executivos judiciais.

9.5 Sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 515, VI, do CPC)

Diz o art. 515, VI, do CPC que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial. Essa regra pretende dar operatividade a outra regra que está inserida no art. 91 do Código Penal (CP).²⁶ Tal dispositivo legal cria um “efeito secundário” da sentença penal condenatória, que, além de impor ao acusado a sanção penal correspondente, afirma que tal sentença tem um efeito extrapenal, na medida em que “torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (art. 91, I, do CP). É daí que surge a referência ao art. 515, VI, do CPC.

O efeito anexo (secundário) da sentença penal transitada em julgado é a projeção, no cível, do *an debeatur*, ou seja, do dever de indenizar. Contudo, como se vê, tal dispositivo não fixa o *quantum debeatur* e por isso mesmo sempre se disse que a *sentença penal condenatória transitada em julgado seria, a rigor, um título liquidatório*, e não propriamente um título executivo.

No afã de resolver tal problema em 2008, o legislador alterou o art. 387 do Código de Processo Penal determinando que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, deveria fixar o *quantum* mínimo da indenização cível, *in verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei 11.719, de 2008). [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados

pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. (Redação dada pela Lei 11.719, de 2008.)

Longe de trazer uma paz jurídica, tal dispositivo gerou enorme discussão doutrinária, pois argumenta-se que o magistrado que atua na demanda penal, além de incompetente, não teria condições de aferir, ali na seara penal, os danos cíveis decorrentes da referida conduta antijurídica. Exatamente por isso que, na prática judiciária, nem sempre o magistrado cumpre esse mister e o Superior Tribunal de Justiça tem dado respaldo a tal atitude, especialmente quando o juiz não fixa o *quantum* mínimo sob argumento de que não possui condições mínimas extraídas da causa para fixação do referido montante indenizatório. Assim, pode-se afirmar que a sentença penal condenatória continua sendo, muitas vezes, apenas um título liquidatório, nada obstante a regra do art. 387 do CPP.

Enfim, com a sentença penal condenatória transitada em julgado, não se tem a completude de elementos necessários à atividade executiva. Além de ser certo o dever de indenizar, de identificar a quem se deve e quem deve a obrigação, haverá de ser reconhecido o valor devido, o que, nesse caso, não foi feito na sentença penal condenatória. Assim, serão raras e invulgares as hipóteses de sentença penal condenatória que serão títulos executivos, pois em sua maioria constituirão apenas título para liquidação (art. 510 do CPC).²⁰

É interessante observar, nesse caso, os diversos influxos do direito penal na seara cível, que exigem cuidado do estudioso do direito em relação a essas questões. Uma delas concerne à competência do juízo para promover a liquidação/execução da sentença penal condenatória. Nesses casos, há expressa mitigação da regra do art. 516, II, do CPC, tal como enunciam o próprio inc. III e o parágrafo único desse dispositivo, já que não se poderia imaginar possível que a competência para liquidar ou executar, não obstante a natureza judicial do título, recaísse no mesmo juízo (penal), tratando-se de execução cível.

Nessa hipótese, aplicam-se livremente as regras de distribuição de competência, salvo se na comarca for juízo único para lides penais e cíveis. Também deve ser observado que, em matéria penal, não existe prazo para revisão da sentença penal condenatória, dada a importância da proteção à liberdade da pessoa.

Assim, a “revisão criminal” permite a reabertura do processo criminal já julgado e transitado em qualquer tempo, sujeitando-se os efeitos primários e secundários aos reveses do que for decidido na ação de revisão criminal. Dependendo do tema acolhido na revisão, o título judicial deverá ou não ser mantido, assim como os efeitos decorrentes de uma eventual execução judicial que já tenha sido satisfeita. Também é muitíssimo importante lembrar que, em razão do princípio da pessoalidade da pena no processo penal, é possível que o mesmo fato sujeite uma pessoa à responsabilidade penal e essa mesma pessoa e outra, à responsabilidade civil, em razão da solidariedade.

É o que acontece, por exemplo, no caso de homicídio culposo por atropelamento. Nessa hipótese, quem atropelou é o condutor do veículo, mas quem responde civilmente não é só o condutor, mas também o proprietário do veículo, que no caso podem ser pessoas diferentes. Nessa hipótese, sendo demandado penalmente apenas o condutor, apenas contra ele existirá eventual título executivo judicial, motivo pelo qual será necessário propor ação condenatória contra o titular do veículo caso queira sujeitá-lo a uma futura execução cível.

Por fim, quadra registrar que o dispositivo menciona que a eficácia executiva só será atribuída quando se tratar de sentença penal condenatória “transitada em julgado”. Ora, a regra é extraída do texto constitucional, em que se recorda que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, motivo pelo qual nenhum efeito da sentença penal condenatória poderia acontecer antes do referido trânsito.

Assim, findo o processo penal com sentença penal condenatória, a vítima ou seus sucessores poderão promover a liquidação ou execução cível do referido provimento penal, lembrando apenas que, se se tratar de ação de liquidação da referida sentença penal condenatória, só existirá execução definitiva quando ocorrer o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de liquidação por arbitramento.

9.6 A sentença arbitral

É título executivo judicial a sentença condenatória proferida pelo árbitro (art. 31 da Lei 9.307/1996). Dada a regra expressa de que se exige um provimento “condenatório” para ser título executivo (enfim, que imponha uma prestação a ser cumprida), não pensamos que possa ser estendida às sentenças ou acordos arbitrais a mesma regra do inc. I do art. 515 do CPC, ou seja, os provimentos arbitrais declaratórios que apenas reconheçam a relação obrigacional não são título executivo judicial. Mesmo sendo título executivo judicial, dará ensejo a um processo de execução autônomo por falecer ao árbitro o poder de excussão que é restrito ao Estado juiz.

9.7 Sentença estrangeira homologada pelo STJ e a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 515, VIII e IX)

A mesma ressalva feita para os incisos anteriores precisa ser realizada também aqui. Será título executivo a sentença estrangeira homologada pelo STJ que tenha por conteúdo uma prestação posteriormente inadimplida. Outro aspecto importante é que o título executivo não é a “sentença estrangeira”, mas a sentença homologatória prolatada pelo STJ, que, em juízo de delibação, não rejudica a lide julgada no

estrangeiro, mas apenas a sua conformidade à ordem pública e bons costumes.

Antes de ser homologada pelo STJ, a sentença estrangeira não tinha nenhuma eficácia jurídica no nosso ordenamento (a não ser para dar início ao processo de homologação de sentença estrangeira), e por isso não é ela o título executivo. Nesse passo, a redação do CPC não é adequada, porque dá a entender que a sentença estrangeira é que seria o título executivo, quando, na verdade, é a “sentença homologatória do STJ” que possui a dita eficácia executiva, mas isso em nada impede a inteligência e aplicação do dispositivo.

O mesmo raciocínio se aplica às decisões interlocutórias estrangeiras que dependam de *exequatur* do STJ para que sejam cumpridas no nosso país.

10. O ROL DO ART. 784 DO CPC

10.1 O rol do art. 784 e a tipicidade dos títulos executivos extrajudiciais

No art. 784 do CPC há o rol dos títulos executivos extrajudiciais, assim denominados porque hauridos fora de qualquer processo jurisdicional. Em relação aos títulos extrajudiciais vige o princípio da tipicidade, que deve ser rigorosamente considerado pelo operador do direito. Tipicidade ou “reserva legal” não significa que ali, no art. 784 do CPC, estejam “todos” os títulos executivos extrajudiciais e, menos ainda, que tais títulos não possam ser criados por legislação federal extravagante.

A tipicidade significa que não há título executivo sem prévia lei que o defina como tal. Trata-se de dar segurança jurídica ao instituto (título executivo extrajudicial), que, dotado de eficácia abstrata, permite a invasão do patrimônio do executado para prática de atos de desapossamento, expropriação e transformação, dependendo, é claro, da espécie de execução.

Portanto, desde que exista previsão em lei federal (art. 22, I, da CF/1988), é possível que se criem novos títulos executivos extrajudiciais.²⁷ Nesses termos é o que preceitua o inc. XII do art. 784, ao dizer que são títulos executivos extrajudiciais “todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

10.2 Título executivo extrajudicial e eficácia abstrata

Embora tenha sido dito anteriormente, a eficácia abstrata é característica de qualquer título executivo, uma vez que permite a satisfação da norma jurídica concreta abstraindo a existência do crédito exequendo.

Essa eficácia existe tanto para os títulos executivos judiciais quanto para os extrajudiciais, mormente porque qualquer oposição oferecida pelo executado (impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos do executado) é desprovida de efeito suspensivo *ex lege*.

O que é diferente entre ambos os títulos não é a eficácia abstrata, mas o grau de vulnerabilidade do título judicial em relação ao extrajudicial.²⁸

A importância desse aspecto (probabilidade da existência do direito corporificado no título) será relevante para delimitar o conteúdo e objeto de julgamento da oposição do executado.

10.3 Art. 784, I (cheque, nota promissória, letra de câmbio, duplicata e debênture)

Os institutos contidos no inc. I do art. 784 do CPC têm em comum o fato de que todos os títulos executivos extrajudiciais ali arrolados têm natureza de título de crédito, mas isso não significa em hipótese alguma que o rol ali é exemplificativo, e que todo e qualquer título de crédito será título executivo. Nada disso.

Adotada a regra da tipicidade (reserva legal) do título executivo, é mister que tal atributo venha previsto em lei, e, com isso, pode-se inferir

que, excluídos os títulos de crédito previstos no inc. I do art. 784, só serão títulos de crédito com força executiva se isso estiver expressamente previsto na lei, já que a executividade não é característica inerente dos títulos de crédito.²⁹

10.4 Art. 784, II (escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor); art. 784, III (o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas); art. 784, IV (o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal)

As hipóteses descritas nesses incisos supramencionados ficavam aglutinadas no inc. II do art. 585 do CPC revogado, o que era muito criticado pela doutrina, tendo em vista o fato de que eram títulos executivos diferentes que ficavam sob a mesma rubrica.

O Novo CPC consertou esse lapso e colocou cada hipótese em um inciso respectivo.

O inc. II cuida da eficácia executiva atribuída ao documento público assinado pelo devedor ou à escritura pública. Obviamente, tais documentos devem revelar uma prestação devida com todos os elementos precisos (quem deve, a quem se deve, se deve e quanto é devido).³⁰

Já no inciso seguinte cuida de hipótese de documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. A diferença entre um inciso e outro reside no fato de que, no documento público, o reconhecimento da prestação líquida, certa e exigível requer apenas a autenticação do agente público, e, no particular, exige-se a assinatura de duas testemunhas, sendo

dispensa da presença destas ao ato de formação do título executivo extrajudicial.³¹

Assim, torna-se fácil e bastante acessível para o cidadão comum fazer contratos com eficácia executiva e, assim, dar um “salto qualitativo” na busca da tutela jurisdicional se e quando isso for preciso em relação ao dito contrato, já que poderá ingressar diretamente na via executiva.

Já o inc. IV cuida do *instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal.*

Não obstante a continência desse inciso ao anterior – afinal de contas, qualquer documento particular assinado pelas partes e mais duas testemunhas que represente obrigação líquida, certa e exigível é título executivo –, é salutar, por outros motivos (culturais e políticos), destacar a importância do dispositivo.

São nas salas das Defensorias Públicas, ou no bojo dos inquéritos civis, ou ainda no acerto prévio promovido pelos advogados das partes, que se chega a inúmeros e importantíssimos casos de autocomposição, que, pelo novo CPC, tem sido tratado com a atenção necessária, inclusive colocando a mediação com um dos princípios modernos do processo civil.

A exigência do “referendo” a que alude o dispositivo é desnecessária, já que a generalidade do inciso anterior exige apenas que duas testemunhas assinem o documento particular para que este se torne título executivo extrajudicial.

10.5 Contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução (art. 784, V)

O inc. V do art. 784 arrola situações que possuem em comum o fato de serem formados pela via particular e convencional (contratual), independentemente dos requisitos exigidos pelo art. 784, II, do CPC. O

inciso refere-se aos contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese, caução real e fidejussória (garantias firmadas com o fim de assegurar ao credor o adimplemento do devedor na obrigação principal).

Segundo o art. 1.419 do CC, “nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

Aí já está evidenciado que tais figuras são ajustes convencionados com o fim de garantir uma obrigação principal. Portanto, a origem desse ajuste é um direito obrigacional, e o fim dessa garantia é apertar esse ajuste, salvaguardando o credor do risco de inadimplemento do devedor.

Apenas para diminuir o risco de prejuízos decorrentes de um inadimplemento da obrigação principal, e, ainda, para apertar o dito vínculo, é que se fazem, no próprio instrumento principal, ou a ele apartado, os contratos de garantia de penhor, anticrese e hipoteca, nos quais o vínculo que une o titular da garantia e o bem, que é objeto, é de natureza real.

Assim, certamente a responsabilidade do devedor incide sobre toda a dívida decorrente da ação principal, e, por isso mesmo, quando, “executado o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para o pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pelo restante” (art. 1.430 do CC).

Destarte, deve-se dizer que nesses casos é perfeitamente viável que a dívida e a responsabilidade patrimonial recaiam sobre pessoas diversas, ou seja, que o titular do bem dado em penhor, anticrese ou hipoteca seja apenas o responsável patrimonial (nos limites do valor do bem dado em garantia), mas não o devedor principal. Disso resulta que, em caso de inadimplemento, o devedor responde (art. 391 do CC) com o seu patrimônio e o responsável (que deu a garantia) com o bem, e apenas ele, dado em garantia.

Assim, é até possível que o contrato principal e o acessório (garantia real) possam estar em documentos diversos, mas não é mais possível que o

credor tenha título executivo contra o garantidor, mas não possua título executivo contra o devedor principal. Isso porque o título executivo é o *contrato* garantido por hipoteca, penhor, anticrese e caução. Assim, o próprio contrato principal que possua as referidas garantias é título executivo, caso ele já não esteja incluído no rol do art. 784 do CPC.

Nos casos previstos no dispositivo, a penhora deverá recair, preferencialmente (não obrigatoriamente), sobre o bem que já foi afetado no plano material, qual seja, o bem dado em garantia. Repita-se o que já foi dito anteriormente, que, se a garantia real não cobrir toda a dívida, o exequente poderá executar o devedor para satisfazer o crédito restante.

Assim, nada impede, embora seja incomum, que o credor opte por executar o devedor, abrindo mão do bem dado em garantia. Lembre-se que esta foi feita em benefício do credor, não obrigando que dela se utilize, e no caso concreto mostra-se menos viável a execução hipotecária ou pignoratícia do que a excussão de bens outros do devedor.

Como o art. 784, V, não fez qualquer distinção entre os tipos de caução, entende-se que é título executivo extrajudicial tanto o contrato garantido por caução real quanto o pessoal (fiança). Embora ambas as modalidades de caução sejam garantidoras do contrato (título executivo), há sensível distinção entre uma e outra modalidade. Ambas as cauções são figuras destinadas a servir de garantia a uma obrigação principal; todavia, na caução na modalidade real, a garantia se faz mediante a oferta de um bem que, sob vínculo real, fica afetado à responsabilidade patrimonial para o caso de não adimplemento da obrigação principal.

Já na caução fidejussória (fiança) a garantia gera um vínculo obrigacional, de forma que o garantidor submete todo o seu patrimônio, sem afetação específica, à garantia do adimplemento. Tanto o contrato de fiança quanto a caução real podem ser totais ou parciais, para o caso de servirem de garantia de toda ou parte da execução.

10.6 Contrato de seguro de vida em caso de morte (art. 784, VI)

Segundo informa o art. 758 do CC, “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”. As regras substanciais do contrato de seguro, tais como conceitos, requisitos, modalidades, efeitos etc., estão previstas no CC, arts. 757 e ss., e aqui, por óbvio, não serão tratadas.

Deve-se dizer que o Código prevê expressamente como título executivo extrajudicial o contrato de seguro, e não propriamente a “apólice de seguro”, que apenas serve ao contrato. Assim, a petição inicial que instaura a demanda executiva deve estar acompanhada do contrato de seguro, não sendo suficiente usar apenas a apólice.

Insta ainda observar que nos contratos de seguro de vida, por razões óbvias, o beneficiário é que será o credor da indenização a ser paga. O beneficiário deverá ter sido indicado pelo segurado quando este realizou a contratação.

Mantida pelo NCPC a regra estabelecida pela Lei 11.382/2006, excluíram-se do antigo inc. III do art. 585 os contratos de seguro de acidentes pessoais de que resulte a incapacidade. Nesse particular, tanto o texto revogado quanto o atual do art. 784, VI, do CPC procuraram simplificar a execução desses tipos de contrato.

Na prática, para que houvesse a execução de contratos de seguro contra acidentes pessoais de que resultasse incapacidade, em geral existia uma batalha prévia com enorme discussão subjetiva sobre a “ocorrência da incapacidade” do segurado. Optou-se, desde a Lei 11.382/2006, o que foi mantido pelo NCPC por deixar apenas a morte, cujo fato é objetivo, para evitar a polêmica de outrora. Facilidades à parte e benefícios às seguradoras de outro lado, o Código entra em descompasso com a política assistencialista e protetiva do incapaz, que é regra comum no Código Civil

brasileiro,³² como já alertara Rodrigo Mazzei em recente conclave sobre o tema.

10.7 Crédito decorrente de foro e laudêmio (art. 784, VII)

Conforme rezava o art. 678 do antigo CC, foro “é a pensão anual certa e invariável que o enfiteuta paga ao senhorio direto pelo direito de usar, gozar e dispor do imóvel objeto do direito real de enfiteuse”. Já o art. 686 do antigo CC prescrevia que laudêmio é “a compensação que é devida ao senhorio direto pelo não uso do direito de preferência quando o enfiteuta aliena onerosamente o imóvel foreiro”. Com o advento do novo CC/2002, não foram mantidos os institutos *supra* (foro e laudêmio), tal como determina a nova regra do art.2.038 do CC/2002, que expressamente prevê que as antigas enfiteuses e subenfiteuses ficam regidas pelas regras do CC revogado.

Segundo o art. 2.038 do CC: “Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até a sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores”.

Já o instituto da “constituição de renda” (antes previsto no art. 585, III, do CPC de 1973, e simplesmente extinto do dispositivo com a nova redação que lhe deu a Lei 11.382/2006), que era regulamentado pelo art. 674 do CC/1916, correspondia ao produto da exploração do imóvel que tivesse sido objeto de direito real sobre coisa alheia.

Tal figura também foi extinta pelo atual CC, mas os contratos pendentes ainda são regidos pelo Código Civil anterior. Assim, os antigos contratos representativos de crédito oriundos de foro, laudêmio e constituição de renda, vigentes pelo CC/1916, são títulos executivos extrajudiciais.

Percebe-se a falta de sintonia entre o Código Civil atual, de 2002, e a reforma introduzida pela Lei 11.382/2006, e que neste particular foi mantida pelo NCPC, porque naquele houve a supressão dos institutos mencionados *supra*, mas mesmo assim o CPC manteve a previsão de que são títulos executivos os foros e os laudêmios.

10.8 Crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio (art. 784, VIII)

O título executivo extrajudicial é o contrato escrito de locação, e os legitimados ativo e passivo à execução civil são, respectivamente, locador e locatário. Assim, os encargos condominiais que não forem pagos pelo locatário ao condomínio é que poderiam ser objeto de execução, além, é claro, do próprio aluguel do imóvel, se este não tiver sido pago também.

10.9 A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei

A execução fiscal é disciplinada pela Lei federal 6.830/1980. O CPC determina ser título executivo extrajudicial a “certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei”. É interessante observar que esse título extrajudicial (art. 784, IX, do CPC) é o único formado sem a participação do devedor, mas, ao contrário, feita unilateralmente pelo credor, que é a Fazenda Pública. Mais uma das questionáveis “prerrogativas” da Fazenda Pública.

A certidão de dívida ativa conterá os mesmos elementos do termo de inscrição e será autenticada pela autoridade competente (art. 2.º, § 6.º, da Lei 6.830/1980). Por sua vez, o termo de inscrição deve conter: a) o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; b) o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; c) a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; d) a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para cálculo; e) a data e o número da inscrição, no registro de dívida ativa; f) o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida (art. 2.º, § 5.º, da Lei 6.830/1980).

10.10 O crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas em Convenção de Condomínio ou aprovadas em Assembleia-Geral, desde que documentalmente comprovadas (art. 784, X)

Esse título executivo põe uma pá de cal no assunto deixando claro que não só o locador, munido de contrato escrito (art. 784, VIII), possui título executivo extrajudicial para cobrança do locatário das contribuições ordinárias e extraordinárias de condomínio edilício, mas também o próprio condomínio poderá fazê-lo com base em documentos que comprovem que as referidas despesas estejam previstas em convenção de condomínio ou aprovadas em assembleia-geral.

10.11 A certidão expedida por serventia notarial ou de registro, relativa a valores de emolumentos e

demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei

Esse título executivo inexistente no CPC anterior privilegia a fé pública dos serviços notariais relativamente a despesas que venham a ter em favor de terceiros, desde que tais valores estejam previstos em lei.

10.12 Títulos executivos previstos fora do Código de Processo Civil

Conquanto se possa admitir um alargamento do conceito de “título executivo”, para nele se incluïrem, por exemplo, provimentos judiciais provisórios sem audiência da parte contrária (liminares), ainda continua resistindo a máxima da *nulla executio sine titulo*, ou seja, toda tutela executiva, autônoma ou não, precisa ser embasada em título executivo.

Partindo dessa premissa, que constitui uma garantia à legitimação da atuação do Estado na intervenção da propriedade e liberdade do Estado para atuar executivamente, o título executivo é também uma garantia para o próprio executado, que sabe que só terá o seu patrimônio atingido pelos atos executivos se contra si houver um título executivo nos limites que ele, título, impuser.

Já para o exequente o título executivo é um instrumento que torna hábil e adequada a tutela executiva. Assim, mais do que um instituto jurídico, o título executivo constitui um pressuposto político à tutela executiva.

Justamente por causa dessa importância exige-se que a criação dos títulos executivos extrajudiciais fique sujeita à reserva legal, ou seja, só podem ser criados por lei federal. Na verdade, a exigência não é do Código de Processo Civil, porque ela emana do art. 22, I, da CF/1988, no qual se lê

a regra de que só a lei federal pode cuidar de direito processual em sentido estrito, se, nesse particular, o título executivo extrajudicial é exemplo disso.

Por outro lado, ainda que sujeita à reserva legal, critica-se a criação legislativa extravagante pela forma desenfreada e descontrolada como têm sido criados títulos executivos extrajudiciais.

Fora do CPC, são exemplos de títulos executivos extrajudiciais o contrato de honorários de advogado (art. 24 da Lei 8.906/1994); os créditos da previdência social (art. 39, § 3.º, da Lei 8.212/1991); os contratos de alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei 911/1969, art. 5.º); as decisões dos Tribunais de Contas, art. 71, § 3.º, da CF/1988;³³ as decisões do CADE, arts. 60 e 53, § 4.º, da Lei 8.884/1994 e art. 93 da Lei 12.529/2011; os compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais previstos no art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985, entre outros.

11. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O ART. 785 DO CPC (QUE PERMITE A PARTE BUSCAR A TUTELA COGNITIVA MESMO SENDO PORTADORA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL)

O art. 785 do CPC tem a seguinte redação: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”. Tal dispositivo não encontra correspondente no direito processual anterior nem em diploma alienígena.

A proposição do art. 785 é daquelas que, num primeiro momento ao analisar um Código novo, nos provoca um ar de desprezo, por vê-lo como uma aberração ou falha – normal dentro de textos legislativos tão grandes – que não merecesse qualquer reflexão crítica, senão uma ácida crítica, quase em tom de galhofa sobre o seu texto. Mas, num segundo momento, quando

se ouve, aqui e alhures, comentários que enxergam no dispositivo uma novidade atraente, aí o desprezo passa a dar lugar à preocupação, não tanto pelo dispositivo em si, mas pelo que nele se esconde.

É regra comezinha de direito processual, fruto de um princípio informativo lógico, de que ninguém vai em juízo buscar a tutela de seu direito se este não tiver sido nem lesado ou ameaçado. Socorre-se ao Poder Judiciário e ao processo porque, pelo menos em tese, alguém pretende tutelar uma pretensão resistida ou insatisfeita. Não por acaso o art. 17 diz que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, bem como o art. 786 determina que “a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo”. Assim, aquele que se aventura a buscar uma tutela jurisdicional sem ter interesse, ou seja, sem que exista a necessidade dessa intervenção do Poder Judiciário ou que use a via processual absolutamente inadequada terá como resultado uma manifestação do Poder Judiciário dizendo exatamente que será extinto o processo pela falta do referido interesse (art. 485, VI).

O que se vê no art. 785 do CPC é um tiro desferido contra a lógica, a não ser que, escondido sob essa simplória obviedade, exista um “segundo interesse” que no dispositivo nem sequer foi sugerido pelo legislador.

Qual a razão lógica para alguém, que é portador de um título executivo extrajudicial, optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial?

O questionamento acima decorre do fato de que existem premissas que tornam absolutamente surreal a opção ventilada no referido dispositivo, a saber:

- ✓ Pelo fato de ser portador de um título executivo extrajudicial, permite que seja dado início a um processo de execução contra o devedor, tendo mais rapidamente acesso aos atos de execução

forçada, bem como ao exercício de atos que permitem evitar o desfalque patrimonial do responsável.

- ✓ Se optar por um processo cognitivo, terá primeiro que obter, depois de longos anos de procedimento ordinário, um título judicial que lhe permita um *cumprimento* provisório ou definitivo de sentença.
- ✓ Enquanto o contraditório do devedor no processo de execução é *eventual e posterior* ao início dos atos executivos, no cumprimento de sentença ele (o contraditório) é *necessário e anterior* aos atos de execução. Lá se vale dos embargos do executado que não tem *ex lege* o efeito suspensivo, e aqui só se inicia o cumprimento de sentença depois de revelado o direito exequendo e, normalmente, após o julgamento em dois graus de jurisdição, pois, via de regra, a apelação é dotada de efeito suspensivo.
- ✓ O título executivo extrajudicial surgiu como uma técnica processual alternativa que valorizaria a economia processual, a duração razoável do processo e o respeito à vontade das partes na celebração de seus negócios jurídicos, atribuindo-lhes uma eficácia executiva que só era conferida pela sentença judicial.

Entretanto, mesmo diante dessas premissas lógicas, pode-se, num exercício mental, imaginar uma série de situações que, em tese, poderiam justificar um devaneio do devedor em seguir a orientação do art. 785 do CPC.

A *primeira situação* em que poderia o credor valer-se da regra do art. 785 do CPC seria para obter uma tutela provisória antecipada, sempre que tivesse diante de uma situação de urgência, servindo o título executivo extrajudicial como prova inequívoca do direito pleiteado.

Contudo, a premissa é errada, porque, sendo portador de um título extrajudicial, se o credor estiver diante de uma situação de urgência, poderá,

no curso ou antecipadamente ao próprio ajuizamento do processo de execução, requerer a providência antecipatória, sem que para isso precise estar diante de um processo cognitivo.

Registre-se que o art. 799, VI, do CPC, ao tratar da petição inicial do processo de execução, prescreve que “incumbe ao exequente pleitear, se for o caso, medidas urgentes”. E, bem se sabe, pelo art. 294, parágrafo único, que a “tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. Portanto, a *primeira situação* de utilização do art. 785 é injustificável.

A *segunda situação* em que poderia o credor valer-se da regra do art. 785 do CPC seria, por exemplo, porque há alguns direitos materiais que não encontram procedimento executivo específico, havendo uma verdadeira lacuna processual a respeito deles. Para driblar esse problema, poderia, em tese, praticar a opção do art. 785. Assim, por exemplo, se o credor for portador de um título executivo extrajudicial que contenha obrigação de não fazer, diante de uma ameaça ao seu direito, ele certamente não encontrará nos arts. 814 a 823 a técnica processual executiva adequada para esse desiderato. Nada obstante o legislador intitular a seção III “da obrigação de não fazer” e nela inserir o art. 822 que, em tese, seria para executar tal modalidade de obrigação revelada num título executivo, não é o que se tem no tal art. 822 que cuida da *tutela do desfazer*. Assim, atento a isso é que poderia imaginar a adoção do art. 785 do CPC.

Contudo, nem aí isso se justifica, pois o CPC foi muito claro ao estabelecer a simbiose entre o Livro I e o Livro II da Parte Especial do Código, como se observa nos arts. 513 e 769. Também aqui a atitude do credor seria absolutamente ilógica e incompreensível.

A *terceira situação* em que poderia o credor valer-se da regra do art. 785 do CPC seria porque se sente inseguro em relação aos requisitos da certeza, exigibilidade e liquidez da obrigação revelada no título, ou seja, tem dúvidas inclusive se o título do qual é portador é realmente *executivo*.

Nem nessa hipótese justifica-se a adoção do art. 785, que dá a entender que realmente possa *optar* o credor, o que não parece ser exatamente o exemplo dessa terceira situação em que o credor tem dúvida se o documento que possui é realmente um título executivo extrajudicial. Nesse caso, então, basta a sentença de improcedência do eventual embargo do executado para que tenha a confirmação de que o título executivo contém todos os elementos da obrigação que o tornam hábil a promover a execução. Ademais, registre-se que a *disponibilidade do processo de execução* é amplamente mais favorável do que a *disponibilidade da ação cognitiva*, pois o regime jurídico do art. 775 é amplamente mais favorável ao exequente do que o art. 485, VII, §§ 4.º e 5.º, em relação ao autor da ação. Portanto, nem aqui justificar-se-ia o art. 785 do CPC. É absolutamente injusta e inadequada qualquer relação de familiaridade de propósitos entre o art. 20 e o art. 785, simplesmente porque naquele artigo há, entre a sentença declaratória e a sentença condenatória, uma paridade jurídica que é o fato de que ambos os provimentos são obtidos por uma tutela cognitiva, e, após as recentes reformas, tanto uma sentença quanto a outra servem de título executivo judicial (art. 515, I, do CPC).

Uma *quarta situação* em que poderia o credor valer-se da regra do art. 785 do CPC seria, já beirando a aberração comportamental, para obter com a ação de conhecimento os 10% da multa do art. 523 do CPC. Mas nem aqui esse devaneio se justifica. Isso porque, se é verdade que esse percentual não existe na execução de título extrajudicial, por outro lado, é um tremendo risco para o credor, pois a multa de 10% só incide caso, *depois de iniciado o cumprimento de sentença*, o devedor não cumpra a sentença. Do contrário, se a cumprir no prazo de 15 dias, livra-se da multa e dos honorários advocatícios (art. 523, § 1.º), ao passo que, no processo de execução de título extrajudicial, se pagar o que deve nos três dias depois de citado (art. 827), ficará livre apenas de 50% dos honorários. Assim, também sob esse prisma surreal, não se justifica a escolha do art. 785 do CPC.

O art. 785 é uma aberração jurídica.

É a contramão da normalidade e logicidade do que se espera de um processo judicial, e, em nosso sentir, só se justifica, ou melhor, só pode ser compreendido, numa “teoria da conspiração”, se ele fizer parte de uma manobra, ou melhor, se ele for uma peça de uma grande armadilha para extinguir a execução por títulos extrajudiciais, aproximando-se do antigo regime executivo do CPC de 1939 (em que se tinha a ação cognitiva executiva e a ação executória), em que todo processo de execução era lastreado e um título executivo judicial.

Embora este tópico não seja o adequado para esse tipo de discussão ou reflexão, a questão importante a ser refletida é que o ordenamento jurídico brasileiro não admite, ou simplesmente não aceita, que um título executivo extrajudicial possa ter a mesma eficácia abstrata que um título executivo judicial, ou, em outros termos, que um título executivo provisório (imaginem-se um acórdão impugnado por recurso especial ou extraordinário) possa ter um cumprimento de sentença com um itinerário executivo mais restrito (menos efetivo) que um título extrajudicial. A amostra dessa irresignação do legislador se manifestou de modo muito claro e inequívoco quando na década passada a Lei 11.382/2006 alterou a redação do então art. 587 para dizer que “é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)”. Com isso, o legislador derrubou a Súmula 317 do STJ (É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo), pois admitiu que a execução de título executivo extrajudicial se inicia como *execução definitiva* e pode se transformar em provisória sempre que o devedor oferecer apelação à sentença que julgar improcedentes os seus embargos à execução. No

CPC/2015 o legislador manteve a mesma regra, só que o fez no art. 1.012, §§ 1.º e 2.º, quando tratou o efeito suspensivo da apelação.

Sob esse raciocínio, o legislador confundiu e baralhou o fenômeno da *eficácia abstrata do título* com a sua *vulnerabilidade*, ou seja, acabou por “afetar ou restringir a eficácia” a partir do seu grau de vulnerabilidade. Teria sido mais simples se tivesse, simplesmente, atribuído efeito suspensivo *ex lege* aos embargos à execução (opostos à execução de título extrajudicial).

Deve ser o art. 785 mais um instrumento na orquestra destinada a tornar inoperantes os títulos executivos extrajudiciais que, nada obstante serem um avanço em relação à efetividade da tutela jurisdicional, acabam por ser uma forma de diminuir a interferência e o controle do Poder Judiciário na vida das pessoas, e isso, de certa forma, não deixa de ser uma restrição do seu poder. É incrível que, em vez de imprimir maior efetividade ao cumprimento provisório da sentença, o legislador seguiu caminho inverso, pois optou por retirar a eficácia dos títulos executivos extrajudiciais. Nada mais lamentável.

-
- ¹ José Miguel Garcia Medina. A sentença declaratória como título executivo – considerações sobre o art. 478-N, inc. I, do CPC. *Processo de execução civil*. Coord. Paulo Hoffman e Leonardo Torres da Silva Ribeiro; Flávio Cheim Jorge; Fredie Didier Jr.; Marcelo Abelha Rodrigues. *A terceira etapa da reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2006; Ferdinando Mazzarella. *Contributo allo studio del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1965; Salvatore Satta. *L'esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè, 1957; Julio Cesar Souza Rodrigues. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002; Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2004; Cleanto Guimarães Siqueira. *A defesa no processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; Sandro Gilberto Martins. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002; Teori Albino Zavascki. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999; Luiz Rodrigues Wambier. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: RT, 2006; Crisanto Mandrioli. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1957
- ² Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.
- ³ Aqui a expressão “limitadora da liberdade” corresponde, precisamente, aos meios de coerção que atuam sobre a vontade do executado, compelindo-o e estimulando-o a realizar a prestação devida.
- ⁴ Em relação ao processo de concretização de uma norma jurídica, pode-se dizer que são três as “modalidades de eficácia da norma”: a) a primeira, denominada “eficácia normativa”, resultante da incidência da norma no fato, casos em que se diz que a norma foi eficaz sob tal aspecto; b) a segunda, denominada “eficácia jurídica”, que ocorre quando o comando normativo mostra-se aplicável ao caso; c) a terceira, denominada “eficácia do direito”, que ocorre quando a perinorma é realizada no mundo real (dos fatos). Perceba-se que a tutela executiva atua justamente para as crises que comprometem a eficácia do direito, à medida que procura, forçosamente, atuar a norma jurídica concreta.
- ⁵ Propositadamente, usamos no texto do parágrafo anterior a expressão “em um primeiro momento”, porque o legislador processual desde a Lei 11.232/2005, posteriormente sacramentado pelo art. 515, I, do CPC de 2015, atribuiu natureza de título executivo judicial às “decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar

coisa”. Ora, essa “decisão” não precisa ser, necessariamente, um provimento condenatório, mas também uma declaração que reconheça todos os elementos de uma obrigação. Nesse caso, o legislador deu enorme passo à efetividade processual, nem tanto por dar “efeito executivo” a uma sentença declaratória que revele todos os elementos da obrigação, mas sim para evitar que o titular de um provimento desse tipo fosse ainda “obrigado” a ajuizar uma “ação condenatória” para obter um título executivo. Foi a adoção do pragmatismo em detrimento da teoria do título.

6 Em tempos de incremento e valorização da tutela específica – *o processo ofertar o mesmo resultado caso houvesse o adimplemento espontâneo* –, a sanção pelo inadimplemento não se resolve naturalmente pelas perdas e danos e pela incidência da responsabilidade patrimonial (o patrimônio do devedor responde pelo inadimplemento). Quando for possível, busca-se cada vez mais a obtenção da tutela específica, ou seja, a obtenção do mesmo resultado pretendido ou desejado na endonorma. Nessas hipóteses, a “sanção, ou perinorma, a ser efetivada é a própria realização forçada da endonorma”.

7 A irrelevância do grau de certeza para fins da eficácia executiva deveria ser a regra geral, pois tanto o título extrajudicial quanto o judicial têm a mesma eficácia executiva, podendo dar início e chegar ao fim da tutela executiva sem qualquer análise do conteúdo do documento representativo do crédito (título executivo). Não se pode confundir a *eficácia abstrata do título*, com a *vulnerabilidade do título*. Para essa característica o grau de certeza é de suma importância.

8 Ao revelar a norma jurídica concreta, ali está embutida a sanção (perinorma), que contém em si a eficácia executiva. Como adotamos a teoria unitária do direito, entendemos que os títulos executivos judicial e extrajudicial são, na verdade, normas jurídicas concretas derivadas de norma abstrata fixada no âmbito do Poder Legislativo estatal. Quando o juiz revela uma norma concreta (provimento judicial) que dá ensejo à execução, está, na verdade, reconhecendo que um determinado fato incidiu em uma norma abstrata que o previa, resultando na comentada norma concreta. O mesmo se passa em relação aos títulos extrajudiciais – já tomando de exemplo o documento particular assinado pelo credor e devedor e mais duas testemunhas (art. 784, III, do CPC). É que, nesses casos, o legislador processual cria a norma abstrata dizendo que sua concretização pode dar-se mediante ato particular. Assim, quem cria a norma abstrata, nela prevendo a endonorma e a sanção (perinorma), é o Estado. O particular tem apenas a possibilidade, delegada pelo Estado, de preencher o conteúdo da mesma, revelando a norma concreta, que poderá ser efetivada.

- ⁹ No Código de 1939, a tutela executiva bipartia-se mediante o uso da “ação executória” e da “ação executiva”. A ação executiva consistia em uma demanda especial que ensejava um procedimento que se iniciava com penhora (ato executivo), mas em seguida caía no procedimento ordinário, para formar no futuro um título judicial. Já a ação executória era a que instaurava um processo de execução que, naquele código, era fundada tanto em título judicial quanto extrajudicial. A rigor, na “executiva” a finalidade era a formação de um título executivo *judicial*, de forma que a satisfação pela via executiva sempre precisava ser alcançada mediante o uso de um título judicial (ação executória). Como se disse, a ação executória foi mantida no CPC de 1973, e no CPC de 2015 serve apenas para dar início ao processo de execução (títulos extrajudiciais), mas o procedimento relativo à ação “executiva” foi abolido, e pode-se dizer que as hipóteses de cabimento dessa demanda com procedimento especial em parte deram origem a títulos extrajudiciais e em parte contempladas como documentos que davam ensejo à propositura de demanda com o rito monitório (documento representativo de crédito sem eficácia de título executivo – art. 1.102-A do CPC de 1973). Com o novo CPC de 2015, manteve-se a ação monitória no art. 700.
- ¹⁰ Há hipóteses, como a execução por título judicial fundada em homologação de sentença estrangeira, sentença arbitral ou sentença penal condenatória, em que a regra da competência não segue o critério funcional previsto no inc. I do art. 516 do CPC, nos termos do inc. III desse dispositivo. Há hipóteses ainda (art. 516, parágrafo único) em que o legislador permitiu que a efetivação da norma jurídica concreta se desse em juízo diverso de onde foi revelada, desde que o patrimônio do executado (sobre o qual recairá a execução) estivesse em comarca diversa, ou então quando o executado domiciliasse em outra comarca. Tal escolha fica a critério do autor. Tem-se aí uma relativização da regra absoluta de manter no mesmo juízo a competência para revelar e atuar a norma concreta.
- ¹¹ Até mesmo o legislador constitucional cuidou dos títulos executivos extrajudiciais, ao dizer que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas, na análise de processos administrativos de sua competência, tem força de título executivo extrajudicial (art. 71 da CF/1988).
- ¹² O próprio art. 784, § 1.º, e o art. 969 do CPC avisam que a propositura de ação rescisória ou qualquer outra demanda relativa ao débito constante do título executivo não têm o poder de impedir a execução (processo de execução ou o cumprimento de sentença). Está aí comprovada a eficácia executiva abstrata que caracteriza qualquer título executivo.

- 13 O NCPC trouxe uma importante diferença do regime jurídico da oposição do executado em relação ao sistema antes vigente no CPC de 1973. Pela nova regra, como dito anteriormente, não há necessidade de *segurança do juízo* para oferecimento de embargos, tampouco da impugnação do executado. No sistema revogado, para oferecimento da impugnação do executado o prazo para seu oferecimento se abria da *intimação da penhora* (art. 475-J, § 1.º), dando a nítida impressão de que se privilegiava o título judicial quando comparado ao extrajudicial.
- 14 A Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 387, IV, do CPP ao prever que: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Em tese, com a nova redação, a sentença penal condenatória não seria um título liquidatório, mas sim executivo, dado o dever do juiz penal fixar o *quantum* indenizatório. O tema é tortuoso na doutrina e longe de estar sedimentada a discussão sobre a legalidade de um juiz penal, sem elementos mínimos e não discutidos no processo penal, fixar o *quantum* indenizatório de natureza cível. A orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça é de enxergar esta regra *cum grano salis*, ou seja, não vê nenhuma omissão se o magistrado penal não fixar o *quantum* quando não possua elementos para tanto, motivo pelo qual a sentença penal condenatória pode fixar apenas o *an debeat* e assim continuar a ser apenas um título liquidatório. “Agravo regimental no agravo em recurso especial. Condenação pelo delito de ameaça. Indenização do art. 387, IV, do CPP. Inexistência nos autos de elementos mínimos que permitam a fixação do valor. 1. Afirmando as instâncias ordinárias que inexistem elementos suficientes nos autos para a fixação dos danos causados pela infração, não há se falar em violação do art. 387, IV, do CPP. 2. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AREsp 594.182/DF, Rel. Min. Walter De Almeida Guilherme (desembargador convocado do TJSP), Quinta Turma, j. 16.12.2014, DJe 19.12.2014).
- 15 Obviamente, não se trata de prova propriamente dita, porque a prova do direito não é papel do título executivo. O que quer o legislador é que a execução seja iniciada com o documento que represente a condição ou termo realizados. Se prova fosse, estaria ferida aí a regra da abstração dos títulos executivos, obrigando-se o absurdo de se ter no início da atividade executiva um incidente cognitivo para saber se ocorreu ou não a condição ou termo. Nesse passo a redação do art. 514 (cumprimento de sentença sujeita a condição ou termo) é melhor do que a redação do art. 798, I, c, que fala em instruir a petição inicial da execução de título extrajudicial com a “prova” de que se verificou a condição ou o termo.

- 16 Também é misto o título executivo quando iniciada a execução fundada em título extrajudicial para entrega de coisa e esta (a coisa) vem a se deteriorar no curso do processo. Nesse caso, é necessária a conversão do procedimento para a execução por quantia para devedor solvente, após a apuração das perdas e danos devidos pela deterioração do bem que deveria ser entregue. Nesse caso, o incidente judicial a que alude o art. 809, § 2.º, será resolvido por decisão interlocutória de mérito dentro do processo de execução que apontará o *quantum* devido. Nesse caso – de execução por quantia certa contra devedor solvente –, toda norma concreta formada do título executivo é extrajudicial, exceto a parte relativa ao *quantum* devido, porque tal parte foi obtida mediante decisão judicial em incidente de liquidação ocorrido no curso do processo jurisdicional. Para o eventual controle jurisdicional do *quantum* a ser executado, deve-se obedecer à regra do art. 525 do CPC, enquanto todo o restante submete-se ao regime do art. 917 do CPC.
- 17 Ainda que o título seja uma *sentença declaratória* que contenha todos os elementos da obrigação, nas hipóteses do art. 20 do CPC, a tutela executiva só terá início se houver uma crise de adimplemento no plano substancial (inadimplemento).
- 18 Quando é necessário identificar o *quantum* devido ou individuar o objeto da obrigação, nos casos de condenação genérica (art. 491, I e II, do CPC).
- 19 Quando é necessário identificar o titular do direito, como nos casos de condenação genérica (art. 95 da Lei 8.078/1990), que tem aptidão para formar coisa julgada *erga omnes* (art. 103, III, da Lei 8.078/1990), nos termos da liquidação prevista nos arts. 97 e ss. do CDC (Lei 8.078/1990).
- 20 Permite-se, à primeira vista, a identificação dos legitimados ordinários à tutela executiva.
- 21 O Código de Processo Civil previu as “espécies de execução”, que nada mais são do que procedimentos específicos e adequados para cada tipo de obrigação que ele determina. Há, portanto, procedimento específico para obrigações de dar dinheiro (pagar quantia), entrega de coisa que não seja dinheiro (certa ou incerta, e fazer e não fazer). Desses troncos partem outros que levam em consideração a pessoa (Fazenda Pública) e o próprio direito tutelado (alimentos etc.).
- 22 O NCPC teve preocupação de evitar ao máximo a fase liquidatória nas obrigações de pagar quantia, porque se sabe que sempre acaba sendo uma chance a mais de o devedor protelar o feito. Nesse particular, não por acaso trouxe inovações sensíveis em relação ao sistema anterior, como se vê, precisamente no art. 491 do CPC ao dizer que: “Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de

correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: I – não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; II – a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença. § 1.º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação. § 2.º O disposto no *caput* também se aplica quando o acórdão alterar a sentença”. Percebe-se nesse dispositivo a nítida preocupação de evitar a fase liquidatória, evitando ao máximo uma condenação genérica.

23 Não há título executivo extrajudicial ilíquido, ainda que, eventualmente, tenha nome de “título executivo” no referido documento.

24 Toda ação é bilateral (autor e réu), e isso não se confunde com o que foi dito no texto. O que se quis dizer é que só o tempo vai mostrar qual a posição assumida pela jurisprudência em relação a esse dispositivo, uma vez que pela nova regra permite-se a interpretação de que o réu, na condição de réu, possa “sair” do processo, com uma sentença de improcedência, que eventualmente lhe sirva de título executivo contra o autor. Em nosso sentir, pois, apenas às sentenças declaratórias de procedência que reconheçam uma obrigação (art. 20 do CPC) é atribuída a eficácia executiva.

25 Registre-se que a multa pelo inadimplemento da sentença a que alude o art. 523 do CPC (cumprimento de sentença) pressupõe tratar-se de *sentença condenatória* onde teria havido a imposição de uma sanção que veio a ser descumprida pelo executado. Tanto que o texto fala em “no caso de *condenação* em quantia certa”.

26 Art. 91. São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984). I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984.)

27 A criação de títulos executivos extrajudiciais há algum tempo foi “descoberta” como importante técnica legislativa de tutela jurídica diferenciada, e isso, de alguma forma, tem inflacionado a criação (legislativa extravagante) desses títulos, inclusive com regras específicas pertinentes à execução.

28 O § 1.º do art. 784 do CPC, que faz questão de dizer que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo, não inibe o credor de promover a execução. Ao executado caberá opor-se mediante embargos (processo de execução) ou pela impugnação (cumprimento de sentença).

29 São exemplos de títulos de crédito fora do rol do art. 585, I, do CPC de 1973: “certificado de depósito bancário” (Lei 4.728/1969), “ações de sociedade por ações” (Lei 6.404/1976); “letra hipotecária” (Lei 7.684/1988); cédula rural pignoratícia

(Decreto-lei 167/1967); “certificado de investimento” (Resolução 145/1970 do Bacen); “cédula de crédito industrial” (Decreto-lei 413/1969) etc.

³⁰ É necessário que os ditos contratos representem obrigação líquida, certa e exigível, sob pena de não serem títulos executivos. É o que acontece com os contratos de abertura de crédito, que, por falta de liquidez no momento em que são celebrados, não são títulos executivos, conforme correta orientação do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 233 do STJ). O valor lançado posteriormente pelo banco é unilateral e, como se disse, não é feito na data da celebração do negócio jurídico. O mesmo se diga em relação aos contratos de corretagem, aos quais falta liquidez no momento de sua celebração. A indicação da percentagem sobre o valor a ser vendido não é suficiente para preencher o requisito previsto no art. 586 do CPC.

³¹ STJ, EDcl no REsp 541.267/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 12.12.2005, *DJ* 13.02.2006, p. 803.

³² Fato alertado pelo notável Professor Rodrigo Mazzei em palestra proferida na Universidade Federal do Espírito Santo, antes da vigência da Lei 11.382/2006, em 29.11.2006

³³ Segundo o art. 71, § 3.º, da CF/1988: “as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”. O Tribunal de Contas é órgão administrativo, e o processo que ali se forma é igualmente de índole administrativa. Apenas a decisão administrativa do Tribunal de Contas que tiver transitado em julgado no âmbito administrativo é que será título extrajudicial. Mas não é só isso. Somente a decisão administrativa que imponha débito ou multa é que terá a dita eficácia, excluindo-se qualquer outra referente à imposição de condutas de fazer ou não fazer ou devolução de bens que não sejam dinheiro. Por outro lado, a decisão absolutória do ordenador de despesas poderá ter a sua legalidade questionada em juízo, só que para afastá-la deverá a parte interessada, Ministério Público, por exemplo, requerer a anulação da decisão administrativa no processo jurisdicional. Não poderá, por exemplo, pedir a condenação de improbidade administrativa do ordenador de despesas sem antes requerer a anulação da decisão absolutória dessa mesma pessoa no Tribunal de Contas.

INADIMPLEMENTO E EXECUÇÃO CIVIL

1. CRISE DE ADIMPLEMENTO E EXECUÇÃO¹⁻²

Sempre que não houver o cumprimento espontâneo da obrigação ou do dever legal nascido de uma relação jurídica entre dois sujeitos, ou quando não houver cooperação (positiva ou negativa) de um sujeito decorrente de uma sujeição a um respectivo direito potestativo, nascerá, nesses dois casos, para o titular do sujeito ativo, um direito à obtenção da satisfação, *in concreto*, do direito que ele possui. Para essa modalidade de conflitos de interesses, à qual se dá o nome de “crise de adimplemento”, o ordenamento jurídico oferece como métodos adequados para debelar a crise as seguintes ferramentas processuais:

1. uma etapa ou fase ou módulo processual executivo (que o CPC denomina de *cumprimento de sentença*) e um processo de execução autônomo;
2. um procedimento especializado (típico ou atípico), cujas peculiaridades levam em consideração o tipo de direito exequendo; e
3. provimentos executivos instrumentais e finais que visam alcançar o resultado pretendido (medidas de coerção ou sub-

rogação), também típicas ou atípicas, que são impostos contra o executado mesmo contra a sua vontade.

2. CRISE DE ADIMPLENTO: A MORA E O “INADIMPLENTO”

Não há correspondência ou consenso entre o conceito legal e o doutrinário (civilista) do vocábulo “inadimplemento”. Para a doutrina, o inadimplemento e a mora constituem situações jurídicas distintas. Afirma-se que o inadimplemento corresponde sempre a um Estado jurídico resultante do descumprimento da obrigação ou do dever legal, que acarreta uma situação de impossibilidade ou inutilidade da realização da prestação antes devida. Já a mora corresponde sempre a um atraso no cumprimento da prestação devida, mas que não afasta a realização da mesma – que ainda se mostra útil ou passível de ser realizada. Vê-se, assim, que, para os civilistas, o inadimplemento e a mora são situações jurídicas distintas derivadas do não adimplemento da cooperação que não foi prestada.

Contudo, sob a perspectiva do direito objetivo (CPC e CC), tem-se que o inadimplemento corresponde ao não cumprimento da prestação devida revelada (reconhecida) no título executivo, e a tutela executiva presta-se para alcançar tanto o mesmo resultado originalmente esperado (nos casos de mora) quanto a tutela das perdas e danos decorrentes da impossibilidade ou inutilidade da prestação originariamente descumprida (inadimplemento em sentido estrito).

Pela redação do *caput* do art. 786 do CPC, tem-se como inadimplente caso o devedor “não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”.

Dessa forma, manteve o NCPC a regra de que o inadimplemento é requisito prático para promover a execução, e também de enunciar o momento em que ele se dá, ou seja, quando não é satisfeita a obrigação contida no título executivo. Como veremos oportunamente, o

inadimplemento é requisito (causa de pedir) para promover o processo de execução e também o cumprimento de sentença.

3. INADIMPLEMENTO COMO REQUISITO NECESSÁRIO DA TUTELA EXECUTIVA (ART. 786 DO CPC)

Já explicitamos anteriormente o sentido que deve ser emprestado ao conceito de inadimplemento quando o CPC afirma que ele (o inadimplemento) é requisito necessário para realizar qualquer execução (art. 786).³

Se o inadimplemento é uma situação de fato resultante de um ato comissivo ou omissivo do devedor, ele (o inadimplemento) não faz parte do título executivo, sendo, pois, algo extrínseco a ele.⁴

E por ser algo extrínseco ao título executivo, este não faz prova de que o este aconteceu, e, portanto, o inadimplemento não poderia ser um requisito ou pressuposto para a instauração ou desenvolvimento da tutela executiva.

Ora, se a demonstração do inadimplemento fosse realmente um requisito necessário para a instauração e desenvolvimento da tutela executiva, tal exigência entraria em contradição lógica com a eficácia “abstrata” imanente ao título executivo. E, se fosse necessário demonstrar o inadimplemento para propositura e atuação executiva, não haveria a denominada eficácia abstrata do título, que ficaria condicionada à existência da situação do inadimplemento.

Assim, por isso, quando se fala que o inadimplemento é um requisito necessário para a obtenção da tutela executiva, o que se quer dizer é que o exequente deve sustentar (afirmar, aduzir, alegar) em sua petição (processo autônomo) ou em seu requerimento inicial (cumprimento de sentença) que não ocorreu o adimplemento, que sua pretensão está insatisfeita, e, por isso,

é “necessária” a tutela jurisdicional executiva para trazer-lhe a satisfação pretendida.

Sob os olhos do exequente, portanto, a tutela executiva deve ser instaurada com a presença do título executivo e a mera afirmação de que a sua pretensão está insatisfeita e que é resultante de uma situação jurídica de inadimplemento causada pelo executado.

4. INADIMPLEMENTO E EXIGIBILIDADE

Já dissemos que o título executivo é o documento que representa uma norma jurídica concreta. Têm-se aí, nesse conceito, os aspectos “extrínseco” e o “intrínseco” do título executivo.

Também já vimos que tal norma jurídica concreta é que identifica os aspectos objetivos e subjetivos que permitem a execução. E é na norma concreta que se identificam os elementos que compõem o crédito exequendo: o sujeito ativo (a quem se deve); o sujeito passivo (quem deve); a existência do direito (se é devido); e o que é devido (objeto ou o *quantum*).

Feitas essas considerações, fica fácil perceber que a exigibilidade e o inadimplemento não têm o mesmo DNA. Enquanto a exigibilidade está atrelada aos elementos do “crédito”, o inadimplemento não faz parte dele. Mais que isso, a exigibilidade existe independentemente do inadimplemento, sendo lógica e cronologicamente anterior a ele. Destarte, o inadimplemento é uma situação de fato extrínseca ao título, não representada por ele, que consiste no não cumprimento do direito declarado no título.

Na verdade, o inadimplemento é o oposto do adimplemento; é o que gerou a crise que motiva a tutela executiva e que deixa o “credor” com uma pretensão insatisfeita que necessita ser debelada pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, a “exigibilidade” é uma situação jurídica que qualifica o próprio direito (crédito) que se adquire quando são superados os

fatos que impediam o exercício do direito. Alcança-se, pois, uma situação de exigibilidade do direito (seu exercício) quando se ultrapassam as condições (termo, vencimento, condição etc.) que impediam o seu exercício. Assim, v.g., um título de crédito com vencimento para determinada data só é exigível se e quando for ultrapassado o dito momento.

Assim, a exigibilidade corresponde a um aspecto intrínseco ao próprio crédito e que deve estar estampado no título executivo, permitindo, inclusive, a sua verificação de ofício pelo magistrado. Já o não adimplemento, simplesmente alegado pelo exequente, é situação jurídica extrínseca ao título e posterior à exigibilidade, obviamente, mas cuja prova *in concreto* depende de provocação do executado por intermédio de oposição do executado. Portanto, o fato de a dívida ser exigível não gera nenhuma conclusão acerca do não adimplemento; já o inadimplemento pressupõe uma dívida exigível.

O NCPC manteve a confusão antes existente no CPC de 1973, pois, ao tratar dos “requisitos necessários para realizar qualquer execução”, o título que atribuiu ao Capítulo IV do Livro II da Parte Especial distribuiu os tais requisitos em duas seções: a seção I, que trata do título executivo, e a seção II, que cuida da “exigibilidade da obrigação”. E a “confusão mantida” decorre do fato de que o art. 786 que encabeça a Seção II dispõe, na verdade, sobre o inadimplemento do devedor, e não da exigibilidade propriamente dita. Além disso, a exigibilidade, como requisito necessário da execução, assim como o são a liquidez e a certeza da obrigação, já devem estar estampadas no título executivo.

5. EXIGIBILIDADE E CONTRAPRESTAÇÃO NOS CONTRATOS BILATERAIS

Todo contrato é, por si só, um ato bilateral, porque apresenta um conteúdo mínimo envolvendo duas pessoas, um vínculo e um objeto. No

entanto, é classificado como “unilateral” ou “bilateral” se não estabelece ou se estabelece, respectivamente, obrigações recíprocas.

Por isso, contratos que possuem obrigações recíprocas entre as partes são denominados contratos bilaterais, tal como a compra e venda, em que o ajuste impõe ao vendedor a obrigação de entrega da coisa e ao comprador, o pagamento do preço. Assim, verifica-se que, nesses tipos de contratos de obrigações recíprocas (sinalagmáticos), cada uma das partes é ao mesmo tempo credora e devedora da respectiva obrigação recíproca, de forma que o dever de prestar a obrigação de uma das partes nasce exatamente da prestação a ser cumprida pela outra parte. Por isso, diz-se que o vendedor só entrega a coisa porque recebe o preço, e vice-versa. No CC, os contratos sinalagmáticos vêm previstos no art. 476, que assevera que “nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro”.

Partindo da premissa determinada pelo art. 476 do CC, e atento a eventuais problemas *in executivis* envolvendo a execução de obrigações sinalagmáticas, o CPC dispõe, no art. 787, que:

Art. 787. Se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo.

Parágrafo único. O executado poderá eximir-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa, caso em que o juiz não permitirá que o credor a receba sem cumprir a contraprestação que lhe tocar.

O citado dispositivo do CPC pretende dizer a mesma coisa que dispôs o art. 476 do CC, porém não conseguiu ser tão claro quanto o texto civil, cuja redação foi repetida do art. 1.092 do CC de 1916.

Como bem estabeleceu o texto civil (art. 476), o problema de reclamar a prestação de uma parte sem ter se desincumbido da sua diz respeito à “exigibilidade da prestação” (como corretamente enuncia o título

da Seção II do Capítulo IV), ou seja, não poderá ser exigida uma prestação pelo exequente se ele mesmo não cumpriu a sua parte, ou seja, não se desincumbiu da contraprestação, que é o que pretende dizer o art. 787 do CPC.

Com isso, o exequente só poderá “exigir” a prestação que lhe é devida se tiver cumprido a prestação que lhe toca. Tanto isso é verdade que o art. 798, I, *d*, do CPC determina que o exequente, ao propor a execução forçada, tem o ônus de provar, “se for o caso, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do exequente”, tudo sob pena de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 801 do CPC.

Portanto, a prova da contraprestação é documento essencial para desenvolvimento válido e regular da execução.

Observe-se que, se o exequente promove a execução sem ter feito essa prova ou sem ter cumprido a prestação que lhe toca, fica em uma posição de não poder exigir a prestação do executado (inexigibilidade da obrigação contida no título), e, por isso mesmo, carece de interesse-necessidade da tutela executiva.

Trata-se de matéria de ordem pública, não precluível. Em resposta à petição do exequente – caso ela não seja de plano indeferida pelo magistrado –, o executado poderá arguir a *exceptio non adimplenti contractus*,⁵ e o CPC permite que a sua arguição, em geral, seja feita mediante a oposição do executado impugnação (arts. 525, III, ou 917, I, do CPC).⁶

6. EXIGIBILIDADE E OBRIGAÇÕES SUJEITAS A CONDIÇÃO OU TERMO

A redação dos arts. 514,⁷ 798, I, *c*, e 803, III, do CPC determina mais um caso interessante acerca da exigibilidade da prestação, cujo efeito é

determinante para a tutela executiva. Lembre-se, contudo, de, embora o dispositivo dê margem ao entendimento de que as obrigações sujeitas a condição ou termo sejam representadas apenas por título judicial, a premissa é falsa, admitindo-se também a sua ocorrência em títulos extrajudiciais.

A simples observação do texto supracitado permite enxergar, sem maiores dificuldades, que se está cuidando das relações jurídicas que só podem ser exigidas depois de ocorrida determinada condição ou termo. Trata-se das relações jurídicas que no plano do direito material são condicionais, ou seja, existem determinadas relações jurídicas que são confeccionadas para produzirem efeitos depois de ocorrido um determinado evento futuro. Tais relações ficam em um estado de dormência, aguardando a ocorrência dessa condição ou termo para que possam ser exigidas pelo seu titular ativo. Antes desse termo, não há inadimplemento, e por isso não há possibilidade de se exigir o cumprimento da prestação que permanece sob condição.

No CC, o art. 121 considera condição “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Assim, a melhor doutrina separa a condição como o evento futuro e incerto, portanto imprevisível de acontecer, enquanto o termo seria o evento futuro e certo de acontecer, ainda que não se saiba precisar quando acontecerá.

Existem, pois, relações jurídicas que subordinam seus efeitos à ocorrência de determinada condição (ou termo). Assim, por exemplo, a empresa que se compromete a adquirir determinado maquinário de outra empresa, caso ela vença os certames licitatórios do qual está participando. Vencer ou não vencer a licitação é, no momento do contrato, um evento futuro e incerto, que pode ou não ocorrer. Assim, a empresa só poderá ser compelida a adquirir o maquinário tal se e quando sair vitoriosa do tal certame licitatório. Enquanto tal condição não acontecer, não será exigível

essa prestação. Sendo aspecto ligado à exigibilidade, tal requisito está ligado ao interesse de agir na execução, ou seja, se inexigível a prestação porque não ocorreu a condição ou termo, então se tem aí a ausência da necessidade da tutela jurisdicional executiva.

Assim, se o dito contrato é um título executivo extrajudicial,⁸ a ação de execução só poderá ser proposta se com a petição inicial o exequente fizer prova de que aconteceu o termo ou condição a que estava subordinada a obrigação, nos termos exatos do art. 514 do CPC. Por outro lado, tratando-se de “título executivo judicial”,⁹ uma de duas, ou a condição já se operou e a execução se opera normalmente, ou então a sentença decidiu uma relação jurídica condicional e a execução só poderá ser iniciada quando o termo ou condição se operar.

Por se tratar de matéria de ordem pública, sendo, pois, um requisito do interesse de agir na busca da tutela executiva, a demonstração da ocorrência da condição ou termo para a obtenção da tutela executiva poderá (deverá) ser analisada de ofício pelo magistrado, que deverá indeferir o requerimento inicial da execução caso tal requisito não esteja presente (art. 514 do CPC). Destarte, o executado poderá arguir em defesa (impugnação ou embargos) dessa matéria a qualquer tempo, pois, como se disse, está atrelada ao interesse de agir na execução.

-
- ¹ Sobre o tema, ver Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 79; Amílcar de Castro. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1963. t. I, v. X, p. 88; Francesco Carnelutti. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam. v. II, n. 541, p. 475; Araken de Assis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. VI, p. 75; Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 487; Teori Albino Zavascki. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999. p. 89; José Carlos Barbosa Moreira. *Execução sujeita a condição ou termo no processo civil brasileiro. Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 111 e ss.
- ² Talvez fosse mais bem apelidada de crise de cooperação, já que a palavra inadimplemento está vinculada às relações jurídicas entre pessoas (obrigações ou dever legal), e, como se sabe, nem sempre é essa modalidade de situação jurídica subjetiva que fundamenta a tutela executiva. A execução de um direito real agredido é exemplo disso, pois, às vezes, a tutela executiva tem por base uma insatisfação decorrente de um direito potestativo. Por isso, deve-se ler a expressão “crise de inadimplemento” com a devida extensão e amplitude para abraçar a proteção judicial executiva de “pretensões” fundadas em direitos potestativos, tal como se dá em uma execução real.
- ³ A influência do sistema italiano no CPC é o causador dessa “ginástica interpretativa” do conceito de “inadimplemento”, além, é claro, da necessidade de ver o problema com os olhos da evolução dos tempos e da própria ciência processual, que só recentemente tem sistematizado a tutela jurisdicional executiva. Assim, voltando às influências italianas, a verdade é que exigir o “inadimplemento” como requisito prático da tutela executiva naquele sistema faz sentido, porque a execução é precedida de ato (*preetto e notificazione*) que prenuncia a propositura da execução. Caso não exista oposição pelo devedor (*opposizione all'esecuzione*), tendo passado *in albis* o referido prazo, estará comprovado o “inadimplemento” como pressuposto fático para a promoção da execução. Aqui no Brasil não existe essa simetria com o modelo italiano, mas fica claro, tanto no cumprimento de sentença quanto no processo de execução, que o inadimplemento é pressuposto prático da execução. Só fazendo uma interpretação como a que foi dita (que o credor afirme em seu requerimento ou em sua petição inicial a ocorrência de uma pretensão insatisfeita) para se considerar preenchido o referido requisito do art. 786 do CPC.

- 4 Tanto é que a sentença declaratória da obrigação é título executivo, mas que só poderá dar início à execução quando se verificar o inadimplemento no plano material.
- 5 “A *exceptio non adimplenti contractus* paralisa a ação do autor ante a alegação do réu de não haver recebido a contraprestação devida; não se debate o mérito do direito arguido, nem o excipiente nega a obrigação; apenas contesta a sua exigibilidade, em face de não haver o *exceptio* adimplido o contrato” (Sílvio Rodrigues. *Direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. III).
- 6 Por mais paradoxal que isso possa parecer, a verdade é que o fato de o executado, verdadeiramente, ter ou não ter cumprido a sua obrigação (inadimplemento), tampouco de o exequente, efetivamente, ter cumprido a sua parte, isso não impede que seja manejada a execução. É que a mera demonstração (“prova”) da realização da contraprestação preenche o requisito da exigibilidade, muito embora possa ser questionada pelo executado a realização *in concreto* da contraprestação. Perceba-se que aqui é ainda mais tênue o liame entre a exigibilidade e o inadimplemento. A efetiva realização da prestação diz respeito ao inadimplemento, que o executado irá questionar mediante exceção de contrato não cumprido. A afirmação (e prova) de que foi feito o inadimplemento põe-se como obstáculo que precisa ser superado para ser exigível (necessidade concreta) da tutela jurisdicional executiva.
- 7 Art. 514. Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o cumprimento da sentença dependerá de demonstração de que se realizou a condição ou de que ocorreu o termo.
- 8 Se dito contrato não é um título executivo, o contratante terá de promover demanda cognitiva para obter um provimento que imponha uma condenação para o futuro, ou melhor, que declare a existência do crédito e, além disso, impõe uma exigibilidade potencial, que por isso mesmo retira essa sentença da classe das exclusivamente declarativas. Há mais do que simples declaração, porque há a imposição de cumprir a prestação tão logo ocorra a condição ou termo, tornando a prestação exigível a partir desse momento. Aliás, com a nova regra do art. 515, I, que permitiu que sentenças declaratórias tenham eficácia executiva, o problema da natureza da sentença do art. 514 parece em grande parte resolvido.
- 9 Não se confunde sentença condicional com a sentença que decida uma relação jurídica condicional. A primeira é nula de pleno direito porque vincula seus efeitos à ocorrência de determinado evento (v.g., o efeito condenatório depende da ocorrência de um evento). A segunda é perfeitamente válida porque nada mais faz do que revelar aquilo que já existe no plano do direito material. Decide sobre uma relação jurídica condicional existente no plano do direito material.

A RELAÇÃO PROCESSUAL EXECUTIVA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A derrocada do Estado liberal lançou ao chão diversos dogmas que dele eram projetados no direito processual civil. Um deles, sem dúvida – e talvez o mais importante –, do qual têm partido tantas e tantas inovações no campo do processo civil, foi a recolocação do processo no seu papel de “instrumento” destinado a dar resultados justos. Desse ponto de partida – “do direito público subjetivo à justiça e dever do Estado de prestá-la integralmente” – vários outros pontos de destaque têm sido revisitados, tais como a atuação do juiz, o regime jurídico das provas, a coisa julgada etc.

Um dos aspectos revisitados pela mudança de paradigma do Estado liberal para o Estado social, e que aqui nos interessa de perto, foi a releitura do princípio da instrumentalidade das formas, em que a nova postura introduzida exige que este seja aplicado mediante uma regra objetiva de simplificação do processo e do procedimento visando à obtenção do acesso à ordem jurídica justa.

Inegavelmente, fruto dessas mudanças tem sido a adoção, pelo legislador processual, dos denominados processos sincréticos instaurados para debelar as crises de cooperação, em que uma só relação processual é suficiente para englobar as aludidas atividades jurisdicionais cognitivas e

executivas. O legislador processual reconheceu que a autonomia da função jurisdicional executiva não depende da existência formal de um processo autônomo para cognição e outro para execução, ou seja, a função cognitiva e a função executiva não deixam de existir apenas porque são concedidas de forma conjugada e contida em uma só relação jurídica processual.

Diante do caminho trilhado pelo legislador processual, que hoje se encontra sedimentado no NCPC, resta claro que a atividade executiva é formalmente dividida em dois tipos:

- a) prestada mediante processo autônomo toda vez que a atividade executiva for fundada em título extrajudicial, exceção feita à sentença arbitral, sentença penal condenatória e à decisão que homologa sentença estrangeira;
- b) prestada mediante cumprimento de sentença, no qual a atividade executiva é fundada em título judicial, e realizada na mesma relação jurídica processual imediatamente após o término da fase ou módulo cognitivo.

A forma de realização dessa execução é a mais simples possível (procedimento simplificado), com a adoção da fungibilidade e atipicidade dos meios executivos a serem empregados, se for o caso de execução específica (arts. 536 e ss.). Tratando-se de execução de título judicial para pagamento de quantia, embora sem processo autônomo, há de se cumprir o itinerário dos arts. 523 e ss. do CPC, usando subsidiariamente as regras do Livro II da Parte Especial do CPC. Nesses casos, de execução de título judicial, a função estatal executiva é prestada mediante fase ou módulo processual executivo.

É preciso que fique claro que pouco interessa que o fato de a tutela executiva ser prestada por “módulo ou fase processual contida em uma mesma relação jurídica”, ou então mediante um “processo autônomo”, ou

então ser apelidada de “cumprimento de sentença”, não desnatura a natureza de relação processual executiva, que está presente nos dois casos.

2. A RELAÇÃO PROCESSUAL EXECUTIVA

2.1 A tessitura da relação processual executiva

A tessitura da relação processual executiva, prestada em fase processual ou formalmente autônoma, não discrepa das situações jurídicas ativas e passivas às quais se submetem os sujeitos do processo. Assim, apenas para usar os principais personagens, o juiz, o exequente, o executado são, em um ou outro caso, titulares de ônus, poderes, deveres, sujeição etc., em uma situação jurídica subjetiva passiva ou ativa, dependendo da posição processual que ocupem na referida situação processual legitimante.

Assim, por exemplo, o exequente tem o poder de postular a medida executiva; o juiz, de emitir o provimento satisfativo; o executado, o ônus de nomear bens à penhora; sempre, repita-se, no momento adequado e conferido pela situação legitimante haurida na relação processual.

2.2 Pressupostos processuais

Os requisitos processuais atrelados ao plano da existência e validade da relação processual executiva são os mesmos da relação cognitiva. Tratando-se de módulo executivo realizado em cumprimento de sentença (cognição e execução em um só processo), a relação processual só termina quando a fase executiva tem fim, e, por isso, a rigor, os pressupostos processuais não são “da execução”, mas, antes, da relação jurídica processual sincrética que envolve as duas atividades, e por isso têm de estar presentes do início da fase cognitiva até o fim da fase executiva, quando então terá cessado a relação jurídica processual como um todo.

Tratando-se de processo autônomo, os pressupostos processuais devem ser analisados desde o início da relação até o final da relação

processual executiva (processo de execução).

Entretanto, não se pode perder de vista que, sendo o processo uma técnica a serviço do direito material, um dos postulados mais importantes em relação ao processo é o da *instrumentalidade das formas*, ou seja, que o processo só existe como ferramenta que oferta ao jurisdicionado acesso à tutela jurisdicional justa. Por isso, qualquer *requisito* processual não pode deixar de ser visto sob o ângulo da *instrumentalidade das formas*, e a consequência disso é refletida diretamente sobre o sistema de invalidades, porque a ausência ou falha formal da técnica não necessariamente culminará na sanção de nulidade, ainda que a técnica esteja relacionada à existência ou validade da relação processual.¹

A análise da tutela obtida, bem como a verificação do prejuízo, processual ou material, são essenciais para determinar o regime da decretação de invalidades no processo civil.

2.3 A competência na execução

A competência na execução variará conforme se trata de execução fundada em título judicial ou extrajudicial. Nesse caso, a execução é feita mediante processo autônomo, e aplica-se a regra do art. 781 do CPC. Contudo, tratando-se de execução fundada em título judicial, a regra da competência comporta variações. Tratando de cumprimento de sentença de uma obrigação específica (arts. 536-538), a efetivação da sentença será imediatamente feita pelo órgão prolator da decisão, ou seja, não há cisão da competência, e por isso o mesmo juízo formula e vincula a norma jurídica concreta. Todavia, tratando-se de cumprimento da sentença para pagamento de quantia, embora a regra continue a ser a de que o juízo que executa é o mesmo que profere a sentença, agora o art. 516, parágrafo único, expressamente admite a relativização dessa competência funcional, permitindo que o exequente requeira no juízo de origem a remessa dos autos no juízo da execução quando, por exemplo, os bens do executado

situarem-se em outra comarca, tal como foi mais bem explicado neste trabalho quando abordamos sobre a execução para pagamento de quantia.

Em tempo, o art. 516 relembra que, tratando-se de execução fundada nos títulos executivos judiciais do inc. III, por razões lógicas de incompetência absoluta, o juízo da execução será diverso do da cognição.

2.4 A finalidade da relação processual executiva

A função jurisdicional executiva, embasada em título executivo, precedido ou não de prévio contraditório judicial, tem por finalidade a realização prática da norma jurídica concreta revelada (provisória ou definitivamente) pelo Poder Judiciário.

Já dissemos que a referida função pode ser feita no mesmo processo (cumprimento de sentença) ou em processo autônomo (títulos extrajudiciais). Assim, em um ou outro caso, a finalidade é exatamente a mesma, alterando apenas a técnica ou caminho de sua realização. O que se quer é tornar “real” (prático) o direito exequendo, dotando-o de eficácia social, já que ele não foi espontaneamente cumprido pelo vencido.

Registre-se, entretanto, que nas hipóteses de autonomia formal o desfecho normal do processo de execução será a obtenção de uma sentença que formalmente declare o fim da execução em razão de ela ter sido frutífera.

Isso implica dizer que é uma sentença que põe fim à sequência de atos destinados ao fim almejado. Essa é a sentença “normal” do processo executivo, e por isso diz-se que o referido processo é de desfecho único. Já nos casos de execução imediata em processos sincréticos há um processo com duplo objeto, em um invulgar acúmulo sucessivo de pedidos (cognitivo e executivo), e a atividade jurisdicional só termina quando o segundo objeto é entregue (*rectius* = realizado), em um fenômeno de materialização da sentença mediante atos de execução (coerção e/ou sub-rogação).²

2.5 Procedimentos executivos

O sistema procedimental da execução não guarda similitude com a tutela cognitiva. Não obstante existirem modelos procedimentais também na execução, não há, por assim dizer, um “modelo-padrão” que seja assim, nesses termos, tomado como ponto de partida para os demais.

Na atividade executiva, o modelo procedimental é variável de acordo com a “natureza do direito exequendo” (pagar quantia, entrega de coisa, fazer e não fazer), que ainda pode se ramificar de acordo com o titular ativo ou passivo da obrigação (Fazenda Pública, execução fiscal, devedor solvente e insolvente etc.). A divisão procedimental também pode ser feita, ou classificada, a partir de aspectos fornecidos pelo direito processual, porque hauridos a partir da finalidade dos atos executivos realizados ou a realizar em cada modalidade de execução.

Nesses termos, denomina-se execução por expropriação (pagamento de quantia), desapossamento (entrega de coisa) e transformação (fazer e não fazer). Tais “modelos procedimentais” correspondem àquilo que o legislador denomina “diversas espécies de execução”.

Tratando-se de cumprimento de sentença, nos quais a atividade executiva é imediata e sequencial à fase cognitiva, adota-se a regra da “atipicidade” e “fungibilidade” dos meios executivos, quebrando bastante o rigor da sequência ordenada dos procedimentos executivos previstos no Livro II, Parte Especial, do CPC.

Essa regra, estatuída no art. 536 do CPC, atribui certa “liberdade necessária” ao magistrado para ele definir qual o melhor caminho – a melhor sequência de atos executivos – para alcançar a satisfação do direito declarado em uma norma jurídica concreta provisória ou definitiva. Todavia, isso não implica dizer que não exista um procedimento para tais hipóteses, mas sim que existe uma “forma procedimental atípica”, preocupada apenas em realizar o direito, respeitados os limites políticos ou naturais da atividade executiva. Enfim, a inexistência de um engessamento

procedimental permite que o magistrado defina qual a sequência e quais as medidas executivas que serão empregadas, visando a obter mais celeremente a tutela jurisdicional.

Frise-se, pois, que isso não desnatura, portanto, que as medidas executivas sejam tendentes à obtenção de uma entrega de coisa (desapossamento), ou pagar quantia (expropriação), ou fazer e não fazer (transformação), pois o destino e finalidade são determinados pelo direito exequendo. As técnicas processuais são apenas ferramentas que gravitam em torno do (e para o) direito material.

A simplificação da atividade executiva no cumprimento de sentença faz que ela seja considerada uma simples técnica de cumprimento da norma jurídica concreta fundada em título provisório ou definitivo. Ao contrário, nas modalidades com autonomia formal – processo de execução –, permite-se a identificação de fases ou momentos procedimentais definidos em razão da previsibilidade do itinerário a ser percorrido pelo “processo de execução”.³

As fases do procedimento executivo nos processos de execução (autônomo) podem, por razões meramente didáticas, ser distribuídas da seguinte forma: a) fase postulatória; b) fase instrutória; e c) fase satisfativa.

A primeira é marcada pelo ajuizamento da petição inicial executiva; a segunda, pela preparação da execução para a fase satisfativa (v.g., depósito da coisa na execução para entrega de coisa e penhora e avaliação na execução para pagamento de quantia). Já a terceira fase é a mais almejada pelo exequente e marca o fim (normal) do procedimento executivo, quando há a satisfação do crédito exequendo.

3. CUMULAÇÃO DE EXECUÇÕES

Toda pretensão executiva deve fundar-se em título executivo que corporifica um direito líquido, certo e exigível. Há situações, entretanto, em que um mesmo direito exequendo fundamenta-se em mais de um título

executivo, e, nesses casos, ter-se-á um só direito, porém embasado em mais de um título executivo que lhe dê sustentação. É o caso, muito comum, de o próprio negócio jurídico ser um título executivo (art. 784, II) e, ao mesmo tempo, ser garantido por outro título (hipoteca, fiança etc.). Nesse sentido, já se posicionou, sumularmente, o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 27), no sentido de que “pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativo ao mesmo negócio”.

Em tais situações, pensamos, o exequente deve expor claramente na sua demanda que a execução civil iniciada tem o propósito de satisfazer uma mesma pretensão com base em mais de um título, que é juntado na respectiva demanda instaurada, que, portanto, poderá ser proposta contra o devedor principal e contra o garantidor, desde que fundada nos respectivos títulos.

Desse modo, pensamos que a propositura em separado e concomitante de duas demandas executivas (duas vias eleitas), sendo uma proposta contra o devedor principal, aparelhada em instrumento de contrato, e outra fundada em título dado em garantia, configura um ferimento direto ao art. 805 do CPC (princípio do menor sacrifício possível), ferimento ainda da regra lógica de que dois caminhos processuais que visem a tutelas equivalentes ou idênticas não podem ser utilizados, e, também, porque faltaria interesse de agir (necessidade), de pleitear o mesmo crédito duas vezes, em separado, configurando hipótese de *bis in idem*.

A hipótese da Súmula 27, extraída do art. 780 do CPC,⁴ permite que uma só execução seja fundamentada em mais de um título, hipótese distinta de duas ou mais execuções fundadas em um mesmo título. Se não existe aqui, em sentido técnico e estrito (critério processual), uma duplicidade de litispendências, porque o executado poderá ser diferente, a verdade é que, sob o ponto de vista material, é o mesmo crédito que está sendo pleiteado mais de uma vez, e, por isso, falecerá ao exequente (o mesmo em todas elas) o requisito da necessidade da tutela jurisdicional.⁵

Destarte, não só é possível que se tenha uma execução fundada em vários títulos, como dito *supra*, mas também a verdadeira cumulação objetiva de execuções, na qual haja mais de um título executivo, cada um deles representando um (distinto) crédito exequendo. Nesses casos, de típica cumulação objetiva simples, verifica-se que há permissão do art. 780 do CPC ao mencionar que é lícito ao exequente, sendo o mesmo executado, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, de que para todas elas seja competente o juiz, e idêntico o procedimento. A regra, em si, guarda semelhança com o art. 327 do CPC, lembrando, portanto, que os requisitos para que seja possível tal cúmulo são o “mesmo credor”, o “mesmo devedor”, que o juízo não seja absolutamente incompetente para conhecer de algum deles, que exista compatibilidade procedimental (mesma espécie de execução).

Lembre-se que não se exige que exista qualquer conexão ou afinidade entre os créditos que se pretende cumular na mesma execução civil. Formalmente, a relação jurídica processual é única, porém materialmente é informada por mais de uma pretensão insatisfeita. Lembre-se que a cumulação indevida de execuções poderá ser objeto de oposição do executado nos termos dos arts. 525 ou 914 e ss. do CPC.⁶

Insta dizer ainda que é possível que a mesma obrigação seja lastreada em mais de um título executivo, ou seja, mais de um documento represente o crédito líquido certo e exigível, podendo o exequente optar por qualquer um deles ou até mesmo juntar todos eles em sua demanda executiva. Em casos como este já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que [...] A execução pode fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio jurídico. Reconhecida a nulidade de um desses títulos, poderá a execução prosseguir com relação aos outros (REsp 397.637/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 22.05.2003, DJ 23.06.2003, p. 353).

Tendo em vista a diversidade de procedimentos envolvendo os títulos judiciais e extrajudiciais, pois o primeiro se efetiva por cumprimento de sentença, enquanto o segundo por processo de execução autônomo, não nos parece possível a cumulação de ambos, ainda que a espécie de obrigação seja a mesma.

4. TUTELA DE URGÊNCIA NA EXECUÇÃO

As situações de urgência que acometem as vidas das pessoas não escolhem hora, local ou momento para acontecerem, e, a rigor, sempre achamos que ocorrem justamente no momento menos propício ou menos adequado para resolvê-las. Assim como o processo civil tem de estar preparado para dar resultados justos, deve também estar adequadamente aparelhado para dar resultados efetivos, que contemplem, portanto, técnicas que consigam, dentro do máximo possível, minimizar os efeitos nocivos do tempo, evitando que situações urgentes comprometam a eficácia do próprio instrumento ou do direito material nele contido. São as técnicas de tutela preventiva do processo e as técnicas preventivas do direito material.

Embora seja extremamente festejada no processo de cognição, a técnica de tutela urgente dos arts. 294 e ss. do CPC não foi projetada para o processo de execução, em razão da simples e pueril afirmação de que não há, pelo menos em tese, o que satisfazer ou acautelar na execução, já que esta (a execução) justamente realiza o direito contido no título.

Todavia, “na prática” a coisa não funciona assim de forma tão simplista como pensa o legislador, porque tanto no cumprimento de sentença quanto no processo de execução autônomo ainda existe um itinerário executivo a ser seguido para cada espécie de execução. Nesse passo, torna-se evidente que em um procedimento de cadeia fechada, por mais que exista uma atipicidade de meios, existe a possibilidade de surgirem inúmeros incidentes e acidentes de percurso que retardem a satisfação do direito, o que, na verdade, é algo bastante comum. Enfim,

nenhum processo é instantâneo, e algum tempo leva para se obter a tutela jurisdicional, inclusive a executiva. É possível que o tempo de espera da satisfação sacrifique também o resultado a ser obtido no próprio resultado da execução. Por isso, pensamos que também é possível a utilização da técnica de antecipação da tutela no processo autônomo de execução, sendo relevante observar que o título executivo é atestado mais do que suficiente da “prova inequívoca do direito alegado”, cabendo ao exequente demonstrar a existência da situação de urgência (*periculum in mora*) que justifica a medida antecipada.

Por isso, onde se lê no art. 799, VIII, que compete ao credor requerer na petição inicial da execução, se for o caso, “as medidas urgentes”, não se deve fazer uma interpretação restritiva do dispositivo imaginando que aí estariam contempladas apenas as medidas cautelares genuínas de prevenção do processo, senão, antes, também as medidas urgentes satisfativas, pois, caso contrário, seria estimular, v.g., que o titular de um título extrajudicial (eficácia executiva abstrata) busque a tutela jurisdicional cognitiva porque esta lhe ofertaria técnicas de obtenção de resultado mais eficazes que o próprio processo de execução. Não por acaso, inclusive, que o art. 294, parágrafo único, trata a urgência como o tronco comum de onde se esgalham a tutela cautelar ou satisfativa.

5. SUSPENSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL EXECUTIVA

5.1 Noções preliminares

Toda atividade jurisdicional realizada por meio de processo tem um início e um fim. Aliás, a rigor, o processo nasce para chegar ao fim, que, diga-se de passagem, é justamente o momento mais esperado pela parte que anseia a tutela jurisdicional. Por isso, todas as vezes que a sequência de atos processuais é interrompida – por uma causa interna ou externa – com o

sobrestamento do itinerário procedimental até que a causa incidental seja cessada, quando então retorna ao seu curso normal, tem-se aí uma “crise do procedimento”, que, a bem da verdade, não constituiu um problema exclusivo do processo de execução, mas que aqui será analisada sob o manto da “suspensão da execução”, nos termos dos arts. 921 e ss. do CPC.

5.2 Causas suspensivas e impeditivas da execução

É importante que fique claro que a suspensão da atividade jurisdicional (nesse particular interessa-nos apenas a execução) representa, em geral, uma crise ou uma patologia que aflige o procedimento seguido pela relação processual, que vê o seu caminho interrompido, destinado à satisfação da norma jurídica concreta. Todavia, se o normal é que o itinerário procedimental desenvolva-se sem percalços, então tem-se que tais hipóteses de “crises de suspensão” estão sempre ligadas a um fato ou situação jurídica incidental que tem o condão de sobrestar o andamento típico e vulgar do feito.

No âmbito do estudo das hipóteses de “suspensão da execução”, verifica-se, a par da leitura do art. 921,⁷ que as figuras ali descritas não guardam relação de homogeneidade em relação à natureza das mesmas, senão apenas pelos efeitos de todas elas (sobrestamento da execução). É que, do ponto de vista ontológico, as causas denominadas “causas suspensivas” comportam alguma diferenciação importante de ser evidenciada. Assim, do ponto de vista da sua gênese, as referidas causas podem ser identificadas como “suspensivas” e “impeditivas”, muito embora, em relação ao efeito que produzem, ambas, indistintamente, enquanto presentes, suspendam a execução.

A despeito das diferenças terminológicas adotadas pelo Código que baralha a causa suspensiva com a impeditiva, pode-se dizer que a causa suspensiva é sempre externa à atividade executiva, e, por imposição de um fato jurídico involuntário (força maior ou caso fortuito) ou voluntário (ato

jurídico ou negócio jurídico processual), o legislador reconhece que em tais casos o processo ou a atividade executiva (cumprimento de sentença) ficam sobrestados até que cessem os efeitos da causa suspensiva. Já a causa impeditiva da atividade executiva é algo que está internamente relacionado com a essência ou a eficácia dos atos executivos, de tal forma que a sua ocorrência impede (paralisa) o itinerário do procedimento executivo.

São exemplos da primeira hipótese as regras do art. 921, I e II, do CPC. São hipóteses da segunda a situação descrita no art. 921, III e IV, etc.

Como se disse anteriormente, a causa impeditiva corresponde à existência de algum fato íntimo à execução que interrompe o itinerário processual de tal forma que a paralisação só cessa quando a referida condição ou situação jurídica impeditiva é cessada. Como a atividade jurisdicional é prestada mediante um processo que caminha por um encadear de atos destinados a um fim, tem-se a causa impeditiva quando um determinado elemento de formação de um ato dessa cadeia não se realiza, impedindo o seu prosseguimento.

No artigo eleito pelo CPC (art. 921) para cuidar das hipóteses de “suspensão da execução”, verifica-se que o rol ali previsto contém causas suspensivas e impeditivas, todas sob o mesmo rótulo. Ademais, diga-se de passagem, contém apenas alguns exemplos de ambas, já que tantas outras são as hipóteses de suspensão e impedimento da execução. Por fim, é importante salientar que as causas da suspensão e extinção da execução previstas nos arts. 921 e ss. do CPC se aplicam tanto ao cumprimento de sentença quanto aos processos autônomos de execução.

5.3 Hipóteses de causas impeditivas da execução

5.3.1 Ausência de bens a penhorar (art. 921, III, do CPC)

Tomando como ponto de partida ele mesmo, o art. 921, tem-se no inc. III a regra de que: suspende-se a execução quando o executado não

possuir bens penhoráveis.

Ora, caso se trate de execução para pagamento de quantia⁸ e seja impossível a satisfação da execução, já que o pagamento não pode ser realizado porque inexistem bens a serem penhorados, adjudicados, ou, ainda, se impossível a realização do recebimento de frutos e rendimentos, certamente haverá um impedimento lógico ao prosseguimento da execução. Como toda e qualquer execução funda-se na responsabilidade patrimonial, parece evidente e fora de dúvida que, se bens não existem para satisfazer o crédito devido ao exequente, outra não será a solução senão suspender o que já se encontra naturalmente obstado pela ordem natural das coisas. Registre-se, todavia, que é importante a declaração (*ope legis*) judicial da suspensão do processo para o exequente evitar a arguição de prescrição intercorrente por parte do executado.

5.3.2 *Prestação de caução no cumprimento provisório da sentença (art. 521, IV)*

Consoante determina o art. 521, IV, do CPC – destinado ao cumprimento provisório da sentença –, quando o exequente pretender o “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”, não será possível a realização dos referidos atos executivos de satisfação da norma jurídica concreta (provisória) sem que o exequente requeira e preste caução idônea, assim reconhecida pelo magistrado. Logo, verifica-se que a referida exigência da contracautela põe-se como condição necessária à realização dos referidos atos executivos, ou, se preferir, não poderá praticar os referidos atos se não for prestada ou não for aceita pelo juiz a caução prestada pelo exequente.

Por isso, caso o cumprimento provisório de sentença tenha superado todas as fases executivas e nada há mais a fazer senão alienar o domínio ou

levantar a quantia, resta claro que a prestação de caução idônea é requisito intrínseco à realização completa da atividade executiva, que ficará impedida de prosseguir enquanto não cumprida a exigência mencionada. Tem-se aí uma hipótese de ato necessário à atividade executiva fundada em título instável, que, se não for atendido, coloca-se como óbice ao prosseguimento do procedimento executivo.

5.3.3 *Penhora sobre ação e direito do devedor (penhora no rosto dos autos – art. 860 do CPC)*

Consagrada no art. 860 do CPC⁹ encontra-se a “penhora no rosto dos autos”, que corresponde, precisamente, às situações em que a constrição (penhora) judicial na execução por quantia certa (processo A) incide sobre um bem jurídico que está sendo objeto de ação em outro processo (processo B). Assim, realizada a penhora sobre o bem que é objeto do processo B, a execução (processo A) não poderá avançar além disso, porque deve aguardar a solução dada no processo B, no qual foi feita a penhora, pois, enquanto não for entregue o bem ou transferido o valor para o credor do processo B, que é devedor do processo A, este não poderá prosseguir. E pode acontecer que o destino do bem penhorado seja desfavorável ao executado do processo A, caso em que, não havendo outros bens, ficará o processo A impedido de prosseguir, devendo ser requerida sua suspensão (*rectius* = impedimento) que será deferida com base na hipótese do art. 921, III, do CPC.¹⁰

5.3.4 *Concurso particular de credores e exequentes (arts. 908 e 909 do CPC)*

Outra figura que constitui um fato impeditivo e obstaculizador do deslinde normal do procedimento executivo é o incidente processual causado pelo concurso particular de credores ou exequentes, previsto nos

arts. 908 e 909 do CPC. Tal incidente tem lugar sempre que, coexistindo execuções contra um mesmo devedor e em tais execuções um mesmo bem do devedor é objeto de penhora, logo após a arrematação e antes de ser feita a entrega do dinheiro, é possível que os demais exequentes¹¹ que penhoraram o mesmo bem provoquem o “concurso particular de exequentes”, para que seja definido, entre os exequentes, aquele que tem primazia no recebimento do dinheiro, devendo o juiz usar como critério de julgamento a anterioridade do direito de preferência entre os exequentes.

Esse direito de preferência pode ser estabelecido pela lei civil ou pela lei processual (penhora), prevalecendo o critério da anterioridade. Assim, enquanto não resolvido esse incidente processual, não poderá ser feito o pagamento do dinheiro obtido com a arrematação do bem, e, por isso, fica paralisado o procedimento executivo. Há, pois, de se resolver essa questão, que é antecedente lógico e cronológico ao pagamento.

5.4 Hipóteses de causas suspensivas da execução

As hipóteses de suspensão – e não de paralisação do procedimento executivo – vêm descritas também no mesmo art. 921 do CPC. Na verdade, o dispositivo manda aplicar à execução as hipóteses previstas nos arts. 313 e 315 (no que couber), além de dizer, no inc. II, que será caso de suspensão do processo de execução quando “no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução”. Obviamente que a regra se aplica, também às hipóteses em que a impugnação ao cumprimento de sentença foi deferido o efeito suspensivo.

Assim, nem os embargos do executado (utilizáveis nos processos de execução fundados em título extrajudicial) nem a impugnação do executado ao cumprimento de sentença possuem, *ex lege*, o poder de provocar a suspensão da execução.

5.4.1 Efeitos da suspensão

O regime jurídico da suspensão da relação processual executiva é definido nos arts. 921 e ss. do CPC, que deixam bastante claro que a suspensão da execução depende de ato judicial reconhecendo a suspensão requerida pelas partes¹² (negócio processual), ou nas hipóteses previstas no Código que não foram exaustivamente narradas nesses dispositivos. A suspensão da execução não implica fim do estado de pendência, mas apenas que o procedimento executivo fica sobrestado dali para frente, não se realizando nenhum ato processual após a declaração da suspensão, salvo se, nos termos do art. 923 do CPC, a requerimento das partes ou de ofício (quando assim permitir a lei), o juiz ordenar a realização de providências urgentes, sejam elas cautelares ou satisfativas. Uma vez cessada a causa suspensiva, uma de duas: ou o procedimento executivo retoma o seu curso normal, ou, dependendo da resolução da causa suspensiva, haverá a extinção do processo executivo, v.g., como no caso de suspensão da execução para que o devedor cumpra a obrigação.

6. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

6.1 Extinção do “processo” de execução

Como já afirmado por José Carlos Barbosa Moreira, a dicção do art. 794 do CPC de 1973 não era um primor de técnica, seja no aspecto semântico, seja na tradução do modelo que lhe serviu de inspiração.¹³ O NCPC trocou o referido dispositivo pelo art. 926 que melhorou bastante a redação, mas o novo texto ainda contém defeitos.

Não obstante a imperfeição do texto, é no arts. 924 e 925 que está regulamentada a extinção da execução. Aprioristicamente, as hipóteses de extinção da execução referem-se ao processo de execução, e não propriamente ao cumprimento de sentença, embora, subsidiariamente as hipóteses ali descritas possam se encaixar em situações processuais que aconteçam na efetivação de títulos judiciais em processos sincréticos.

6.2 A sentença no processo de execução

Ao contrário do processo cognitivo, que é destinado à revelação da norma concreta e que admite como “desfecho normal” – extinção normal – uma sentença de mérito de procedência ou improcedência, o processo de execução ou o módulo de execução (cumprimento da sentença) caracteriza-se pelas atividades jurisdicionais voltadas à satisfação da norma concreta já revelada em título executivo, e, portanto, admite como “desfecho normal” apenas o resultado que seja a satisfação do exequente. Repita-se, então, que o processo ou módulo de execução é de desfecho único, porque construído com a finalidade de concentrar os atos executivos tendentes à atuação da norma concreta.

Por isso mesmo, quando se fala em “sentença” no processo de execução ou que põe fim à fase executiva do cumprimento de sentença, não é de melhor técnica utilizar a nomenclatura do art. 487, I, do CPC (procedência e improcedência), porque, a rigor, ou o processo executivo satisfaz (execução frutífera) ou não satisfaz (execução infrutífera) o credor exequente.

Portanto, a sentença no processo de execução declara a extinção do processo de execução para reconhecer se este serviu ou não à satisfação do direito exequendo. O ato de satisfação do exequente se dá antes de ser extinto o processo ou a etapa executiva.¹⁴

6.3 O rol do art. 924 do CPC

Não obstante a redação do art. 924 do CPC, de que o rol ali contido é taxativo (o legislador utiliza a expressão “quando”), é fora de dúvida que o dispositivo não contempla todas as hipóteses de extinção do processo executivo. As hipóteses de acolhimento dos embargos do executado, a desistência da execução, a extinção do processo executivo pela ausência de pressuposto processual ou condição da ação, eventualmente conhecidas de

ofício, são exemplos de que o rol do art. 924 é tímido e não contém todas as hipóteses de extinção da execução.

6.3.1 *Art. 924, I (a petição inicial for indeferida)*

A petição inicial tem requisitos que devem ser atendidos pelo exequente, seja em relação ao que deve instruir e o que requerer. Várias são as hipóteses de extinção da execução por falha ou defeito que leve ao indeferimento da petição inicial. Contudo, assim como no processo de cognição, a petição inicial só será indeferida depois de aplicada a regra do art. 801 que assim diz: “Art. 801. Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento”.

6.3.2 *Art. 924, II (a obrigação for satisfeita)*

A satisfação da obrigação pode se dar por diversas formas, inclusive na remota hipótese de o devedor remir o que lhe for devido. A realização dos atos executivos pode levar à satisfação do crédito exequendo, caso em que a execução será frutífera. É bom lembrar que a “satisfação da obrigação” pode se dar, inclusive, por aquele que não era o devedor principal, mas apenas o garantidor da obrigação, e, portanto, sujeito à responsabilidade patrimonial. O que importa no presente dispositivo – enfim, o que pretende dizer – é que a execução é extinta quando o crédito é satisfeito, pouco importando se por ato do devedor ou não, tal como aqui demonstrado. É importante registrar que a “satisfação” aí mencionada refere-se ao recebimento pelo exequente do que lhe é devido, principal (obrigação de pagar, fazer ou não fazer ou entrega de coisa) ou acessório (custas e despesas processuais etc.).

6.3.3 *Art. 924, III (o executado obtiver, por qualquer meio, a extinção total da dívida)*

O dispositivo em tela engloba qualquer hipótese de extinção da dívida livrando o devedor. Assim, seja por transação, remissão, conciliação etc., havendo a extinção da dívida, dela estará livre o executado, o que será reconhecido por sentença de extinção da execução. Nesse caso, uma sentença atípica, posto que o normal ou esperado no processo de execução é a hipótese descrita no art. 924, II, do CPC. Não é demais lembrar que a transação é meio de que se utilizam “os interessados para prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (art. 840 do CC). Remissão é o perdão que o credor concede ao devedor, liberando-o, gratuitamente, da obrigação. É, pois, uma renúncia de direito (art. 385).

Esse dispositivo deve ser interpretado de forma que as hipóteses de transação, conciliação e remissão sejam apenas exemplos de meios extintivos das obrigações, que, ocorridos no plano substancial, influenciam diretamente no objeto do procedimento executivo, ou seja, deverá ser extinta a execução quando ocorrer qualquer meio extintivo da obrigação – dação em pagamento, art. 356 do CC; confusão, art. 381 do CC; compensação, art. 368 do CC –, porque nesses casos não haverá mais interesse na satisfação da norma jurídica concreta. Desaparecido o crédito, desaparece igualmente o interesse na demanda executiva!

6.3.4 *Art. 924, IV (o credor renuncia ao crédito)*

Nesse dispositivo fica evidente a falha do legislador quando traduziu equivocadamente o art. 677, § 4.º, do Código do Vaticano (art. 696 do Projeto Carnelutti). O erro foi repetido pelo NCPC (art. 924, IV) que manteve o teor do art. 794, III, do CPC de 1973.

Como já se disse, os referidos diplomas serviram de fonte imediata para o legislador brasileiro do CPC de 1973, especialmente nos temas da

suspensão e extinção da execução. Contudo, faltou cuidado ao legislador brasileiro quando traduziu o vocábulo *rinunziare* do texto do Vaticano como se fosse “renúncia ao direito”, quando o texto lá significa “renúncia à execução”.

Para nós, renúncia à execução corresponderia a “desistência da execução”, portanto, apenas do procedimento (técnica) executivo. Isso que foi dito se comprova porque a hipótese de renúncia ao crédito exequendo no Código do Vaticano está no dispositivo do art. 677, § 2.º (projeto, art. 694) – “[...] la remissione dell’obbligo o della parte dell’obbligo tuttora inadempita e abbia pagato le spese esecutive o pure queste gli sieno state rimesse”.

Ora, sendo a renúncia ao crédito tomada como sinônimo de remissão (ou gênero desta), o fato é que existe uma redundância entre a hipótese descrita no inc. IV do art. 924 com a hipótese descrita no inc. III do art. 924. A hipótese de “renúncia” do inc. IV já estaria inserta no inc. III, porquanto contemplada no gênero “extinção total da dívida”. A rigor, o inc. IV do art. 924 que reproduziu o texto do art. 794 do CPC de 1973, na correta tradução do italiano, deveria referir-se a “desistência da execução”, e não a “renúncia do crédito exequendo”. Só assim pode ser compreendida a repetição desnecessária entre os dois dispositivos.

7. REMIÇÃO DA EXECUÇÃO

7.1 Conceito e generalidades¹⁵

Uma vez iniciada a execução para pagamento de quantia contra o devedor, seja ela cumprimento de sentença ou extrajudicial, concede o Código o direito subjetivo de o executado pagar ou consignar a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios, e assim livrar-se dos indesejáveis ônus de uma expropriação judicial. Se de fato o executado *remir a execução*, não há outra solução senão a extinção da relação processual executiva com fulcro no art. 924, I, do CPC.

Há, portanto, para o executado um direito subjetivo de remir a execução, pagando ou consignando o seu valor, desde que o faça nos termos das hipóteses previstas no CPC. Tal direito nada mais é do que uma projeção do art. 805 do CPC, que, *lato sensu*, prescreve a regra de que o devedor tem o direito de ser executado pela forma menos gravosa possível. É claro que tal princípio deve se compatibilizar com o da *maior efetividade possível da execução*, que existe em favor do exequente. É evidente que, na maior parte dos casos, a remição da execução é algo que será muito bem aceito pelo exequente, pois, afinal de contas, ao remir a execução o devedor satisfaz a obrigação, arcando com todos os encargos processuais que dela resulta. Todavia, excepcionalmente, é possível que esse direito de o executado remir a execução se veja limitado pelas circunstâncias da própria execução, ou seja, quando, embora raramente, o direito de remir represente um pesadelo para o exequente, isto é, um ônus ainda maior e mais pesado do que manter a execução do jeito que se encontra. No entanto, como se disse, é algo raro de ocorrer.

7.2 Remição da execução e institutos afins

Inicialmente, há de se distinguir a remição da execução com a remição de bens. Embora ambos se finquem na noção de *libertação, salvamento*, no primeiro tem-se o livramento do devedor da própria execução contra si instaurada. No segundo, livra-se apenas o bem que será expropriado pela alienação ou pela adjudicação.¹⁶ Aqui, cuidamos da remição da execução.¹⁷

Igualmente, também não se confunde a remição da execução com a remissão da dívida.¹⁸ Nesta há perdão, e enseja uma das hipóteses do art. 924, II. Naquela, repita-se, há satisfação da execução.

Também não se confunde a substituição do bem penhorado por dinheiro com a remição da execução. Naquela, a execução prossegue e o bem penhorado é dinheiro, porém mantendo viva a resistência do

executado. Neste, a execução é extinta pelo reconhecimento do direito do exequente com a consequente extinção da execução pela satisfação da obrigação.

7.3 Tipos de remição da execução

Seguindo essa esteira, verificam-se no Código diferentes formas de o executado remir a execução. Enfim, modos diversos de o executado exercer o seu direito subjetivo de livrar-se da execução por expropriação contra si instaurada.

A regra geral ou clássica da remição encontra-se prevista no art. 826,¹⁹ mas ainda existem formas especiais de exercer esse direito, que estão estabelecidas nos arts. 827, § 1.º, parágrafo único, 523, § 1.º, e 916 do CPC.

Os requisitos básicos de toda e qualquer remição da execução vêm descritos no art. 826 do CPC, que deixa claro que esse direito pode ser exercido pelo executado, desde que seja ele parte na execução a partir do momento que o faça até o instante em que se dê a realização, perfeita e acabada, da alienação ou adjudicação do bem a ser expropriado. Esse termo final ocorre, portanto, *v.g.*, na adjudicação e na arrematação, com a lavratura dos respectivos autos de arrematação e adjudicação (arts. 877, 903 e 904 do CPC).

É claro que, além de a remição só poder ser feita nesse hiato temporal, é mister que ela se realize mediante pagamento ou consignação em dinheiro de tudo quanto for devido na execução (crédito + honorários, se houver + despesas) devidamente atualizado e acrescido dos respectivos juros, pois a remição é direito de o executado se livrar da execução,²⁰ sem que isso, porém, represente um óbice ou um prejuízo maior do que o que já existia para o exequente em relação ao recebimento do seu crédito pela via executiva.

Enfim, regra geral, a remição não pode colocar o executado em uma situação de vantagem em relação à execução contra si instaurada, e o

exequente em uma situação de desvantagem em relação a ela, sob pena de violar o direito constitucional à ordem jurídica executiva justa. Enfim, não é nem pode ser a remição da execução uma técnica de driblar, maliciosamente, a tutela jurisdicional executiva.

Assim, não sendo caso de se aplicarem as hipóteses especiais de remição previstas nos citados dispositivos, ter-se-á a regra genérica do art. 826 do CPC.

A primeira regra especial de remição da execução está prevista no art. 827, § 1.º, do CPC, que repetiu a redação do art. 652-A, parágrafo único, do CPC revogado. Nessa modalidade de remição, o executado poderá se libertar da execução, desde que efetue o pagamento voluntário ou consigne em juízo a importância da dívida, devidamente atualizada, mais despesas processuais e verbas honorárias no prazo de três dias, contados da sua citação.²¹ Assim, se realizada no referido prazo, os honorários serão arcados pela metade, como diz o dispositivo que fixa uma sanção premial para estimular o executado. Portanto, o prazo é decadencial para o exercício desse direito e se finda, exatamente, ao término dos três dias contados da citação da execução por expropriação fundada em título executivo extrajudicial. Pela sua localização no Código, dentro do Livro II, e porque se trata de exercer esse direito de remição em um prazo (três dias) que só existe nas execuções por expropriação fundadas em título extrajudicial, tem-se que essa hipótese especial de remição está restrita a essas modalidades de execução por quantia certa, excluída, portanto, do cumprimento de sentença.

Não apenas por isso, mas também porque o legislador previu no art. 526, §§ 1.º e 2.º, hipótese especial de remição da execução pelo executado nos casos de cumprimento de sentença. Trata-se da segunda hipótese de regime especial de remição da execução.²²

Segundo esse dispositivo, após o requerimento inicial da execução, e, portanto, após ser dela intimado, o executado possui 15 dias para

espontaneamente pagar o débito acrescido de custas, se houver. Caso efetue o pagamento nesse prazo, o executado livra-se da execução que será extinta com fulcro no art. 924, II, do CPC. Verifique-se que apenas no caso de não pagamento ou pagamento parcial é que incidem a multa de 10% e os honorários fixados para a execução.

A rigor, quando essa hipótese de remição é comparada com a anterior (do art. 827, § 1.º), que é análoga, verifica-se o absurdo cometido pelo NCPC, pois, nada obstante tratar-se de um cumprimento de sentença, portanto, lastreada em um título judicial, a remição da execução pelo executado nesse caso é infinitamente melhor do que a que se encontra presente no art. 827, § 1.º, dos títulos extrajudiciais.

Isso porque, além de ter 15 dias, e não três como nos casos de execução fundada em título extrajudicial, o executado que paga nesse quinquídio se livra integralmente dos honorários advocatícios, ao passo que na hipótese de processo de execução (título extrajudicial), além do prazo mais exíguo, os honorários são reduzidos à metade se houver a remição da execução no tríduo legal. A ilogicidade das regras é patente e coloca o exequente do cumprimento de sentença em posição jurídica de desvantagem em relação ao exequente do processo de execução.

A outra forma especial de o executado exercer o seu direito de remir a execução vem descrita no art. 916 do CPC, restringe-se à execução fundada em título extrajudicial para pagamento de quantia (art. 916, § 7.º), e é marcada por duas peculiaridades: prazo e modo específico de exercer tal direito.²³

O prazo para remição da execução do art. 916 coincide com o prazo para oferecimento dos embargos do executado, ou seja, nasce com a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido e termina 15 dias depois, valendo-se das regras normais de contagem de prazo do CPC. Enfim, coincide com o prazo dos embargos do executado, e essa coincidência não foi por acaso. Foi clara a intenção do legislador de

estabelecer a coincidência de prazos (embargos e remição), justamente para assim evitar que, uma vez realizada a remição, pudesse o executado oferecer os embargos. O pressuposto da remição é o reconhecimento da dívida (art. 916), com a conseqüente satisfação do crédito e acessórios, e, por isso, uma vez praticado tal ato, torna-se preclusa (logicamente) a possibilidade de oferecer embargos (art. 916, § 6.o), como expressamente diz o legislador ao afirmar que a opção pelo parcelamento de que trata esse artigo importa renúncia ao direito de opor embargos.

Mas por que o executado iria remir a execução no prazo dos embargos, abrindo mão do seu direito de opor-se à execução? O motivo é simples, e daí exsurge o segundo aspecto de *especialidade* dessa forma de o executado remir a execução em relação ao modo genérico previsto no art. 826 do CPC.

É que, na tentativa de aproximar o processo da realidade cotidiana, o legislador previu a possibilidade de o executado pagar a dívida e seus acessórios de forma parcelada, em até sete vezes. Para tanto, repita-se, é preciso que, no prazo que teria para embargar, o executado reconheça o crédito do exequente e deposite 30% do valor da execução (crédito + honorários + custas), podendo requerer pagar o restante em até seis parcelas iguais, acrescidas de juros de 1% ao mês e correção monetária.

Essa forma especial de remição, com parcelamento do valor devido na execução, apresenta-se como um atrativo a mais para o executado livrar-se da execução contra si proposta, pois permite que o valor total seja pago em até sete parcelas. Se tal medida se mostra “interessante” para o executado, não menos vantajosa se apresenta ao exequente, pois evita a interposição de embargos do executado, e ainda se coloca como uma medida que torna bem próxima a satisfação do crédito exequendo.

Uma questão muito intrigante reside em saber se, uma vez escolhida essa via de remição por parte do executado, poderia tal requerimento ser recusado ou inadmitido. Enfim, atendidas as exigências legais quanto ao

prazo, ao depósito e ao pedido de parcelamento, poderia o juiz negar o direito de o executado remir a execução na forma do art. 916?

Inicialmente é importante deixar claro que tal requerimento formulado pelo executado enseja o contraditório por parte do exequente, como consagra didaticamente o art. 916, § 1.º. Embora tenha silenciado sobre o prazo para o exequente se manifestar sobre o pedido de remissão parcelada, crê-se, por amor à igualdade, que deva ser feito no prazo de 15 dias, e que o magistrado tenha que julgar o incidente processual no prazo, sempre impróprio, de cinco dias.

O NCPC deixa clara a possibilidade de indeferimento do pedido de remissão parcelada, mas dá a entender que isso se dará apenas quando não estiverem preenchidos os pressupostos objetivos descritos no referido artigo.

Pensamos que, em geral, está correta essa linha de interpretação sugerida pelo legislador processual, pois, se houvesse um subjetivismo para *deferir/indeferir* o pedido de remissão parcelada, nenhum devedor estaria estimulado a fazê-lo, pois lembre-se que a opção por esse caminho processual importa em renúncia ao direito de oferecer embargos à execução.

Entretanto, excepcionalmente é possível que o juiz indefira o pedido de remissão parcelada feito pelo executado, ainda que este tenha preenchido os requisitos objetivos descritos no dispositivo legal, desde que o exequente se manifeste contrariamente à remissão pretendida e demonstre que o parcelamento é medida que lhe ofertará um resultado pior do que aquele que ele tem ou terá em menor tempo com a atividade executiva, por exemplo, nos casos em que o pedido de remissão da execução seja feito após a penhora (completa) de dinheiro do executado, tal como acontece nas execuções contra bancos para valer-se de exemplo mais comum.

Nesse caso, a execução poderia proporcionar ao exequente um resultado mais efetivo do que aquele que se teria com o deferimento da remissão solicitada pelo executado. Essa e outras situações excepcionais são

óbices ao deferimento da remição da execução na hipótese do art. 916, e, dada a sua singularidade, não deverão ser um problema típico à realização dessa forma de remir a execução.

Obviamente que, deferida a remição, permitir-se-á ao exequente o levantamento da quantia depositada, no mínimo 30% do valor da execução, e se suspenderá a execução até que o executado cumpra integralmente o que é devido. Enquanto não for decidido o pedido, prescreve o legislador que deverá o executado depositar as parcelas vincendas, facultado ao exequente seu levantamento. Isso se dá por determinação do art. 916, § 2.o, do CPC.

O requerimento formulado pelo executado importa em suspensão dos atos executivos (art. 921, V), o que se observa pela interpretação *a contrario sensu* do art. 916, § 4.º: “Indeferida a proposta, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito, que será convertido em penhora”.

É muitíssimo importante que o executado, ao fazer o requerimento de remição da execução, atente-se para os requisitos formais do *prazo*, do *depósito de 30% no mínimo do valor da execução* e de pedir o parcelamento em no máximo *seis parcelas*. Caso não atenda a esses requisitos, ou na hipótese excepcional comentada alhures, se tiver feito o depósito, o executado não poderá reavê-lo, posto que convertido em penhora, e ainda por cima terá perdido a oportunidade de oferecer embargos do executado.²⁴

Por outro lado, caso não cumpra regularmente os prazos e pagamentos deferidos, automaticamente ocorrerão o vencimento das prestações subsequentes e o prosseguimento do processo, com o imediato reinício dos atos executivos e a imposição ao executado de multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas (art. 916, § 5.º).

8. RECURSOS NA EXECUÇÃO

A sistemática recursal prevista no Livro I deve ser aplicada na execução, identificando, é claro, pela singularidade recursal, o

pronunciamento dado com o recurso cabível. Assim, tratando-se de sentença que declara extinto o processo de execução (art. 924), o recurso será o de apelação. Tratando-se de decisão interlocutória, esta será desafiada pelo recurso de agravo, que na hipótese é o de instrumento, uma vez que o regime jurídico do agravo retido não se mostra adequado ao *iter* procedimental (satisfatividade inerente à execução) do processo executivo. Por isso, em geral, mostra-se adequado o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas no processo de execução. Para as ações conexas, incidentais ou não, à atividade executiva (embargos do executado, embargos de terceiro etc.), se se tratar de processo incidente que foi extinto com base em algumas das situações dos arts. 485 ou 487 do CPC, haverá aí sentença, e o recurso cabível será o de apelação. No que concerne aos efeitos recursais, inclusive à possibilidade de obtenção do efeito suspensivo (arts. 1.012, § 3.º, e 1.019), aplicam-se as regras gerais contidas no capítulo atinente aos recursos no CPC (arts. 994 e ss. do CPC).

-
- ¹ O art. 803 fala em “nulidade da execução”, mas é preciso também aqui aplicar a regra da instrumentalidade das formas. Não se deve extinguir a relação processual executiva sem antes vislumbrar a possibilidade de salvar a relação processual, evitando desperdício de atividade jurisdicional e ao mesmo tempo respeitando a duração razoável do processo. Todo esse esforço, contudo, não pode prevalecer de forma a macular, ainda que de raspão, o contraditório e o prejuízo que tal nulidade pode ter causado a parte em desfavor da qual será sanado o vício.
- ² O art. 203, § 1.º, do CPC assim definiu sentença: “ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. A nova redação dada pelo NCPC, adotou o conceito de sentença de acordo com dois aspectos: conteúdo e fim. Conteúdo porque estipula ser sentença o pronunciamento que contem os fundamentos descritos nos arts. 485 e 487, e, finalístico porque ele mesmo diz que além de ter estes fundamentos deve ainda por fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução. O conceito pode levar a algumas situações curiosas, como, por exemplo, a existência de duas sentenças (condenatória e de extinção da fase executiva) em um único cumprimento de sentença. O conceito do legislador é ainda impreciso, porque nem todo processo cognitivo tem mais de uma “fase” como sugere o conceito, afinal as sentenças constitutivas põem fim a relação jurídica processual sem que nenhuma atividade de execução lhe prossiga. Em tempo, há ainda o problema das decisões interlocutórias, que, excepcionalmente podem ter o conteúdo dos arts. 485 e 487, e, ainda por cima, por exemplo, excluírem determinado sujeito processual da relação processual, e, nem por isso deixarão de ser um pronunciamento interlocutório.
- ³ Excetua-se desse modelo atípico e fungível dos atos executivos no cumprimento de sentença o modelo típico da efetivação do direito exequendo para pagamento de quantia, que ainda guarda a necessidade de se cumprir um itinerário específico para que ocorra a expropriação.
- ⁴ Art. 780. O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.
- ⁵ Nesse sentido, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 160.235/PR; REsp 1997/0092523-4, *DJ* 11.10.1999, p. 73.

- 6 “[...] 1. Admite-se, com base no art. 575 do CPC, a cumulação de execuções contra o mesmo devedor, ainda que fundadas em títulos diferentes. 2. Se o contrato é garantido por título cambial, assim vinculado ao negócio, a execução pode ser feita em um só processo, com base nos dois títulos, coobrigados os que assim figuram no primeiro e como avalista, no segundo” (REsp 4.367/MG, Rel. Min. Dias Trindade, *DJU* 25.03.1991).
- 7 Como foi dito anteriormente, o Livro II da Parte Especial é o habitat natural das técnicas processuais executivas e, não por acaso, inúmeras vezes as regras ali contidas deverão ser emprestadas para o cumprimento de sentença. Também as regras de suspensão e extinção da relação processual executiva devem ser aplicadas ao cumprimento de sentença.
- 8 Caso se trate de execução para entrega de coisa certa e esta não for encontrada, haverá também um impedimento em relação ao prosseguimento dessa espécie de execução, e, em tal situação, aplica-se a regra da conversão procedimental, mudando a execução para pagamento de quantia, devendo haver um incidente prévio de liquidação se o valor da coisa já não tiver sido estabelecido no contrato. O mesmo raciocínio se aplica para a hipótese de execução para prestação de fazer infungível em que é impossível a obtenção de tutela específica (resultado prático equivalente). Nesses casos, de entrega de coisa certa ou de prestações infungíveis de fazer, a solução será um temporário impedimento da referida modalidade executiva, que culminará na adoção da espécie de pagamento por quantia, que é forma genérica de execução pela sua própria natureza.
- 9 Art. 860. Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, a penhora que recair sobre ele será averbada, com destaque, nos autos pertinentes ao direito e na ação correspondente à penhora, a fim de que esta seja efetivada nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado.
- 10 A penhora sobre o bem litigioso de outra demanda e o respectivo andamento do processo de execução têm a sua sorte determinada pelo resultado do processo B, caso não existam outros bens que garantam a satisfação do processo A. Assim, somente depois de revelado no processo B o direito que foi objeto de penhora é que poderá ter prosseguimento o processo do qual emanou a penhora. Enquanto não passar a ser titular definitivo (coisa julgada material) do bem, o executado não é titular do bem que perseguiu em juízo, e, por isso, não poderá sofrer expropriação do que ainda não era seu.
- 11 A lei admite não apenas que os exequentes do mesmo credor possam habilitar-se para recebimento de seu crédito, mas também os demais credores (o que nos soa como

absurdo processual), sempre de acordo a preferência estabelecida em lei.

12 Art. 922. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação. Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.

13 José Carlos Barbosa Moreira. Notas sobre a extinção da execução. *Temas de direito processual civil*. 5.^a série. São Paulo: Saraiva, 1987.

14 Isso implica dizer que a sentença no processo de execução é apenas declaratória, porque declara a extinção do processo executivo. Essa declaração serve para reconhecer se a execução forçada foi frutífera ou não. Não é a sentença em si mesma o ato executivo que realiza a execução em concreto, mas apenas dá o acerto de que houve (no passado – declaração) ou não a satisfação do direito exequendo. Nesse sentido, ver *STJ-RTJE* 109/1999.

15 Humberto Theodoro Junior. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II; Luiz Rodrigues Wambier; Flávio Renato Correia Almeida; Eduardo Talamini. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004; Araken de Assis. *Manual do processo de execução*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000; Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996; Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007; Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

16 A remição de bens estava prevista nos arts. 789-792 do CPC originalmente em 1973. Depois de sucessivas reformas tais dispositivos foram revogados Lei 11.382/2006. Embora extinto o instituto da forma como originalmente foi concebido, manteve-se o seu “embrião” (resgate de bens a serem expropriados por membros da família do executado) no art. 685-A, § 2.º, introduzido pela mesma lei. Nesse dispositivo, dizia-se existir um direito dos familiares do executado (cônjuge, dos ascendentes e descendentes) de adjudicar o bem penhorado pelo preço da avaliação em condições de preferência em relação aos demais adjudicantes, nos termos do § 3.º desse mesmo dispositivo. No NCPC tal regra foi mantida no art. 876, § 5.º, que assim diz: “Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incs. II a VIII, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado”.

17 S.f. 1. Ato ou efeito de remir(-se). 2. Libertação, resgate. 3. Salvação de pecados ou de crimes por meio da expiação. Remição é resgate de dívida. Remido é aquele que se acha desobrigado de uma prestação mediante o pagamento desta.

- ¹⁸ Do lat. *remissione*. S.f. 1. Ação ou efeito de remitir(-se); remissão. 2. Compensação, paga; satisfação. 3. Misericórdia, clemência, indulgência; perdão. 4. Perdão total ou parcial dos pecados, concedido pela Igreja. 5. Perdão de ônus ou dívida. 6. Falta ou diminuição de rigor, de força, de intensidade. 7. Lenitivo, alívio, consolo. 8. Ação ou efeito de remeter, de mandar a um ponto dado.
- ¹⁹ Art. 826. Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios.
- ²⁰ Observe-se que a que a remissão é da *execução*, que envolve a dívida e as custas, despesas e honorários processuais. Não adianta o executado pretender pagar apenas a dívida, pois não obterá a extinção da execução, permanecendo responsável pelos honorários, custas e despesas da própria execução.
- ²¹ O prazo inicia com a citação e termina após três dias. Não se conta da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, pois desse fato nasce o prazo para oferecer embargos do executado, e no prazo deste é que se exercita a outra modalidade especial de remissão da execução.
- ²² Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.
- § 1.º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.
- § 2.º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1.º incidirão sobre o restante.
- ²³ Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.
- § 1.º O exequente será intimado para manifestar-se sobre o preenchimento dos pressupostos do *caput*, e o juiz decidirá o requerimento em 5 (cinco) dias.
- § 2.º Enquanto não apreciado o requerimento, o executado terá de depositar as parcelas vincendas, facultado ao exequente seu levantamento.
- § 3.º Deferida a proposta, o exequente levantará a quantia depositada, e serão suspensos os atos executivos.

§ 4.º Indeferida a proposta, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito, que será convertido em penhora.

§ 5.º O não pagamento de qualquer das prestações acarretará cumulativamente:

I – o vencimento das prestações subsequentes e o prosseguimento do processo, com o imediato reinício dos atos executivos;

II – a imposição ao executado de multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas.

§ 6.º A opção pelo parcelamento de que trata este artigo importa renúncia ao direito de opor embargos.

§ 7.º O disposto neste artigo não se aplica ao cumprimento da sentença.

24 Observe-se que aqui a oportunidade perdida é para oposição de embargos do executado. Não está impedido de oferecer qualquer outra modalidade de defesa posterior referentes a vícios posteriores dos atos executivos que se realizaram após o insucesso da remição. Tampouco fica impedido de oferecer ação autônoma que lhe permita discutir o crédito exequendo.

1. EXECUÇÃO CIVIL COM OU SEM DEMANDA (FORMAL) EXECUTIVA

A tutela jurisdicional executiva pode ser fulcrada em título executivo extrajudicial ou judicial, sendo, nesse caso, provisório ou definitivo. Do ponto de vista procedimental, há importante distinção entre as duas modalidades. Enquanto a extrajudicial é feita mediante instauração de um processo executivo que se inicia pelo exercício da ação executiva, a judicial é realizada sem a necessidade de instauração de um processo autônomo, sendo o que o legislador denomina de *cumprimento de sentença*. Assim, em um caso há a ação executiva que dá início a um processo autônomo de execução, e, em outro, há a instauração de ofício (arts. 536-538) ou por requerimento da parte (art. 523) da tutela executiva imediatamente após o módulo processual cognitivo.¹

2. CONDIÇÕES DA DEMANDA EXECUTIVA

Independentemente do critério formal para a instauração da tutela executiva – se provocada por demanda executiva ou sendo uma fase seguinte à ação cognitiva de prestação –, é certo que tal proteção

jurisdicional só pode ser feita se em tal momento certos requisitos específicos da tutela executiva estiverem presentes. São eles: a pretensão insatisfeita e o título executivo.

Dessa forma, em toda e qualquer atividade executiva é mister que exista um título executivo, assim entendido como o documento hábil e representativo de todos os elementos do crédito (norma individualizada) apto a viabilizar a execução forçada. Sem o título executivo (judicial ou extrajudicial) faltará o requisito processual exigido pelo CPC (art. 783), que torna viável e adequada a tutela executiva. Assim, sem o título, faltará “adequado interesse processual” na obtenção da satisfação pretendida pela via jurisdicional executiva.

O outro aspecto do interesse de agir *in executivis* (a necessidade concreta da tutela executiva) é preenchido pela presença do requisito da “exigibilidade” da obrigação ou dever contido no documento que representa o título. Assim, se a obrigação não é ainda exigível – se ainda não alcançou o termo ou prazo fixado para a sua exigência –, não estará satisfeito o dito requisito, e, por isso, inexistirá o interesse de agir na obtenção da tutela executiva.

No tocante à inadequação da via processual eleita, muitas são as hipóteses possíveis no âmbito da tutela executiva, bastando imaginar a veiculação de pretensão à expropriação forçada de bens da fazenda pública, ou ainda a pretensão de se obter a expropriação por intermédio de procedimento para entrega de coisa etc. Nesses casos, deve o juiz extinguir, não sem antes oportunizar o conserto da peça processual, com base na falta de interesse de agir, porque inadequada a via processual eleita pelo exequente.²

A legitimidade para postular a tutela executiva estabelece nos mesmos conceitos e regras da teoria geral do processo. Figura a legitimidade para agir, ativa e passiva, como condição necessária, mas não suficiente, para a obtenção da satisfação pretendida.

Caso o titular do ativo do direito exequendo postule, ele mesmo, a tutela executiva, estaremos diante da legitimidade ordinária, aplicando-se o mesmo raciocínio para o titular passivo do dever ou da obrigação. Diz-se ainda que a legitimidade ordinária pode ser dividida em originária e independente, quando adquirida, respectivamente, de forma contemporânea ou superveniente da formação do título. Enfim, se o título executivo espelha, no momento da propositura da demanda executiva, o verdadeiro titular do direito exequendo (igualmente o titular passivo), que ora atua em juízo, então se tem aí que o “credor” e o “devedor” são legitimados ordinários “originários”. Todavia, se o título representa alguém que no plano do direito material já não é mais o credor, e esse alguém persegue em juízo o seu próprio direito, tem-se aí que o título não se presta, nesse caso, para identificar o titular da relação jurídica material, pois no plano material houve transferência dessa titularidade, e, por isso mesmo, não haverá coincidência entre o sujeito discriminado no título e o titular do direito que postula em juízo. Nesse caso, tem-se a “legitimidade ordinária independente”, porque haurida após a formação do título.

Entretanto, não só a legitimidade ordinária (originária ou independente) está presente na tutela executiva, uma vez que a figura da legitimidade extraordinária também sói acontecer. Assim, sempre que o titular, ativo ou passivo, da tutela executiva não corresponda àquele que se beneficiará ou se prejudicará, no plano do direito material, com o resultado da execução (por não ser titular do direito ou da obrigação), então se terá a denominada legitimidade extraordinária. Os mesmos conceitos de teoria geral do processo também são espreados para a tutela executiva.

Em relação à legitimidade na tutela executiva, o CPC traz algumas regras relativas às partes no Capítulo II do Livro II, reservando os arts. 778 e 779³ para algumas situações de legitimação ativa e passiva na execução, respectivamente. As hipóteses ali descritas, na verdade, exemplificam o que foi dito anteriormente.

No art. 778, o *caput* enuncia que o credor terá legitimidade ativa para a propositura da ação executiva. Trata-se de regra típica de legitimidade ordinária primária, porque o artigo diz que tem legitimidade o “credor” (titular no plano substancial) para ajuizar a demanda executiva.

A identificação da legitimidade ativa fica bastante facilitada nessa hipótese – que é a mais tradicional –, pois no próprio título se identifica aquele que é o credor da obrigação ou direito exequendo. Já no inc. I do § 1.º do mesmo dispositivo, o CPC alude à legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de demandas executivas, que, segundo afirma, será nos casos expressos em lei.

De fato, tratando-se de legitimação extraordinária, deve estar prevista em lei essa possibilidade, sendo incomum a sua ocorrência, já que a função do *Parquet* não é a proteção de direitos disponíveis e patrimoniais, que normalmente é o que se reclama por via da tutela executiva. Assim, são exemplos de legitimidade extraordinária do *Parquet* a execução promovida na ação civil pública (art. 15 da Lei 7.347/1985), a execução promovida em caráter subsidiário na ação popular (art. 16 da Lei 4.717/1965) etc.

No inc. III, o CPC identifica outras hipóteses de legitimidade ativa à propositura ou à sucessão processual na demanda executiva já instaurada. Trata-se, na hipótese, de “legitimidade ordinária derivada ou superveniente”, pois o titular originário do direito exequendo e/ou da demanda executiva (que a instaura ou nela prossegue) não é aquele que está representado no título executivo.

A previsão de legitimidade do espólio (inc. II) está em perfeita consonância com o art. 110 do CPC,⁴ em que alude à sucessão processual *causa mortis*. Falecendo o credor, este será sucedido pelo seu espólio, pelos seus herdeiros ou seus sucessores em geral, desde que estes sejam os novos titulares do direito resultante do título executivo.

O inc. III cuida da titularidade ativa do cessionário, enfim, daquele sujeito que adquiriu, a título oneroso ou gratuito, o direito exequendo (arts.

287-289 do CC). Nesse caso, sendo o titular do direito objeto da execução, mas não a parte ativa da execução, permite o Código que ele, cessionário, prossiga na execução, sucedendo o cedente.

Há similitude dessa figura com a que está prevista no art. 109 do CPC,⁵ com ressalvas e dessemelhanças importantes com a figura ali prevista. É que a alienação do bem litigioso prevista no art. 109 se dá no curso do procedimento cognitivo, cujo desfecho normal é duplo, qual seja, de procedência ou de improcedência, e por isso mesmo é necessária a cautela de proteger o adversário do cedente (a contraparte), evitando que ela seja prejudicada pela alienação do bem litigioso. No presente caso, tratando-se de cumprimento de sentença ou de processo de execução, tem-se um processo ou módulo executivo para satisfação do crédito corporificado no título executivo, cujo procedimento é desfecho único, não havendo, em tese, prejuízo para o executado caso ocorra a alteração subjetiva da demanda. Assim, por isso incide neste particular a regra do art. 778, § 2.º, que assim diz: “a sucessão prevista no § 1.º independe de consentimento do executado”.

Portanto, a sucessão *inter vivos* deve acontecer, e mesmo sem a anuência do executado, que em tese não tem prejuízo com a alteração subjetiva da demanda executiva, sendo, portanto, irrelevante a sua aquiescência na sucessão processual ocorrida no polo ativo –, fazendo com que essa regra se distancie da inculpada no art. 109 do CPC.

A hipótese descrita no art. 778, § 1.º, IV, do CPC também é de legitimidade ordinária superveniente, nos casos em que assume a titularidade ativa, após a formação do título executivo, o sub-rogado⁶ (legal ou convencional) que sucederá processualmente, na condição de credor, o antigo titular (possivelmente também exequente) do crédito exequendo. Valem aqui as mesmas considerações feitas anteriormente para a sucessão processual ativa prevista no inciso anterior.⁷

O art. 779 foi reservado pelo CPC para exemplificar os sujeitos passivos da execução, elencando seis incisos, que dispõem acerca de hipóteses de legitimação ordinária e extraordinária.

O inc. I apresenta correspondência biunívoca com o art. 778, *caput*, e corresponde às hipóteses em que o titular passivo da execução é aquele que se encontra representado no título na condição de devedor, em um típico exemplo de legitimação ordinária primária.

Na hipótese do inc. II do art. 779, verifica-se correspondência com o art. 778, II, posto que se trata de legitimação ordinária superveniente decorrente de transmissão (antes ou depois de iniciado o processo executivo) *causa mortis* do patrimônio do primitivo devedor. Certamente, os sucessores só responderão pela quota-parte do que lhes for transferido.

O inc. III do art. 779 cuida da hipótese de assunção de dívida, figura que corresponde, com diferenças, obviamente, à cessão de crédito já comentada anteriormente. Esse dispositivo não encontra correspondente no Código Civil, e por isso é, ao mesmo tempo, uma regra de direito processual e material, pois é nele que está prevista genericamente a permissão do devedor de transferir os seus encargos obrigacionais, seja antes ou posteriormente ao processo (art. 109 do CPC).

Observe-se que, nessa hipótese, é condição *sine qua non* a aceitação expressa do credor/exequente para que se operem os efeitos processuais do referido negócio jurídico (sucessão processual). Se a assunção de dívida for realizada sem a sua aquiescência, nenhuma mudança importará na situação jurídica de vantagem do credor, sendo contra si ineficaz o negócio jurídico praticado pelo devedor primitivo e atual. Não fosse assim, tal dispositivo seria utilizado sempre pelo devedor inescrupuloso com a finalidade de fugir à sua responsabilidade patrimonial, colocando no seu lugar alguém insolvente para quitar a dívida contraída. Todavia, havendo a assunção no plano material e com ela concordando o credor, livra-se o devedor primitivo

da responsabilidade patrimonial, e, estando em curso o processo, esses mesmos efeitos aí se operarão.

O inc. IV do art. 779 prevê o “fiador judicial” como sujeito passivo da obrigação. Antes de comentar essa hipótese de legitimidade ordinária (originária ou superveniente), cumpre esclarecer que a fiança é uma espécie de garantia fidejussória em que “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor caso este não a cumpra” (art. 818 do CC). Essa relação jurídica substancial de garantia entre o fiador (garantidor) e o afiançado poderá nascer por convenção das partes, e, nesse caso – que é o mais comum –, será denominada “fiança convencional”, que poderá referir-se à totalidade ou à parte da obrigação. A fiança poderá também nascer no curso de uma relação jurídica processual para garantir o adimplemento de algum ato ou comportamento processual (v.g., art. 520, IV, do CPC). Verifica-se que tal fiador (judicial) é garantidor do cumprimento de uma situação processual assumida pelo afiançado (parte) no processo.

Feitas essas considerações, retornamos ao tema da legitimidade passiva na execução. Pelo que se viu, quando o inc. IV do art. 779 do CPC menciona a legitimidade passiva do fiador “judicial” é porque fez a referência específica a essa modalidade de fiança de forma propositada, pois quer dizer que, tendo surgido a relação de fiança (fiador e afiançado) no curso do processo, seja ele executivo ou não, o referido fiador poderá, em relação à garantia prestada, ter de suportar a atuação executiva sobre o seu patrimônio.

Os casos de “fiança convencional” são regulados, normalmente, pelo inc. I do art. 779, desde que contra esse fiador exista título executivo judicial ou extrajudicial. Ora, não seria lícito imaginar a propositura de uma ação executiva contra o fiador sem que contra ele se tenha título executivo líquido, certo e exigível.

Assim, se foi proposta a demanda cognitiva apenas contra o devedor principal e dessa relação jurídica o fiador ficou fora, não sendo nem citado nem chamado ao processo, não seria lícito admitir que ele pudesse ser executado, pois contra ele não existiria título executivo. Havendo título executivo contra o fiador e sendo contra ele também proposta a execução, é certo que, se não houver renunciado ao benefício de ordem (art. 827 do CC), ele (o fiador) poderá argui-lo para exigir que a responsabilidade patrimonial do devedor principal responda primeiro pela execução da dívida.⁸⁻⁹

O inc. V do art. 779 trata da legitimidade passiva do “responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito”, portanto, do sujeito que é titular do bem que foi dado em garantia. Ao oferecer o bem em garantia, vinculando-o ao pagamento do débito, o titular do bem anuiu com o negócio jurídico do qual não é o devedor principal, mas apenas o garantidor. O limite da sua garantia é o bem respectivo, devendo ser lembrado ainda que qualquer alteração do negócio jurídico que constitua novação implique necessária aquiescência do garantidor cujo bem está vinculado ao pagamento do débito, sob pena de cessação da responsabilidade.¹⁰

Já o inc. VI do art. 779 alude à legitimidade passiva do “responsável tributário”, assim definido na legislação tributária.

A legitimidade do responsável tributário pode ser ordinária ou extraordinária, e a definição de uma ou outra se dará em razão da situação jurídica substancial definida pelo direito tributário.

Assim, em relação ao “responsável tributário” é importante considerar os arts. 134¹¹ e 135¹² do Código Tributário Nacional, que cuida da “responsabilidade de terceiros”.

Nos casos do art. 134 do CTN, a legitimação passiva para a execução nasce em razão de solidariedade legal, e bem se poderia utilizar a regra do art. 779, I, para incluí-los na demanda executiva. Assim, a regra do art. 779,

V, tem incidência nos casos do art. 135 do CTN. Dessa forma, por expressa determinação legal, são “responsáveis” tributários, e, mesmo que não estejam eles na certidão de inscrição em dívida ativa, poderão ser demandados em ação executiva.¹³

O que se permite concluir é que será “responsável” aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, é obrigado ao pagamento de tributo, por disposição expressa de lei (art. 121, II, do CTN). O que o dispositivo citado prevê é a hipótese de legitimidade passiva para a demanda executiva de alguém que, não sendo o contribuinte, é responsável pelo pagamento do tributo por ele devido. No entanto, por razões de segurança, economia etc., a lei estabelece que aquele que recolhe o tributo não é o contribuinte direto, enfim, aquele sobre o qual incidiu imediatamente a tributação devida.

É, portanto, o “responsável tributário”. Tal responsabilidade tributária poderá ser configuradora de uma legitimidade ordinária ou extraordinária para figurar no polo passivo da demanda executiva. Será ordinária toda vez que a responsabilidade tributária decorrer de uma situação legitimante no plano de direito material decorrente de um fato novo posterior ao nascimento da obrigação tributária (em razão de responsabilidade subsidiária, solidariedade ou sucessão). Já a legitimidade extraordinária do responsável tributário ocorrerá nas hipóteses de “substituição tributária”, em que a lei tributária determina que o sujeito responsável pela obrigação tributária sempre foi pessoa diversa daquela que auferiu a vantagem do negócio tributário.

3. ELEMENTOS DA DEMANDA EXECUTIVA

Dentre os elementos da demanda executiva (partes, pedido e causa de pedir), resta falar apenas da causa de pedir e do pedido. Passemos a eles.

O fundamento da demanda executiva – causa de pedir – se estabelece na afirmação de que teria ocorrido o inadimplemento do executado, que não teria cumprido espontaneamente a norma jurídica concreta. Destarte, não só

o título é bastante para se obter a tutela jurisdicional executiva. É mister, ainda, que seja afirmada pelo exequente a sua insatisfação em relação ao seu direito não adimplido. Isso quer dizer que a tutela jurisdicional executiva só será necessária (provimentos sub-rogatórios e coercitivos) se o titular do crédito ainda estiver em um estado de insatisfação resultante do não adimplemento do provimento judicial ou da obrigação contida no título extrajudicial.

Nesse passo, caso o exequente não afirme a existência do inadimplemento da obrigação, não estará presente a necessidade da tutela executiva.

Não se trata, obviamente, de provar o inadimplemento, ou demonstrar *in concreto* a sua ocorrência, posto que, se assim fosse, o próprio mérito estaria sendo analisado, e completamente sem sentido seriam os dispositivos que reservam para a defesa do executado (impugnação ou embargos) a alegação de adimplemento do crédito exequendo (meio próprio de cognição para o desiderato de discutir a pretensão executiva).

No que concerne à pretensão executiva, ela está presente tanto nos processos executivos autônomos (v.g., fundados em títulos extrajudiciais) quanto nos processos sincréticos, denominados de cumprimento de sentença, em que a execução é feita em um módulo ou fase executiva de um processo único, que engloba a cognição e a execução. É importante deixar claro que nestes suprimiu-se apenas o processo autônomo do ponto de vista formal, levando a efeito o princípio da instrumentalidade das formas. Portanto, a pretensão executiva continua existindo, só que concentrada em um processo único que revelará e atuará a norma jurídica concreta.

Como nos processos sincréticos a pretensão à formulação e à atuação da norma jurídica concreta está concentrada em uma única relação processual, então, quando se dá início a essa relação jurídica processual (art. 312 do CPC), automaticamente (e “implicitamente”) estará sendo reclamada a tutela executiva. Assim, por exemplo, ao se propor a demanda

sincrética do art. 497 c/c o art. 536 do CPC, o autor estará requerendo não só a “revelação” da tutela específica, mas também a “atuação” desta no mundo dos fatos.

Por isso, diz o dispositivo do art. 536, § 1.º, do CPC que a efetivação da tutela específica será iniciada de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte. Formalmente, portanto, é uma relação processual formada por uma fase cognitiva e outra executiva (um módulo cognitivo e outro executivo), em que, iniciada a primeira (e sendo procedente o pedido), a outra será realizada em ato contínuo, em uma sequência imediata.

4. LITISPENDÊNCIA

Há duplicidade de litispendência quando se repete ação que está em curso, nos termos do art. 337, § 3.º, do CPC. A consequência dessa duplicidade no direito processual individual¹⁴ é a extinção da demanda repetida, segundo o que determina o art. 485, V, do CPC. O critério para definir qual demanda será extinta (a original ou a réplica) é o da prevenção, que, por sua vez, define-se, regra geral, no art. 59 do CPC. A *ratio essendi* da litispendência, ou melhor, da duplicidade de litispendências, é evitar resultados distintos no plano teórico ou prático (decisões contraditórias), que causariam enorme intranquilidade e insegurança no ordenamento jurídico. Todavia, não é só, pois também é finalidade sua evitar o desperdício de atividade jurisdicional, não permitindo um custo inútil e desnecessário da tutela jurisdicional.

Na execução também é possível pensar em duplicidade de execuções e, assim, aplicar a regra do art. 485, V, do CPC. Tanto pela economia processual quanto pela segurança jurídica, são perfeitamente aplicáveis os dispositivos citados *supra* à tutela executiva.

É importante dizer que, tratando-se de execução em processos sincréticos em que esta segue o cumprimento de sentença dos arts. 536 e ss. (execuções de sentença por desapossamento e transformação), por se tratar

de uma única relação processual que concentra atividade cognitiva e outra executiva, sendo esta realizada de ofício e quase inseparável da anterior, a verificação da duplicidade de litispendências é feita desde o início da fase cognitiva, e, por isso, torna-se desnecessária a sua análise na execução, pois esta não é feita em um processo autônomo.

Todavia, tratando-se de execução de sentença para pagamento de quantia (expropriação), mesmo sendo um só processo, é muito bem definido e separado o módulo cognitivo do executivo, mas este só tem início se houver provocação do Estado-juiz por meio do *requerimento inicial*, ao qual, embora não seja uma *petição inicial*, se aplicam todas as regras inerentes àquele ato processual. Assim, nesse caso, haverá duplicidade de litispendência se o credor promover duas execuções mediante dois requerimentos iniciais, devendo ser extinto aquele que foi feito *a posteriori*, aplicando-se o critério cronológico da prevenção já comentado alhures.

Assim, a duplicidade de litispendências na execução faz sentido nos casos em que a tutela executiva for autônoma do ponto de vista procedimental. Por fim, insta observar que a proibição do *non bis in idem* (duplicidade de litispendências) impede que o mesmo credor promova, com base na mesma dívida, e em processos diferentes, a execução de devedores diversos vinculados à mesma obrigação. Permitir tal situação seria admitir a possibilidade de o credor receber o mesmo e único crédito mais de uma vez, em processos distintos, de diferentes credores vinculados à mesma obrigação.

5. COISA JULGADA

O processo de execução destina-se à satisfação da norma jurídica concreta. Qualquer discussão ou debate sobre o direito corporificado no título executivo deve ser feito em sede própria, mediante atividade cognitiva. Por isso, sabendo que a autoridade da coisa julgada é fenômeno político-constitucional de imutabilização de “casos julgados” (resolução da

lide), verifica-se que há uma incompatibilidade lógica entre a autoridade da coisa julgada e a atividade executiva (autônoma ou em módulo).

Ora, como o fim da execução é marcado por um provimento que nada julga em relação ao conflito de interesses – apenas certifica a satisfação (ou não) do crédito, pondo fim na relação jurídica processual executiva –, não há razão para se lhe imprimir a autoridade da coisa julgada.

Exatamente por isso não é adequado falar em coisa julgada ou autoridade da coisa julgada nas sentenças proferidas no processo de execução. Mesmo nas sentenças do art. 924, III e IV, do CPC não há uma “homologação” do meio extintivo da obrigação (transação, renúncia etc.) – fato que acontece no art. 487, III, *a, b e c*, do CPC. Há, sim, no art. 924 do CPC uma sentença que declara a extinção do processo executivo, sob o fundamento de que teria havido a pacificação da pretensão antes insatisfeita.

Nem nesses casos, portanto, haveria de falar em coisa julgada, pois a única “coisa” “julgada” foi a extinção da relação processual executiva, por coroamento da sua função (frutífera) ou não (infrutífera).

Obviamente, isso não implica dizer que o processo ou módulo de execução não possua um mérito nem que exista uma justificativa fática e jurídica para a sua instauração.

Claro que existe, mas a eventual discussão desses aspectos não é reservada a esse processo, mas àquele que é preparado para o debate, a discussão, o contraditório acerca da “existência” do direito a ser declarado (dar razão a quem tem razão), que é o processo marcado pela função cognitiva. Assim, essa discussão ou debate sobre o mérito do processo executivo ou módulo executivo ou é feita em processo ou módulo cognitivo prévio ao de execução, ou então por intermédio da eventual ação de embargos ou impugnação do executado, que, versando sobre o direito exequendo, fará coisa julgada material.

Havendo execução de título extrajudicial e não existindo sentença de mérito nos embargos do executado, não haverá coisa julgada sobre o “direito exequendo”, e, por isso, o executado que foi expropriado (desapossado ou compelido a prestar fato) poderá ajuizar demanda solicitando repetição de indébito para reaver o que não deveria ter saído do seu patrimônio.

Quadra registrar, entretanto, que existem situações atípicas, contidas no texto do Livro II da Parte Especial, em que no curso do procedimento executivo surgem incidentes processuais cognitivos que versam sobre o direito exequendo, que fazem com que, após o debate e o contraditório, aquela parte do mérito que foi discutida fique acobertada pela autoridade da coisa julgada material (havendo o trânsito em julgado do incidente processual), ainda que tenham sido decididos por pronunciamento interlocutório. É o que acontece nas liquidações incidentais, em que se liquidam em perdas e danos o bem não entregue ou o fazer não prestado.

Nos processos executivos autônomos (v.g., fundados em títulos extrajudiciais), a relação jurídica processual executiva precisa ser iniciada por petição inicial (arts. 798 e ss. do CPC), na qual o exequente manifestará, exclusivamente, a sua pretensão executiva, sendo, por isso mesmo, mais fácil de ser visualizada.

¹ A rigor, por se tratar de processo sincrético (cognição e execução como fases do mesmo processo), a provocação para ambas as fases se dão quando se instaura a única relação jurídica processual.

² O legislador, absurdamente, inventou a ilógica e incompreensível possibilidade de o credor, portador de um título executivo extrajudicial, optar por promover a ação cognitiva para obter um título judicial (art. 785 do CPC).

³ Art. 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1.º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

I – o Ministério Público, nos casos previstos em lei;

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

III – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;

IV – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

§ 2.º A sucessão prevista no § 1.º independe de consentimento do executado.

Art. 779. A execução pode ser promovida contra:

I – o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III – o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV – o fiador do débito constante em título extrajudicial;

V – o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito;

VI – o responsável tributário, assim definido em lei.

⁴ Art. 110. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1.º e 2.º.

⁵ Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes. § 1.º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária. § 2.º O adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como

assistente litisconsorcial do alienante ou cedente. § 3.º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.

6 Segundo o *Dicionário Aurélio*, sub-rogar é: “Pôr em lugar de alguém; substituir. 2. Transferir direito ou encargo a. 3. Assumir, tomar o lugar de outrem”. A sub-rogação, segundo o CC, art. 349, implica a transferência “ao novo credor de todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”.

7 Desde que ocorra o pagamento com sub-rogação no curso do processo ou módulo executivo, o sub-rogado imediatamente ocupará o polo ativo da demanda, prosseguindo a execução contra o devedor. É o que se observa no art. 794, § 2.º, do próprio CPC.

8 A existência do instituto do “benefício de ordem” em favor do fiador não lhe retira a legitimidade passiva para a causa executiva, desde que contra ele exista título executivo, apenas lhe assegura o direito de que a execução primeiro recaia sobre o patrimônio do devedor principal. Já a sua obrigação (do fiador) é de garantia, portanto acessória, o que lhe confere o direito de só ter o seu patrimônio atingido se e quando não houver patrimônio suficiente do devedor principal.

9 O regime jurídico do avalista é semelhante ao do fiador no tocante à legitimidade ativa para executar, já que se lhe aplica a regra da sub-rogação caso tenha suportado a responsabilidade executiva ou pago o débito exigido do devedor. Todavia, no plano processual passivo da execução aponta-se muita dessemelhança, justificada pela diferença de regime jurídico entre os institutos no plano substancial. A fiança é regida pelo direito civil, e o aval é regido pelo direito cambiário. Assim, o avalista assume em relação ao beneficiário uma obrigação autônoma em relação à obrigação do avalizado (emitente ou aceitante da cambial). Por isso, sua responsabilidade executiva não se condiciona à eventual propositura de ação contra o avalizado, nem mesmo goza de benefício de ordem caso esteja na condição de coexecutado com o avalizado.

10 “1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas ‘mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia’, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1.º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou

acertado no plano (art. 61, § 2.º, da Lei 11.101/2005). 2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral. 3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1.º, da Lei 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial. 4. Recurso especial não provido” (REsp 1.326.888/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 08.04.2014, *DJe* 05.05.2014).

¹¹ “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I– os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.”

¹² “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

¹³ “1. A Primeira Seção do STJ orienta-se no sentido de que, ainda que a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. 2. É pacífico o entendimento no STJ de que, escolhido Recurso Especial para ser julgado no rito dos Recursos Repetitivos, art. 543-C do CPC, não haverá sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. 3. Agravo

regimental não provido” (AgRg no REsp 1477468/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 20.11.2014, *DJe* 28.11.2014); “Ajuizada execução fiscal contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e não localizados bens desta suficientes para o adimplemento da obrigação, pode o processo ser redirecionado contra o sócio-gerente, hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa. Caberá à Fazenda Pública, ademais, o ônus de provar a ocorrência de fatos típicos da responsabilidade, na própria execução ou nos embargos. Precedentes: REsp 738.513/SC, deste relator, *DJ* 18.10.2005; REsp 513.912/MG, *DJ* de 01.08.2005; REsp 704.502/RS, *DJ* 02.05.2005; EREsp 422.732/RS, *DJ* 09.05.2005; e AgRg nos EREsp 471.107/MG, deste relator, *DJ* 25.10.2004. [...]” (AgRg no REsp 1.200.879/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 05.10.2010, *DJe* 21.10.2010).

- ¹⁴ No sistema processual coletivo que regula as ações coletivas para a tutela de direitos supraindividuais (Lei da Ação Civil Pública + Título III do CDC – Lei 8.078/1990), a consequência da duplicidade de litispendência é a reunião – e não a extinção – dos processos, salvo se além dos demais elementos da demanda o representante da coletividade for exatamente a mesma pessoa.

Parte II

**O procedimento das diversas
espécies de execução**

REGRAS GERAIS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

1. INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional executiva pode ser fundada em título judicial e extrajudicial. No primeiro caso, o CPC usou a terminologia de *cumprimento de sentença* e no segundo caso, *processo de execução*. A terminologia foi utilizada de acordo com a necessidade ou não de se estabelecer uma nova relação jurídica processual para a prestação da tutela executiva. Tanto em um quanto em outro caso a tutela prestada é a executiva, qual seja, satisfazer um direito revelado em um título executivo.

Como existem espécies distintas de obrigações (pagar quantia, fazer e não fazer e entrega de coisa) e diferentes procedimentos executivos para pagamento de quantia que levam em consideração do direito tutelado (alimentos) e o sujeito passivo da execução (fazenda pública), didática e organizadamente previu a existência de diversos tipos de *cumprimento de sentença* e diversos tipos de *processo de execução*.

Assim, tem o cumprimento *provisório e o definitivo* de sentença, que leva em consideração a instabilidade do título executivo judicial. Há também o *cumprimento de sentença para entrega de coisa, de fazer e não fazer e para o pagamento de quantia*. Este, por sua vez, conta com os

procedimentos especiais contra a fazenda pública e o cumprimento de sentença para pagamento de alimentos.

Por sua vez, tratando-se de *processo de execução*, existem também os mesmos procedimentos existentes para o cumprimento de sentença, à exceção, é claro, do *cumprimento provisório da sentença*, que não tem correspondente para o processo de execução, uma vez que apenas os títulos executivos judiciais podem acarretar uma tutela executiva provisória.¹

Assim, todas as modalidades de cumprimento de sentença estão descritas nos arts. 513 a 538 do CPC, ao passo que as modalidades de *processo de execução* estão entre os arts. 806 e 913 do CPC.

Contudo, é preciso uma advertência a você leitor. Não pense que essa divisão, didática e organizada do CPC, permite que se possa dar um tratamento isolado ao cumprimento de sentença do processo de execução. Não mesmo. Só para se ter uma ideia do peso dessa afirmação, não é possível pensar em cumprimento de sentença para pagamento de quantia, sem utilizar as regras do Livro II da Parte Especial que cuidam do processo de execução.

Então, será mais do que comum, corriqueiro mesmo, que exista um intercâmbio natural entre as regras processuais contidas no Livro I com o Livro II da Parte Especial, como, aliás, advertem os arts. 513 e 771 do CPC.

2. DISPOSIÇÕES GERAIS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

2.1 As regras processuais aplicáveis

Por expressa dicção do art. 513 do CPC, “o cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código”.

É preciso deixar claro que não há possibilidade de que o cumprimento de sentença possa chegar ao seu final sem o uso de regras processuais da Parte Especial do Livro II do CPC. Não apenas porque as regras atinentes a importantes atos executivos estão concentradas no referido Livro, mas também porque os dispositivos que cuidam da extinção da execução, inclusive do cumprimento de sentença, estão descritos no art. 924 que se situa no Livro II da Parte Especial. Fez certo o legislador em inserir, logo no primeiro dispositivo, o alerta sobre a necessidade de intercâmbio do Livro II com o I da Parte Especial do CPC.

2.2 Cumprimento de sentença e provocação do interessado

O art. 513, § 1.º, determina que: “o cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente”.

O referido texto deixou muito claro que, tratando-se de cumprimento de sentença que vise uma *expropriação* do executado (obrigação de pagar quantia), será necessário o requerimento do exequente. Sem esse *requerimento inicial* não terá início a fase de cumprimento de sentença para pagamento de quantia.

Nas demais modalidades de obrigação, ensejadoras de tutela executiva por desapossamento (entregar coisa) e por transformação (fazer e não fazer), a regra é a de que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente” (art. 536).

Como se disse anteriormente é clara a diferença de tratamento da tutela executiva expropriatória das demais modalidades de execução das obrigações específicas, e não é por acaso. Nestas os atos executivos de transformação e desapossamento não implicam expropriação do patrimônio

do executado, e, bem sabemos, historicamente no nosso ordenamento há a proteção do sacrossanto direito de propriedade (art. 5.º, *caput*, XXII, XXIII e LIV, da CF/1988), de forma que para o legislador deve haver um *devido processo* para que se dê a desapropriação do patrimônio de alguém. Eis um motivo claro para que o cumprimento de sentença para pagamento de quantia tenha um tratamento diferenciado em relação aos demais tipos de cumprimento de sentença (das obrigações específicas).

A rigor, quando alguém ajuíza uma demanda condenatória, seja ela de uma obrigação específica ou não, já está embutido na petição inicial o pedido de tutela jurisdicional satisfativa, ou seja, a sua pretensão só se esgota quando for satisfeito o direito revelado na sentença. Assim, no caso das obrigações de pagar quantia, em razão da necessidade de preservação maior do direito de propriedade, o legislador exige que, antes de dar início à fase de cumprimento de sentença, exista novo requerimento formulado pela parte interessada, sem o qual permanecerá inerte a jurisdição.

Seria de bom alvitre que o NCPC tivesse retirado essa exigência e mantido uma uniformidade teórica e lógica em relação ao cumprimento de sentença para pagamento de quantia com os demais casos.

Em relação ao *cumprimento provisório* da sentença, é outro o motivo pelo qual se faz necessário o requerimento que comece fase executiva. Nesse caso, *para qualquer modalidade de obrigação*, tem-se que o *risco decorrente da provisoriedade do título executivo* faz que o Poder Judiciário transfira para o interessado o ônus de pedir, de forma expressa, que se dê início a uma tutela executiva provisória. A provisoriedade do título executivo permite que se principie o cumprimento de sentença, mas impõe sobre o requerente o ônus de assumir o risco de iniciar a tutela executiva com um título que ainda esteja em formação (instável). É preciso que requeira expressamente o início do *cumprimento provisório da sentença* para qualquer modalidade de obrigação.

Ainda em relação a esse tema, é de dizer que o tal *requerimento do exequente* que dá início ao cumprimento de sentença para pagamento de quantia ou ao cumprimento provisório da sentença tem nome de *mero requerimento*, mas em tudo se assemelha a uma *petição inicial*, ou seja, embora o legislador tenha atribuído a tal manifestação do exequente um nome de mero *requerimento*, é este ato formal que principia a fase executiva e que será extinta por sentença.

O nome atribuído pelo legislador é o menos importante. Se o fez apenas para não confundir esse requerimento com a *petição inicial que dá início a um processo de execução* (títulos executivos extrajudiciais), isso não terá o condão de afastar nem a função e efeitos desse requerimento.

Assim como uma *petição inicial*, o requerimento inaugura a fase executiva e exige que o Poder Judiciário preste uma tutela jurídica que só extinguirá por sentença (art. 924 do CPC). Esse mesmo requerimento deverá comportar-se, em tudo, como se fosse uma *petição inicial*, e os efeitos serão os mesmos.

Assim, por exemplo, poderá nele pleitear medidas de urgência, fixará a competência do magistrado, mormente naqueles casos em que o legislador admite que o juízo da execução não coincida com o juízo da cognição, interrompe a prescrição, exige a fixação dos honorários devidos na fase executiva pelo magistrado, e que deverá vir acompanhado da memória discriminada do cálculo referente à quantia que se pretende obter do executado, é com esse requerimento que a parte deixa de ser autor e réu e passa a ser *exequente e executado*, deverá instruir a *petição inicial* com todas aquelas exigências dos arts. 798 e 799, se estiver incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento, enfim, passa-se com o requerimento inicial tudo aquilo que ocorre com uma *petição inicial*. A diferença de uma e outra,

se existir, permita-nos o trocadilho, é que esta inaugura uma nova relação jurídica processual e aquela, apenas uma fase executiva.

2.3 A intimação do executado

Com o requerimento executivo, o réu passa à condição de executado e é assim que será intimado da nova fase processual, a de *cumprimento da sentença* para o pagamento da quantia revelada na sentença. A partir de então a tutela jurídica estatal será destinada à expropriação do seu patrimônio por intermédio de atos executivos que, contra e independentemente da sua vontade, promoverão a satisfação do direito reconhecido ao exequente em seu título executivo judicial.

Como estamos diante de apenas uma *fase do novo processo*, o executado deste não precisa ser citado, *pois não se inaugura uma nova relação jurídica processual*, pois é apenas uma fase daquela que já havia se iniciado com a fase cognitiva. Por isso, anteriormente, a parte foi citada, e, para a fase executiva, será somente *intimado* da pretensão ao cumprimento de sentença.

Nesses termos o legislador fixa a regra no art. 513, § 2.º, de que o devedor, *desde que o requerimento executivo seja feito no prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença*, será intimado para cumprir a sentença:

- Pela regra geral das intimações, ou seja, pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos.
- Nas hipóteses em que for representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos por carta com aviso de recebimento que deverá ser enviada para o endereço que consta nos autos, pois, recorde-se o art. 77, V, diz que é dever das partes e de seus procuradores declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações,

atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva. Assim, não poderá o executado, posteriormente, alegar nulidade da sua intimação dizendo que não se encontrava mais naquele endereço que havia indicado quando atuou na primeira fase (cognitiva) do processo.²

- Será intimado pelo meio eletrônico, quando, no caso do § 1.º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos. Essa hipótese consagra situação em que, com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações.³
- Não se encaixando em nenhuma dessas hipóteses, ou seja, se é um réu revel desde a fase de conhecimento, será intimado por edital.

Se o requerimento executivo for formulado após um ano do trânsito em julgado da sentença, a intimação será feita na pessoa do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento encaminhada ao endereço constante dos autos, observado o disposto no parágrafo único do art. 274 e no § 3.º deste artigo (art. 513, § 4.º).

2.4 O exequente e o executado no cumprimento de sentença

O que foi dito em capítulos anteriores sobre as partes na execução valem tanto para o *processo de execução* quanto para o cumprimento de sentença. Tratando-se de *cumprimento de sentença* é mais fácil a identificação do executado porque o sujeito que passa a tal condição é aquele que já figurava no processo, salvo as substituições e as sucessões

permitidas por lei, e em desfavor de quem foi proferida a sentença que constitui título executivo. Talvez por excesso de zelo, o legislador previu de forma expressa a regra óbvia do art. 513, § 5.º, ao dizer, até em local impróprio, que “o cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”.

A regra é de uma obviedade incrível porque apenas aquele sujeito que tiver integrado a relação jurídica processual cognitiva, ainda que no direito material figurasse como corresponsável, é que suportará a condição de executado no cumprimento de sentença. O cumprimento de sentença deve ser efetivado contra aquele em desfavor de quem foi dada a sentença que revela o direito que se pretende satisfazer. Admite-se, contudo, as sucessões permitidas em lei e, até mesmo, a inserção de nova parte, como nos casos do incidente cognitivo de desconsideração da personalidade jurídica que pode ocorrer em qualquer fase do processo, inclusive na fase executiva do cumprimento de sentença já iniciado.

2.5. A sentença que decide relação jurídica sujeita a condição ou termo

No plano do direito material, normalmente, os negócios jurídicos e as obrigações neles contidas não se sujeitam a nenhuma condição ou termo para serem exigidas. Todavia, atipicamente, admite-se que determinadas obrigações fiquem sujeitas à ocorrência futura de alguma condição ou termo para que possam ser exigidas.

Denomina-se a condicional a obrigação subordinada a um evento futuro e incerto. Tal condição pode se manifestar de duas formas: suspensiva e resolutiva. A nós interessa, nesse caso, apenas a obrigação sujeita a condição ou a algum termo. Na condição suspensiva o credor não pode exigir a referida obrigação porque, a rigor, ela nem sequer se

completou, o que só ocorrerá quando se apresentar a respectiva condição. Depois disso, a obrigação se perfaz e torna exigível pelo credor.

Já a obrigação sujeita a um termo (convencional, legal ou judicial), como o nome mesmo já diz, é aquela que depende da verificação de um momento para que possam ser exigíveis, como vencimento do débito para que se configure o inadimplemento.

O que diz o art. 514 do CPC é que, “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o cumprimento da sentença dependerá de demonstração de que se realizou a condição ou de que ocorreu o termo”.

Na verdade, o que pretende dizer o dispositivo é que a sentença declaratória que reconhece a existência de uma obrigação sujeita a condição ou termo não poderá ser executada, simplesmente porque não é título executivo, pois falta a condição de exigibilidade necessária ao início da tutela executiva. A sentença declaratória pode ser líquida e certa, no sentido de reconhecer a liquidez e a certeza da obrigação sujeita a condição ou termo, mas lhe faltará a exigibilidade necessária para dar início à tutela executiva.

Assim, para que seja dado início ao cumprimento de sentença é mister que, além da própria sentença declaratória que já consta no processo, o exequente faça juntar aos autos a prova de que o termo ou condição se verificou e que assim possa dar início à tutela executiva. Nesse caso, estaremos diante de um título executivo misto, com parte dele judicial (sentença) e parte dele extrajudicial (demonstração da superação do termo ou condição).

2.6 Dos títulos executivos judiciais

Reservamos um capítulo próprio para tratar dos títulos executivos judiciais (art. 515) e extrajudiciais e por isso remetemos o leitor ao referido tópico.

2.7 Da competência no cumprimento de sentença

A competência do juízo no *cumprimento de sentença* (art. 516) foi tratada em capítulo próprio quando cuidamos da relação jurídica processual executiva, e, por isso, remetemos o leitor ao referido tópico.

2.8 O protesto da decisão judicial transitada em julgado

O art. 514 incorporou ao texto do Código de Processo Civil a técnica do *protesto da decisão judicial transitada em julgado*, o que em tese já era permitido e autorizado pelo art. 1.º da Lei 9.492/1997, que não faz nenhuma restrição de que dentre os títulos protestáveis possa estar incluída a decisão transitada em julgado com força executiva.

No âmbito do processo trabalhista há muito tempo essa técnica de efetivação da sentença já vinha sendo utilizada, e, ao colocá-la dentro do NCPC, e, em especial, nas disposições gerais do cumprimento de sentença, o legislador deu um passo fundamental e decisivo para que esta seja mais uma técnica de efetivação importante dos títulos executivos judiciais transitados em julgado. Entretanto, frise-se, tal técnica de execução indireta já podia ser realizada no âmbito do processo civil desde o advento da precitada lei do protesto.

Segundo o art. 1.º da Lei 9.492, o protesto é “o ato formal e solene pelo qual se provam a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Assim, não há nenhuma restrição, antes o contrário, de que as *decisões judiciais com força executiva transitadas em julgado* sejam objeto de protesto nos respectivos cartórios de protestos de títulos e documentos.

A grande vantagem e benefício do protesto da decisão judicial transitada em julgado não está no fato de o protesto constituir-se em *meio de prova do inadimplemento da obrigação*, tampouco o fato de ele dar

publicidade da mora do devedor, pois esses fins são alcançados por intermédio da instauração da fase procedimental executiva, posto que todos os atos processuais são públicos e certidões desse estado do processo podem ser obtidas e inclusive registradas como forma de evitar a fraude à execução.

Enfim, o maior benefício que o credor pode obter ao se protestar a decisão judicial transitada em julgado é o que ele produz na prática, na vida cotidiana, e que nenhum título judicial poderia conseguir de forma tão eficiente e lúcida que é o abalo do crédito do devedor. É que a partir do protesto do título o nome do devedor passa a ser inscrito nos serviços e cadastros de proteção ao crédito como Serasa, SPC etc., o que lhe causa enorme estorvo e complicações de seu crédito pessoal. Esse fato é que se torna deveras importante e eficiente para fazer com que o se devedor sinta compelido e estimulado a adimplir a obrigação contida no título protestado.

O Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado sobre o tema, admitindo a realização do protesto de sentença judicial transitada em julgado, e, nesse particular, o voto do Ministro Herman Benjamin é lapidar e sintetiza os fundamentos justificadores dessa técnica coercitiva que já vem sendo largamente utilizada na justiça do trabalho.⁴

Esse ato de protestar a decisão judicial transitada em julgado com força executiva é um ato simples, e disso não há o que o devedor reclamar, porque, sendo decisão judicial transitada em julgado com força executiva, não há razão para que esta não possa valer-se dos mesmos instrumentos coercitivos que se utilizam os títulos executivos extrajudiciais cambiais.

A rigor, frise-se, o art. 517 do NCPC foi até benevolente com o devedor, pois submeteu o protesto da decisão judicial transitada em julgado ao momento posterior ao inadimplemento do prazo do art. 523, ou seja, exige que seja dado início ao cumprimento de sentença, e, mais que isso, que o prazo para adimplir de 15 dias seja passado *in albis* sem o cumprimento pelo devedor.

Essa publicidade da inadimplência do devedor pode e deve ser mais um instrumento de agilização e coerção do devedor que terá consequências de divulgação de sua recalcitrância nos meios de proteção do crédito.

No NCPC, como se disse, o legislador ainda foi *benevolente* com o devedor, pois determina as seguintes condições para a realização do protesto: a) que se trate de decisão judicial transitada em julgado com força executiva; b) que tenha decorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523, o que significa, em outros termos, que só após o requerimento executivo feito pelo exequente e do inadimplemento no quinquídio do art. 523 é que o exequente poderá providenciar o protesto; c) que não pode ser feito o protesto de ofício pelo magistrado, fato que seria possível com a realização de convênios entre esses cartórios e o Poder Judiciário;⁵ d) que para efetivar o protesto incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão que deve conter os seguintes elementos (o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário).

Registre-se que, ainda que o devedor proponha ação rescisória para desconstituir a decisão judicial que deu origem a título executivo protestado, isso não terá o condão de cancelar o protesto, permitindo apenas que o executado, autor da ação rescisória, possa requerer, às suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.

Perceba-se que a eventual impugnação do executado não permite que se lhe atribua a mesma eficácia dada a ação rescisória comentada anteriormente. O legislador foi cirúrgico ao dizer que apenas a propositura de ação rescisória que tenha por alvo o título judicial transitado em julgado é que permitirá a anotação desta no cartório de protesto. Nenhuma outra ação poderá fazer as vias da ação rescisória, sob pena de tornar letra morta o dispositivo e a eficácia da medida de protesto.

Em caso de extinção da obrigação exequenda, devidamente comprovada, poderá o executado requerer ao juiz que determine ao cartório o cancelamento do protesto no prazo de três dias, contado da data de protocolo do requerimento.

2.9 A validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos e a objeção do executado

O art. 518 do CPC estabelece que “todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz”.

O dispositivo nada mais diz do que todas as defesas ou oposições que o executado pretender fazer tendo por mérito a validade do procedimento ou dos atos executivos ocorridos no curso do cumprimento de sentença podem ser arguidas por meio de simples objeção nos autos da própria execução, dando a entender que as hipóteses ali mencionadas referem-se às questões de ordem pública que envolvam vícios que acarretem a nulidade do feito, por exemplo, a falta de pressupostos processuais.

Esse dispositivo é importante porque deixa claro que as oposições de mérito (impugnação do executado ou embargos à execução) devem ser feitas pelos instrumentos adequados em seus respectivos momentos processuais, mas que as defesas processuais relativas ao controle da regularidade do processo e do procedimento do cumprimento de sentença e dos atos executivos podem ser feitas por petição ou objeção simples intra-autos pelo próprio devedor.

Esse dispositivo parece-nos muito útil no cumprimento das obrigações específicas em que a efetivação do comando da sentença é feito de forma muito lépida, por meio de atos de coerção e sub-rogação expedidos por mandados judiciais, de forma que o controle desses atos

(regularidade e adequação) poderá ser realizado por meio de petição ou objeção simples com base nesse dispositivo. Por mais que se pretenda questionar com essa defesa a proporcionalidade ou a razoabilidade do ato executivo coercitivo ou sub-rogatório determinado pelo juiz em busca da efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, tal defesa estará discutindo apenas o ato executivo, e não propriamente questões atinentes ao mérito da obrigação revelada no título executivo.

Não pode o devedor transformar o itinerário executivo em um campo minado onde para cada ato que se siga tenha uma nova defesa. O exercício dessa prerrogativa previsto nesse dispositivo deve ser usado com cautela e responsabilidade pelo executado, especialmente quando já tenha ultrapassado o momento adequado de sua defesa (embargos ou impugnação), sob pena de sua atitude ser considerada litigância de má-fé e sancionada como tal.

2.10 Tutela provisória, liquidação de sentença e cumprimento de sentença

A efetivação da tutela provisória nada mais é do que uma modalidade de execução fundada em título executivo provisório, fruto de uma tutela de urgência ou evidência, e, como tal, será necessário inúmeras vezes valer-se das regras e técnicas processuais relativas ao cumprimento de sentença, no que couber. O mesmo se diga, por exemplo, da liquidação de sentença que é mera fase cognitiva subsequente à condenação genérica, e, que, portanto, regras como a do art. 518 também devem lhe ser aplicadas. Exatamente por isso que o art. 519 do CPC diz, textualmente, que “aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória”.

-
- ¹ Esta afirmação deve ser vista *cum grano salis*, porque o legislador previu no artigo 1.012, §§1º e 2º a possibilidade de que uma execução fundada em título executivo extrajudicial, cujo título é sempre definitivo, passe a ter, naquelas circunstâncias do referido dispositivo, um regime de cumprimento provisório do artigo 523 do CPC.
- ² Nesse sentido, o art. 274 do CPC ao dizer que: Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria. Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.
- ³ Tanto nessa hipótese quanto na anterior determina o art. 513, § 3.º, que se considera realizada a intimação quando o devedor houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no parágrafo único do art. 274.
- ⁴ “Processual civil e administrativo. Protesto de CDA. Lei 9.492/1997. Interpretação contextual com a dinâmica moderna das relações sociais e o “II pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”. Superação da jurisprudência do STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1.º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC [de 1973]) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1.º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”. 3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão. 4. No regime instituído pelo art. 1.º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida”. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (REsp

750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. 6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. 7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2.º da CF/1988) e da imparcialidade. 8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito. 9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial. 10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o “Auto de Lançamento”, esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. 11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (*e.g.*, DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento etc.). 12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve “surpresa” ou “abuso de poder” na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio. 13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto. 14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em

âmbito judicial e administrativo”. 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares. 16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação – naturalmente adaptada às peculiaridades existentes – de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, *e.g.*, a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). 17. Recurso especial provido, com superação da jurisprudência do STJ” (STJ, REsp 1.126.515/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 03.12.2013, *DJe* 16.12.2013).

- ⁵ Por expressa dicção do art. 528, § 3.º, tratando-se de cumprimento de sentença para pagamento de alimentos, o protesto da sentença transitada em julgado é ato de ofício do juiz ao contrário do que determina a regra geral do art. 517. A razão dessa diferença de regime jurídico se dá em virtude da natureza do direito objeto do cumprimento de sentença (alimentos).

Capítulo II

CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NO CPC

A proteção jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer encontra-se dispersada nos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil:

- Arts. 497, 499, 500 e 501, que estão insertos na Seção IV (Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa), do Capítulo XIII (Da sentença e coisa julgada), do Título I (do procedimento comum), do Livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença) da Parte Especial do CPC;
- Arts. 536 e 537, que estão insertos na Seção I (Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer), do Capítulo VI (Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de

obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa), do Título II (Do cumprimento de sentença) do Livro I da Parte Especial do CPC;

- Arts. 814 a 823, que estão insertos no Capítulo III (da execução das obrigações de fazer e não fazer), do Título II (das diversas espécies de execução), do Livro II (do processo de execução) da Parte Especial do CPC.

A partir da análise locacional dos dispositivos supracitados, da forma como foram alocados pelo legislador, podemos chegar a algumas conclusões.

A primeira delas é que há uma clara divisão entre o *cumprimento de sentença* e o *processo de execução*. O primeiro encontra-se no Livro I da Parte Especial, em que podemos encontrar os diversos procedimentos de *cumprimento de sentença*, e o segundo no Livro II da mesma Parte Especial, que dispõe os diversos procedimentos das espécies de execução fundadas em título extrajudicial.

Por isso, nos arts. 536 e 537 do Livro I, tem-se o *cumprimento de sentença* das obrigações de fazer e não fazer, e nos arts. 814 a 823, o processo de execução das obrigações de fazer e não fazer.

Devemos nos lembrar que tanto as regras do Livro II podem ser emprestadas para o Livro I quanto as regras do Livro I servem subsidiariamente ao Livro II. O intercâmbio foi expressamente autorizado pelo legislador, como já comentado alhures.

Entretanto, se esse é o desenho dos dispositivos legais que tratam da tutela das obrigações de fazer e não fazer no CPC, então, qual seria a razão dos dispositivos 497, 499 e 500, insertos no Capítulo “da sentença e coisa julgada”?

De fato, o legislador perdeu ótima oportunidade de simplificar a questão, pois poderia ter inserido o conteúdo dos referidos artigos nos textos dos dispositivos do cumprimento de sentença das obrigações de fazer

e não fazer. Todas as informações ali contidas poderiam sim estar agasalhadas nos arts. 536 e 537 do CPC.

O isolamento dos referidos dispositivos foi assistemática e contraproducente para o operador do direito, pois, frise-se, todo o conteúdo do que está descrito nos tais dispositivos diz respeito a efeitos da sentença que poderiam estar alocados no procedimento do cumprimento de sentença.

2. OBRIGAÇÕES OU DEVERES DE FAZER E NÃO FAZER?

A tutela jurisdicional das prestações de fazer e não fazer engloba não apenas as oriundas de contrato, portanto, *obrigação* em sentido estrito, mas também as decorrentes de disposição legal (*deveres legais*), tais como os deveres legais fundamentais previstos na CF/1988 (meio ambiente, saúde, lazer etc.).¹

É importante que se diga isso porque o CPC não foi criterioso com a terminologia nesse particular, já que na Seção IV do Capítulo XIII do Livro I do Título I da Parte Especial usou a expressão “prestação de fazer e não fazer”, e ao tratar do cumprimento de sentença e do processo de execução adotou a expressão “obrigação de fazer e não fazer”.

Um simples passeio pelo texto constitucional permitirá que se identifique uma série de deveres fundamentais, individuais e coletivos, que todo cidadão tem o direito de obter do Poder Público.

Portanto, não apenas os direitos patrimoniais e disponíveis, ensejadores de obrigações em sentido estrito, são tutelados pelos referidos dispositivos do CPC, mas também todos os deveres jurídicos, previstos em lei, sejam eles individuais e coletivos, também poderão utilizar-se das regras contidas no CPC.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

3.1 A identificação do fazer e não fazer

Denomina-se positiva a obrigação de fazer que implica um *faciendi*. Já a obrigação de não fazer é assim chamada porque acarreta uma “abstenção”, um não fazer do obrigado.

Não pode ser olvidado que a obrigação de não fazer só pode ser assim denominada se não realizado o ato em que deveria ter havido a abstenção, pois, uma vez que tenha sido praticada, a tutela executiva que surge para o seu desfazimento é de obrigação de fazer. A obrigação de não fazer existe somente, precisamente falando, enquanto não praticado o ato que deveria ter deixado de sê-lo. A abstenção e a tolerância constituem a *obrigação de não fazer*. Se houve o descumprimento destas, a obrigação de desfazer, quando possível, é positiva e representa um *fazer* do obrigado. Tanto isso é verdade que não existe mora para esse tipo de obrigação.

São exemplos de obrigações de não fazer o dever de preservação ambiental, o dever de sigilo empresarial, a obrigação de não construir sobre determinada área etc.

3.2 Obrigações fungíveis e infungíveis

É fungível a obrigação de fazer cuja prestação respectiva pode ser executada por terceiro, enfim, que leva em conta o resultado prático a ser obtido, e não a pessoa que prestaria a obrigação.

Por outro lado, denomina-se infungível a obrigação quando a sua respectiva prestação deve ser executada por pessoa específica, no caso, o devedor. Portanto, não considera “somente” o resultado decorrente da execução da prestação, mas também a pessoa que executaria a prestação. Exemplo: todos os contratos *intuitu personae*, todas as obrigações de não fazer.

Parece claro que a inexorável importância dessa distinção reside no fato de que, sendo fungível a prestação das obrigações de fazer, o resultado

prático pretendido pelo credor será perfeitamente passível de ser alcançado por ato de terceiro, na medida em que este poderá executá-lo, independentemente da vontade do devedor, mas a suas expensas.

O mesmo não se passa com as obrigações de fazer com prestação infungível e em todos os casos das obrigações de não fazer (abstenção), em que só o devedor, na sua pessoa, poderia cumprir a obrigação, de forma que do seu descumprimento exsurge apenas a possibilidade de o credor receber as perdas e os danos pelo inadimplemento.

Assim, fungíveis são as obrigações ou deveres que podem ser prestados por terceiro, pois o mesmo resultado pode ser alcançado. Infungíveis são aquelas cujo resultado só pode ser obtido por ato do próprio devedor.

A diferença entre *obrigações infungíveis e fungíveis* tem enorme relevância para a tutela processual, pois, dependendo de qual se trata, diferentes serão os meios processuais disponíveis e eficazes para a obtenção do resultado pretendido pelo titular do direito.

O alcance do resultado da tutela específica da obrigação de fazer e não fazer dependerá da colaboração do obrigado *quando a sua participação for imprescindível, ou seja, essencial para se chegar ao resultado desejado*. Isso ocorrerá, necessariamente, quando se tratar de obrigações negativas, que, obviamente, só podem ser cumpridas pelo obrigado. Assim, o resultado a ser obtido com uma “abstenção” ou “tolerância” só será conseguido por uma atitude negativa do próprio devedor (são sempre infungíveis).

Já nas obrigações positivas há de se fazer a distinção entre as tutelas que podem ser obtidas sem a colaboração do devedor (fungíveis) e as em que existe tal dependência (infungíveis).

Nesse passo, cabe ao direito processual a disponibilização de meios e técnicas que permitam obter, com o menor sacrifício possível e maior efetividade possível, o mesmo resultado previsto no plano do direito material.

Exemplo dessa evolução processual é a obrigação de prestar declaração de vontade. Embora tal obrigação seja “juridicamente infungível”, afinal de contas apenas o devedor é que em tese poderia prestar a declaração de vontade, o sistema jurídico excogitou formas de se obter o mesmo resultado que se teria no plano do direito material, por exemplo, a *sentença judicial* que valha como a declaração não emitida, ou seja, se o devedor se recusa a cumprir a declaração de vontade, pode a sentença valer como a declaração não emitida. Por isso se diz que a infungibilidade da declaração de vontade é relativa, uma vez que a sentença emitida “constitui” a situação jurídica final, que deveria ter sido oferecida ao credor por ato do obrigado.²

Decerto que, em algumas obrigações, como a pintura de um quadro por um artista famoso, o recital de um determinado músico etc., existe uma coincidência entre a infungibilidade natural ou jurídica, e nessas hipóteses a tutela jurisdicional se mostra incompetente, sendo salutar, principalmente para esses casos de uso dos meios de coerção patrimoniais. Tudo isso para evitar que o autor tenha de se contentar com a “meia justiça” da conversão da obrigação específica em perdas e danos.

4. A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Aprioristicamente, a conversão em perdas e danos não parece favorável ao credor, que só poderá obter a quantia convertida após prévia liquidação (quando o contrato já não preveja o valor) e posteriormente por intermédio de uma execução por expropriação, seguindo o rito processual dessa modalidade de obrigação, caso o devedor não cumpra voluntariamente o preceito condenatório previsto na sentença.

Exatamente por isso, porque representa um custo muito elevado ao jurisdicionado, a conversão da obrigação em perdas e danos não é mais uma imposição do sistema com a qual deve submeter o credor. A solução da conversão em *perdas e danos* não se aponta como solução imediata para a

inexecução das obrigações de fazer e não fazer, pois, inclusive, há de se lembrar que existem determinados deveres de fazer e não fazer que não encontram um correspondente em pecúnia nem mesmo podem ser “compensados” de forma justa e equitativa, por exemplo, o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado que para ser alcançado depende do cumprimento de uma série de deveres do poder público e da própria coletividade.

A violação desses deveres impõe ao titular desse direito (povo) uma situação irreversível e inconciliável com perdas e danos, pois não há, por exemplo, perdas e danos que se equiparem à perda da qualidade de vida causada pela poluição, a extinção de uma espécie, a supressão de um monumento natural etc.

É exatamente por isso que a tutela processual dos deveres e obrigações de fazer e não fazer deve ser ágil, eficiente, robusta e que permita a obtenção do mesmo resultado que se teria no plano do direito material, ou, na pior das hipóteses, o resultado prático equivalente. Só em último caso deve-se buscar a tutela pecuniária das perdas e danos, exceção feita quando se tratar de direito patrimonial e disponível, e que seja opção do próprio credor.³

Segundo o art. 499, o momento para a conversão em perdas e danos deve ocorrer “quando for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”, o que pode se verificar não apenas na propositura da demanda, mas também no seu final, quando se mostrem infrutíferas as técnicas de efetivação da tutela *in natura*. Nesse caso, deve-se promover a liquidação antes ou depois de iniciado o cumprimento de sentença. Nessa hipótese o legislador deixa bem claro que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação” (art. 500 do CPC).

É de dizer que o referido dispositivo admite que, por opção do credor, poderá ser feita a conversão das perdas e danos, ainda que em tese fossem possíveis a obtenção da tutela específica e o resultado prático equivalente. Nesta última hipótese, uma de duas: ou o credor já ajuíza a demanda reclamando a tutela pecuniária ou só poderá fazê-lo no seu curso seguindo as regras de alteração do pedido do art. 329 do CPC.

5. O RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE

O sistema processual tem se esmerado em excogitar meios que sejam adequados à proteção dos direitos. Com a reforma processual de 1994, o legislador introduziu no CPC o art. 461 que deu importante e irreversível passo à frente na tutela das obrigações e deveres de fazer e não fazer.

Naquele dispositivo o legislador previa que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Aí, portanto, surgiu a figura jurídica do “resultado prático equivalente” sobre a qual não existe ainda hoje um consenso doutrinário a respeito do seu conceito e alcance. Tal expressão foi mantida no art. 536 do CPC que assim diz:

No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Inicialmente, cabe dizer que o “resultado prático equivalente” está previsto apenas nos dispositivos referentes ao cumprimento de sentença,

mas em nosso sentir não há motivos para não aceitar no processo de execução as prestações de fazer e não fazer.

Identificar o conceito da referida expressão não tem sido tarefa fácil, mas parece-nos que o legislador pretendeu dizer que *o resultado prático equivalente* seria um resultado diverso do que se obtém com a tutela específica. Vejamos.

O sistema processual de tutela das obrigações específicas procura fornecer todos os meios possíveis para que o autor possa obter o mesmo resultado que teria caso a utilização do processo fosse desnecessária pelo cumprimento voluntário da obrigação. Assim, chega-se à tutela específica quando se alcança o mesmo “resultado que haveria se não fosse necessário processo”.

Entretanto, esse resultado idêntico ao do voluntário adimplemento pode ser alcançado de duas formas: por conduta do próprio obrigado ou por mecanismos que possam substituir a sua conduta. Assim, quando se obtém o *mesmo resultado* por ato do próprio devedor ou por medidas que alcancem o mesmo resultado, então teremos a tutela específica. A coincidência de resultados no plano do direito material é que determina tratar-se de tutela específica.⁴

E quando não for possível alcançar a tutela específica, ou seja, o mesmo resultado, caso tivesse sido espontaneamente cumprida a obrigação?

Portanto, considerada a impossibilidade de obtenção da tutela específica, exsurge a questão formulada no parágrafo anterior. Deve-se converter a obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos ou há ainda outra possibilidade de obter um resultado *in natura*, embora diverso do originalmente previsto na obrigação inadimplida?

Em nosso sentir, o resultado prático equivalente é forma de obter uma *reparação* específica (*in natura*), portanto, um resultado que não coincide com aquele originariamente previsto no plano do direito material,

mas que do ponto de vista prático atende, a um só tempo, às expectativas do credor sem agravar a situação do devedor.

Argumentar-se-ia que não seria lícito pensar que o resultado prático equivalente fosse distinto daquele obtido na tutela específica, porque senão estaríamos diante de uma decisão *extra petita*, na medida em que o resultado alcançado seria diverso do pleiteado.

A nosso ver, a própria previsibilidade legal do “resultado prático equivalente” no art. 536 do CPC já demonstra que não existe violação da congruência entre pedido e sentença. Ao propor a referida demanda, já se sabe que na impossibilidade de se alcançar a tutela específica o legislador autoriza, alternativa e subsidiariamente, a obtenção do resultado prático equivalente.

O referido dispositivo não deixa dúvidas ao dizer que o juiz tomará as medidas necessárias e adequadas para atingir um fim: a efetivação da tutela específica **ou** a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.⁵

O *resultado que vale igual* (*equi* = igual + *valente* = vale) ao da tutela específica não é, obviamente, o mesmo resultado. Trata-se de resultado que se *equipara* àquele, porque na prática tem igual valor para o exequente, além, é claro, de poder ser suportado pelo executado de forma razoável e justa. Entendemos que existe a previsão da fungibilidade do pedido mediato no art. 536, algo que inclusive já existe em outras situações expressamente previstas em lei.⁶

Assim, por exemplo, são casos de resultado prático equivalente o recolhimento de livros que não poderiam ser publicados, o desligamento do som de bares e restaurantes que violaram a proibição de música ao vivo estabelecida em lei municipal, o custeio pelo Estado de consultas e medicamentos que deveriam ser gratuitamente por ele fornecidos, o reflorestamento de área que não deveria ser desmatada, a entrega de um bem móvel (carro, televisor, geladeira etc.) de marca semelhante em qualidade àquela que deveria ser prestada etc.

Em nenhum, absolutamente nenhum, desses casos, houve tutela específica da obrigação, pois o resultado no plano do direito material não é coincidente com aquele que se teria caso fosse espontaneamente cumprida a obrigação ou o dever legal. Todavia, em todos esses casos existe a obtenção de uma tutela reparatória *in natura* que se aproxima daquele que se teria com a tutela específica.

É claro que há situações em que o *resultado prático equivalente* pode se distanciar muito da tutela específica da obrigação, e, nessas situações, recomenda-se que esse conceito vago seja preenchido mediante cooperação e contraditório das partes, ou seja, se nos exemplos supracitados se vislumbra com alguma tranquilidade a possibilidade de se obter o resultado prático equivalente, há outros em que essa definição do que seja “resultado prático equivalente” mostra-se arenosa e de difícil delimitação, como no caso, por exemplo, de determinado arquiteto escolhido a dedo (*intuitu personae*) pelo credor para desenhar a planta de sua casa que se recuse a cumprir o contrato. Nesse caso, poderia o magistrado substituir o arquiteto por outro, com igual *expertise* e nome, para fazer a planta da casa sem consultar os credores? Parece-nos que não, porque nesse caso específico a obrigação de fazer guarda um personalismo tal que o juiz não poderia arvorar-se em definir o resultado prático equivalente sem antes ouvir e ter a aquiescência do credor.

De qualquer forma, o art. 536 se presta tanto à tutela específica da obrigação quanto ao seu resultado prático equivalente, ou seja, o mesmo resultado no plano do direito material, quanto a tutela reparatória *in natura* resultante do eventual descumprimento da obrigação ou dever legal.

6. O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E O PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER E A PRIORIDADE DA TUTELA *IN NATURA*

A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no CPC encontra-se desenhada da seguinte forma: processo de execução autônomo de obrigação de fazer e não fazer (art. 814 e ss.) e cumprimento de sentença de obrigação de fazer e não fazer, cujas regras estão delimitadas nos arts. 497 e ss. e também nos arts. 536 e 537.

Embora, excepcionalmente, os arts. 498 e 499 e 815 do CPC possam ser utilizados para se alcançar a tutela genérica (perdas e danos), resta claro que tais dispositivos não foram ali colocados para tal desiderato. É que tais normas (arts. 497, 536 e 814) procuram privilegiar o princípio da “maior coincidência possível” já explicado *retro*, evitando que o processo funcione como instrumento de se obter uma “meia justiça” (tutela genérica, nesse caso).

A necessidade de se buscar prioritariamente a tutela específica em detrimento da tutela das perdas e danos é uma imposição do direito material não apenas de ordem principiológica (o direito de cada um receber o que lhe é devido), mas diretamente relacionada com aspectos práticos e concretos do próprio bem da vida perseguido em juízo.

Tome-se como exemplo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo. Imaginemos o direito de todos respirarem um ar puro e livre de poluição. A tutela da qualidade do ar atmosférico deve privilegiar, primeiramente, a tutela específica, inibindo condutas que possam desequilibrar o ambiente, mas, em relação ao passivo ambiental já existente, deve privilegiar a adoção de soluções que, *in natura*, promovam a reparação do ar poluído, ou seja, resultados práticos equivalentes. E isso por uma razão muito simples, qual seja, a ninguém do povo interessa, aprioristicamente, a tutela das perdas e danos, pois nada se compara ao bem de uso comum meio ambiente. O dinheiro jamais irá substituir o “ar limpo” em termos de importância e igualdade de fruição do referido bem pelo povo.

Exatamente por isso e por tantos outros aspectos principiológicos e materiais do direito substancial que a conversão da obrigação em perdas e danos é algo subsidiário e apenas aceitável se impossível a tutela *in natura* (específica ou pelo equivalente), ou se, tratando-se de direitos patrimoniais e disponíveis, a conversão seja uma opção do autor.

Nesta toada, tem o CPC se esmerado em criar e desenvolver as mais variadas técnicas processuais (processos, procedimentos e provimentos) que permitam realizar em concreto o direito material das obrigações de fazer e não fazer.

Aquele sentimento existente no CC de 1916 de que bastava o devedor recusar-se a cumprir a prestação de fazer e não fazer para que a conversão fosse imediata já não existe mais no atual estágio da tutela jurídica da prestação do fazer e não fazer. Caso o devedor assumira essa postura, as regras processuais e materiais permitem que o Estado juiz atue com rigor no sentido de ofertar ao credor a tutela específica da obrigação ou o seu resultado prático equivalente.

É curioso notar que o NCPC manteve, inexplicavelmente, a abissal diferença entre o *cumprimento de sentença da obrigação de fazer e não fazer* e o *processo de execução das obrigações de fazer e não fazer*, dando a este um tratamento processual infinitamente pior do que àquele.

É realmente incompreensível que os dispositivos processuais destinados à tutela do *provimento judicial* que impõe uma obrigação de fazer seja infinitamente mais moderno, mais forte e robusto do que as regras processuais disponíveis no CPC para a efetivação de títulos executivos extrajudiciais dessa modalidade de obrigação (processo de execução). Chega a ser risível a diferença, e, depois de tantas críticas doutrinárias absolutamente coerentes desse problema que já se arrastava no CPC de 1973, o legislador simplesmente manteve a mesma situação, o que obriga o magistrado e o operador do direito à utilização corriqueira dos arts. 536 e

ss. para a tutela das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título extrajudicial.

Voltando aos mecanismos e técnicas processuais desenvolvidas pelo legislador para a tutela das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título judicial, merecem destaque a fungibilidade e a cumulatividade de meios executivos coercitivos e sub-rogatórios que podem ser utilizados pelo magistrado, a liberdade do magistrado em escolher o(s) meio(s) que lhe parece(m) mais adequado(s) e razoável(is) para obtenção da tutela, a ausência de tipicidade procedimental para se alcançar o resultado, a possibilidade de antecipação da tutela específica,⁷ a própria possibilidade de obtenção de um resultado prático equivalente quando impossível a tutela específica etc.

6.1 O cumprimento de sentença das obrigações de fazer e não fazer

O cumprimento de sentença das obrigações de fazer e não fazer encontra-se disposto em dois locais diversos no CPC: nos arts. 497, 499, 500 e 501, que estão insertos na Seção IV (Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa), do Capítulo XIII (Da sentença e coisa julgada), do Título I (do procedimento comum), do Livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença) da Parte Especial do CPC; e nos arts. 536 e 537, que estão inseridos na Seção I (Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer), do Capítulo VI (Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa), do Título II (Do cumprimento de sentença) do Livro I da Parte Especial do CPC.

6.1.1 Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer e não fazer – A pretensão à tutela específica

Como foi dito anteriormente, a tutela jurisdicional específica pode ser satisfeita mediante cumprimento de sentença ou processo autônomo, dependendo tratar-se, respectivamente, de título judicial ou extrajudicial.

Atendo-nos aos provimentos judiciais, interinais ou finais, percebe-se pelo art. 497 do CPC que o legislador determina que, “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer e não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente”.

A sentença de procedência nessas demandas implica a concessão de uma tutela específica ou a concessão de um resultado que outorgue ao titular do direito um resultado prático que equivalha ao da tutela específica.

É salutar deixar claro que deve estar compreendida no conceito de tutela específica toda e qualquer tutela jurisdicional que outorgue ao titular do direito o *mesmo resultado que teria no plano do direito material*. Entretanto, o que seria esse mesmo resultado, enfim, quando ele aconteceria? É o que tentaremos demonstrar no tópico seguinte.

6.1.2 *O dano e o ilícito e sua tutela específica*

O reconhecimento de direitos fundamentais e de direitos extrapatrimoniais, que, portanto, não admitem qualquer forma de violação (saúde, lazer, meio ambiente etc.), fez com que a noção clássica de *ilícito e dano*, vistos como faces indissolúveis de uma mesma moeda, deixassem de ser uma premissa incontestável para a configuração do direito à tutela jurídica.

A clássica noção da tutela condenatória (tutela que pressupõe o dano) como meio de se obter um ressarcimento pelo dano ocorrido é imprestável para essa modalidade de direitos que exigem uma tutela específica, justamente porque o uso e gozo desses direitos jamais encontram correspondente patrimonial justo e equânime. Ora, a quem interessa a indenização pela perda da qualidade de vida decorrente da poluição hídrica?

A quem interessa a verba compensatória resultante da condenação do Estado que não prestou a saúde como deveria? Enfim, há um sem-número de situações, públicas e privadas, que justificam a tutela dos direitos da forma específica.

Não por acaso a CF/1988 prescreve o direito de todos a uma tutela jurisdicional contra a *lesão* ou contra a *ameaça* ao direito. Daí se extrai o direito constitucional de se obter uma tutela que proteja o indivíduo não apenas contra uma lesão (prejuízo, dano), mas também contra o direito ameaçado ou em situação de risco. Portanto, a proteção do direito, e não necessariamente do direito lesionado, também faz parte do acesso efetivo à justiça.

A partir da abertura do conceito do direito fundamental de ação, bem como o reconhecimento de que determinados direitos devem ser prestados na sua forma específica, percebeu-se que nem sempre dano e ilícito são indissociáveis e que, por isso mesmo, podem existir tutelas autônomas tanto do dano quanto do ilícito, sem que se precise dizer que tais modalidades de tutela seriam “cautelares”.

Esse tempo passou, e, por isso mesmo, não se pode mais admitir que o conceito de ilícito civil, especialmente como está descrito no art. 186 do CCB,⁸ já não atende mais os ditames constitucionais de tutela de direitos. Isso porque ato ilícito era tomado como formado pela conjugação de dois elementos: o dano (prejuízo) e a violação do direito. A rigor, dever-se-ia entender a antijuridicidade como elemento autônomo para configuração do ilícito, e, portanto, passível de ser tutelado.

É sob esse matiz que se coloca a tutela das obrigações e deveres de fazer e não fazer, ou seja, deve-se admitir essa modalidade de tutela tanto para inibir o ilícito quanto para removê-lo, independentemente de estar ou não vinculado ao dano. Da mesma forma, deve-se admitir a tutela preventiva ou ressarcitória do dano. A identificação desse fenômeno, dano e ilícito, como elementos que podem ser protegidos de forma autônoma

permite que se maneje com maior efetividade e levidez a tutela adequada à proteção do direito de se obter a tutela específica.

Atento a esse aspecto deve-se ler o parágrafo único do art. 497 que assim diz: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência do dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Esse dispositivo é de uma importância descomunal porque reconhece a necessidade de o ordenamento jurídico tutelar os direitos de forma adequada e justa.

Tal dispositivo mostra-se fundamental para a tutela de direitos da personalidade, direitos difusos, direitos fundamentais etc., em que a tutela específica deve ser prestada, sob pena de incalculável prejuízo a quem suporte os danos ou os ilícitos de seu descumprimento.

É inevitável que se repense a teoria da responsabilidade civil porque o dano – visto como prejuízo material – não deve mais ser a sua base de sustentação. O mero risco à violação desses direitos que só admitem fruição e gozo se prestados na forma específica já deveria ser configurador do dano com possibilidade de ser indenizado. O risco, a insegurança, o receio de violação desses direitos não deixam de ser um dano extrapatrimonial, o qual, por isso mesmo, não deveria ficar impune nem indene.

6.1.3 A obrigação de prestar declaração de vontade

É certo que a obrigação de emitir declaração de vontade se alcança por intermédio de uma obrigação de fazer juridicamente infungível, porque, pelo menos em tese, ninguém poderá prestar a vontade de outra pessoa.

Entretanto, cabe aqui uma consideração. A infungibilidade no cumprimento de uma obrigação de fazer pode ser bipartida em “natural” ou “jurídica”, tal como muitíssimo bem distinguido por Calamandrei⁹ e Chiovenda.¹⁰

O inadimplemento da obrigação *naturalmente infungível* implica em perdas e danos; contudo, quando uma obrigação é infungível apenas em virtude de um princípio jurídico, nada impede que o Estado legislador excogite meios aptos e idôneos para que se possa alcançar um resultado equivalente àquele que se obteria caso o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação.

No presente caso, “não presta o Estado pelo devedor a declaração de vontade; cria, porém, uma situação equivalente à que nasceria se aquela declaração fosse prestada”.¹¹

De fato, não é o Estado (sentença) que presta a declaração não emitida nem a “sentença substitui a vontade” do devedor, pois simplesmente ela, a sentença, tem os mesmos efeitos da declaração não emitida. Nesse passo, parece-nos de boa técnica a redação do art. 501 do CPC, quase cópia do artigo do CPC italiano, ao dizer que a sentença tem os “mesmos efeitos da declaração não emitida”. Já o CPC de 1939 (art. 1.006), que reproduziu a primeira parte do *ZPO* alemão (§ 894), fez uso da técnica legislativa da ficção jurídica, sempre abominável, ao dizer que (art. 1.006), “condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado”.

O que deve restar claro para o operador do direito é que as obrigações de prestar declaração de vontade ensejam uma tutela específica para obtenção de uma sentença condenatória que imponha ao devedor o dever de emitir a vontade, mas que, se não realizada pelo réu no prazo fixado pela sentença, então, já determina o legislador processual a incidência de uma técnica executiva que faz que a sentença tenha, ela própria, o mesmo efeito de uma declaração não emitida.

Pela simples observação da localização do art. 501 do CPC, pode-se perceber que o legislador processual leva em consideração apenas as situações jurídicas em que a *prestação de declaração de vontade* seja objeto de uma ação cognitiva que enseje o cumprimento de sentença. Aliás, no

próprio texto do art. 501 menciona-se que “a sentença produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. E se a referida obrigação de prestar a declaração de vontade estiver contida em um título executivo extrajudicial?

Nesse caso, mantendo o defeito do CPC revogado, o NCPC simplesmente ignorou a hipótese ventilada na questão anterior, que, diga-se de passagem, é bem mais provável do que a prevista no CPC (cumprimento de sentença de prestar declaração de vontade). Entendemos que seria ilógico e irrazoável que o exequente tivesse que dispor do título executivo extrajudicial para buscar a tutela jurisdicional de conhecimento apenas para fazer uso do art. 501 (tendo em vista a lacuna dos arts. 814 e ss. em relação ao tema). Assim, pensamos que, uma vez iniciado o processo de execução para o executado prestar a declaração de vontade não emitida, deverá o magistrado aplicar o art. 816 em consonância com o art. 501, ou seja, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente requerer que o juiz profira decisão que tenha os mesmos efeitos da declaração não emitida.¹²

6.1.4 *As técnicas de efetivação (medidas necessárias) da tutela específica*

O art. 536 menciona que “para a obtenção da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente” o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Aquilo que o legislador denomina de “medidas necessárias à satisfação do exequente” nada mais são do que os meios executivos, subrogatórios ou coercitivos, que poderão ser utilizados pelo magistrado para realizar a satisfação da tutela (específica ou o resultado prático equivalente).

Tais *medidas necessárias*, como o nome mesmo já diz, devem atender a um critério de proporcionalidade e razoabilidade, e, sob esse viés, podem ser controladas pelo executado por intermédio da impugnação do art. 525 (art. 536, § 4.º), no que couber, além da possibilidade de oferecer

contra elas o recurso de agravo de instrumento, se entender que foram irrazoáveis e desproporcionais.

Por expressa dicção do legislador, não há um rol fixo ou limitado de quais medidas poderão ser utilizadas pelo magistrado para satisfação da tutela concedida em provimento judicial provisório ou definitivo. Na verdade, a própria expressão “medidas necessárias” remete o magistrado a uma análise do caso concreto e a um juízo de valor que, permeado de razoabilidade e proporcionalidade, identifique qual o melhor meio para se obter a satisfação do direito exequendo. Esse meio deve ser *necessário* sob a perspectiva do credor e do devedor, ou seja, sem ele não poderia ser obtida a satisfação, e, ao mesmo tempo, constitui o meio menos gravoso para o executado (art. 805).

O que fez o legislador foi dar um norte, uma diretriz, um caminho a ser seguido pelo juiz ao ditar algumas medidas de coerção e sub-rogação que poderão ser por ele utilizadas, separada ou cumulativamente, para se obter a satisfação do direito. É o que fez o art. 536, § 1.º, ao dizer que, “para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”, deixando claro que, se for necessária a expedição de “mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1.º a 4.º, se houver necessidade de arrombamento”.

A partir da redação desse dispositivo percebe-se que, em relação à tutela específica de direitos, o legislador adotou, claramente, a *atipicidade dos meios e do procedimento executivo* na medida em que não fixa nem o itinerário nem os meios que poderão ser utilizados pelo magistrado no cumprimento de sentença.

O dispositivo (art. 536) fala em atuação de ofício do juiz ou em requerimento da parte, mas não custa lembrar que ao propor a demanda sincrética (cognição com execução) o autor da demanda formula a dupla pretensão, de forma que o magistrado já havia sido provocado à prestação dessa tutela satisfativa.

É claro que, se se tratar de sentença ou provimento judicial que esteja impugnado por recurso sem efeito suspensivo, o eventual cumprimento de sentença será provisório e seguirá as regras atinentes do art. 520, § 5.º, não sendo admitida a atuação oficiosa do magistrado, ou seja, dependerá de requerimento do exequente que submeterá aos riscos inerentes a uma execução (cumprimento) provisória.

Importa dizer que o descumprimento e a recalcitrância do executado em cumprir a ordem judicial que impõe o cumprimento da tutela específica ou do resultado prático equivalente configuram ato atentatório à dignidade da justiça, como se depreende do art. 77, IV, do CPC, e, também por expressa dicção legal incide a regra dos §§ 1.º e 2.º, devendo o executado ser advertido e, posteriormente, punido com a sanção punitiva de multa processual sem prejuízo de outras de natureza cível, processual e criminal. Assim, é pertinente a legítima regra do art. 536, § 3.º, que assim diz: “O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência”.

Dentre as medidas de apoio para satisfação da tutela específica ou do resultado prático equivalente o legislador dá enorme destaque à multa coercitiva, dedicando um artigo inteiro para tratar do seu regime jurídico. É o que passaremos a abordar no próximo tópico.

6.1.5 *A multa do art. 537 do CPC*

A denominada *astreinte*, inspirada no direito francês e no instituto do *contempt of court* do ordenamento anglo-saxão,¹³ é forma de coerção

psicológica do executado, atuando no sentido de pressioná-lo a cumprir a obrigação específica.

Também é aplicável nas execuções de fazer e não fazer fundadas em título executivo extrajudicial, e com especial destaque aos deveres de fazer e não fazer de natureza não obrigacional, em que a tutela específica é a única forma de se conceder justiça ao jurisdicionado.

A multa tanto pode ser aplicada para servir de técnica de coerção para provimentos provisórios como para provimentos finais que concedam a tutela específica ou o resultado prático equivalente.

Feitas essas considerações preliminares, temos que a multa prevista no art. 537¹⁴ possui natureza processual e serve como meio de coerção para que o obrigado possa cumprir obrigação que lhe foi ordenada. O valor da multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação, o que significa dizer por exemplo, que nada adianta uma multa em horas se a obrigação só pode ser cumprida em dias. A noção de suficiência deve estar atrelada à força coercitiva que deve ter a multa para estimular o sujeito a imaginar que é mais vantajoso cumprir a obrigação do que suportar a multa decorrente do descumprimento.¹⁵

Embora seja muito mais útil nos casos de prestação infungível, não deve ser descartada a sua utilização quando se tratar de prestação fungível, porque o que se busca, aprioristicamente, é a tutela específica ou o resultado prático equivalente.

Segundo o artigo citado, a medida coercitiva pode ser concedida de ofício, o que permite que também seja revogada ou majorada independentemente de requerimento da parte, caso verifique que: a) se tornou insuficiente ou excessiva; b) o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.¹⁶

É importante observar que a possibilidade de o magistrado, fundamentadamente, modificar o valor e a periodicidade da multa, e até mesmo excluí-la nas hipóteses descritas nos incisos do § 1.º do art. 537,

restringe-se apenas ao que não se referir ao passado, ou seja, apenas às situações vincendas, posto que para o passado já está acobertada pela preclusão, salvo se tiver sido objeto de impugnação recursal pela parte. A expressão “modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la” deixa muito claro que não pode o juiz, sob pena de violar a segurança jurídica, mexer a seu bel prazer com a multa, ora colocando, ora tirando, como se fosse um brinquedo nas suas mãos. Apenas sobre as vincendas é que poderá revogar ou alterar o seu valor ou periodicidade.

Uma questão tormentosa do ponto de vista acadêmico é saber o destinatário da multa. Dissemos “acadêmica” porque, *de lege lata*, o legislador disse que o destinatário dela é o exequente, nos termos do art. 537, § 2.º. O tormento doutrinário se dá pelo fato de que essa multa possui, em sua essência, um caráter público inegável, pois, como se disse, é um mecanismo processual destinado à efetivação da tutela do exequente. E, por ter uma veia pública, questiona-se o porquê de ela não ser destinada ao poder público, como se chegou a cogitar enquanto tramitava o projeto que deu origem ao NCPC. Não por acaso o tema é objeto de diversas soluções no direito comparado, em que a multa ora vai para o Estado, ora para o exequente, ora para ambos. Entendemos que seria correto se o legislador tivesse destinado a multa aos cofres públicos, inclusive porque do seu descumprimento incide outra multa, punitiva pelo descumprimento do referido comando. Esse parece ter sido, inclusive, o motivo pelo qual o legislador manteve a ideia de que a multa coercitiva deve destinar-se ao exequente.

Dessa forma, sendo ela destinada ao exequente como quis o NCPC, deve permanecer a alarmante prática de uma conduta maliciosa de exequentes inescrupulosos que, valendo-se dos provimentos mandamentais (com multa periódica imposta ao executado), aproveita-se da recalcitrância do devedor para deixar que a multa se acumule no tempo, informando ao juiz muito tempo depois – quando a soma da multa diária já está elevada –

que o devedor continua em mora. Então, iniciam uma execução para pagamento de quantia elevada oriunda da soma das multas que incidiram sobre o devedor. Tal aspecto tem sido observado pelos Tribunais e tem sido comum a revogação da multa impugnada com o reconhecimento da abusividade da conduta.

A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, e deve ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incs. II ou III do art. 1.042. O cumprimento será provisório enquanto não for definitiva a decisão de procedência em favor do autor da demanda. Não se descarta, em alguns casos, que a dita execução seja precedida de liquidação. Caso, ao final, o pedido do autor seja improcedente, a multa fixada para cumprimento da tutela não será devida, pois o provimento de improcedência é declaratório negativo, com efeito *extunc*, e reflete a inexistência do direito afirmado pelo autor.

A liquidez da multa deve ser aferida a partir da soma dos valores referentes ao período de descumprimento da decisão, cuja data de início é “o dia em que se configurar o descumprimento da decisão” e a data final, “enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado”, salvo se algum prazo tenha sido fixado pelo juiz ou da data de sua exclusão.

A multa coercitiva convive perfeitamente com as perdas e danos, como expressamente já foi dito no art. 500 do CPC, e, também é harmônica com a possibilidade de que a ela seja cumulada a penalidade da multa pelo ato atentatório contra a dignidade da justiça, como lembra o art. 77, §§ 1.º e 2.º, do CPC c/c o art. 536, § 3.º.

Não obstante a regra genérica do art. 771 do CPC permitir a aplicação do Livro I da Parte Especial subsidiariamente ao Livro II da Parte Especial, não se pode negar que o legislador perdeu grande oportunidade de dizer expressamente que os arts. 536, 537 e 497 e ss. emprestariam suas regras ao processo de execução (desapossamento e transformação).

É que a não adoção da regra supracitada poderia levar a certos anacronismos injustificáveis. Com efeito. Vejamos pelo menos duas hipóteses que se apresentam.

É o que se dá, por exemplo, quando o Ministério Público realiza um compromisso de ajustamento de conduta nos termos do art. 5.o, § 6.o, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985),¹⁷ em que esteja prevista uma conduta específica (dever de fazer e não fazer).

Nesse caso, por ser detentor de um título executivo extrajudicial, o eventual e único caminho judicial a ser percorrido pelo Ministério Público, caso precise atuar coativamente a norma concreta contida no título, será o processo de execução previsto nos arts. 814 e ss.

Por outro lado, caso o *Parquet* não tivesse firmado o compromisso e existisse a crise de descumprimento, o caminho seria então uma demanda cujo julgamento desembocasse num cumprimento de sentença descrito nos arts. 536 e ss. do CPC.

Outra fragilidade inexplicável é a ausência de tutela executiva de obrigação de não fazer prevista nos arts. 814 e ss., já que o art. 822 trata, na verdade, de obrigação e *desfazer*.

-
- ¹ Sempre que utilizarmos o vocábulo “obrigação” estaremos tomando-o como gênero de todas as modalidades de prestação de fazer e não fazer, ou seja, tanto as obrigações em sentido estrito quanto os deveres legais propriamente ditos.
- ² Apenas nas obrigações naturalmente infungíveis é que o resultado não pode ser alcançado sem a participação do devedor. A prestação de declaração de vontade, como a assinatura de um contrato pelo devedor, é juridicamente infungível, e por isso o seu resultado pode ser alcançado prescindindo da atuação do devedor.
- ³ Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.
- Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.
- [...]
- Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização.
- Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.
- ⁴ Parcela considerável da doutrina entende que o resultado prático equivalente é modalidade de tutela específica em que o resultado obtido coincide com aquele no plano do direito material, porém alcançado por meios e técnicas processuais que prescindam da conduta do devedor.
- ⁵ Igualmente: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.
- ⁶ A possibilidade de o exequente adjudicar o bem penhorado em vez de receber a quantia em dinheiro resultante da alienação do bem não deixa de ser *resultado prático equivalente*, ou seja, algo diverso do que originariamente estava previsto na obrigação (pagar quantia).

7 Merece aplausos o NCPC ao concentrar, num só dispositivo, as regras matrizes para a obtenção de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, em qualquer demanda, inclusive, nas que pretendam a imposição do fazer e não fazer.

8 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

9 Piero Calamandrei. *Studi sul processo civile*. Padova: Milani, 1934. v. III, p. 21 e ss.

10 Cf. *Istituzioni de diritto processuale civile*. v. 1, p. 187 e ss.

11 Luis Eulálio Bueno Vidigal. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 165.

12 Não incide aqui o óbice do art. 520, IV, porque não se está diante de uma execução provisória, mas sim definitiva.

13 O instituto do *contempt of court*, originado no ordenamento jurídico anglo-saxão, surgiu a partir das decisões dos tribunais ingleses, com a inexorável finalidade de coibir e reprimir os atos das partes que fossem ofensivos à dignidade da justiça. Sobre o tema, ver Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. p. 174.

14 Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1.º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2.º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3.º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos inc. II ou III do art. 1.042.

§ 4.º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5.º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

- ¹⁵ A multa, pela sua própria índole, deve servir como um estimulante positivo, e não negativo (quando é desproporcional) ao cumprimento voluntário da obrigação. Com isso se quer dizer que o juiz deve ter o maior cuidado ao aplicar a multa, de modo a conseguir o “justo ponto de equilíbrio entre o interesse na efetividade da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida razoável”.
- ¹⁶ Não se deve perder de vista que a multa tem uma finalidade *coercitiva* e não *punitiva*. Essa finalidade coercitiva deve ser o tempo todo questionada e avaliada pelo magistrado, ou seja, se uma obrigação é cumprida em horas e já se passam semanas sem que o devedor a cumpra, é certo que a multa mostra-se descabida. Manter a sua incidência como mecanismo de punição pela recalcitrância é afastar a *astreinte* do seu papel e violar o art. 77 do CPC que fixa limite para o *contempt of court*, além de desnaturar a função do instituto.
- ¹⁷ Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), art. 5.º, § 6.º: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Capítulo III

PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em capítulo anterior, versamos sobre a teoria geral das obrigações de fazer e não fazer ao tratar do cumprimento de sentença dessa modalidade de obrigação, e, por isso, as lições constantes naquele capítulo são perfeitamente aplicáveis nesta sede.

O que aqui se pretende cuidar é apenas do procedimento do processo de execução (título extrajudicial) das obrigações de fazer e não fazer constantes, fixando desde já uma premissa básica para o leitor de que não pode o portador de um título executivo extrajudicial ter uma situação processual pior do que aquele que dispõe de um título executivo judicial (provisório ou definitivo), dado que a eficácia abstrata dos títulos executivos é a mesma, mormente porque é definitiva a execução fundada em título extrajudicial.

Exatamente por isso parece-nos óbvio que o magistrado deve fazer uso irrestrito das medidas executivas (coercitivas e sub-rogatórias) previstas nos arts. 536 e 537, também quando se tratar de execução por transformação fundada em título extrajudicial (processo de execução).

A necessidade de tratamento isonômico fica ainda mais acentuada quando se verifica que no procedimento executivo previsto nos arts. 814 e ss. não tem a mesma flexibilidade judicial existente nos arts. 536 e ss.

Pelo procedimento previsto nos arts. 814 e ss., depois de definida a execução pelo terceiro, caberá ao exequente pagar ao terceiro pelo serviço, e, depois de este ter sido realizado, poderá cobrar do executado a quantia gasta com a execução da prestação específica.¹

Nada mais injusto e inefetivo. Por isso, é claro que poderão ser importadas as medidas executivas de apoio, com ampla liberdade de escolha pelo juiz (art. 536, § 1.º), também para as execuções de fazer e não fazer fundadas em título extrajudicial.

2. O INÍCIO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Apesar de o processo de execução se iniciar com a citação do devedor para que este cumpra a obrigação de fazer, seja em decorrência de um *faciendi* positivo ou de um *faciendi* originário do descumprimento de um não *faciendi* (abstenção), na verdade, a execução forçada só se inicia, com os seus atos característicos, depois de verificado o prazo para o cumprimento voluntário da prestação devida. Esse prazo de cumprimento do objeto da execução é fixado pelo juiz, e deve constar do mandado citatório. O juiz só não o determinará, se ele já estiver previsto no título executivo.

Nos termos do art. 814 do CPC “na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo”.

Desse dispositivo é importante deixar claro que a multa a ser fixada pelo juiz é uma multa de índole processual com papel coercitivo e que por isso mesmo segue a disciplina do art. 537 do CPC.

O parágrafo único do art. 814 parece confundir a multa contratual (normalmente prevista no título) que tem natureza civil, de direito material, com a multa processual que pretende atuar sobre a vontade do devedor no âmbito do processo.

Não parece lógico nem adequado que o título executivo contenha em si uma *astreinte*, seja porque sua natureza é processual, seja porque cabe ao juiz fixá-la se e quando houver a necessidade de satisfazer em juízo o direito revelado no título.

Portanto, frise-se, não cabe ao juiz reduzir ou alterar a *cláusula penal* ou *multa civil* existente no contrato que dá origem ao título executivo. Tampouco fica vinculado ao valor da multa civil para fixar a *astreinte* quando proferir o despacho citatório.

3. PRAZO PARA CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA OBRIGAÇÃO

Nos termos do art. 815 do CPC, “Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título executivo”.

O texto é claro e inequívoco. É o título executivo que deve dizer qual o prazo para o cumprimento da obrigação, só cabendo ao magistrado fixar o prazo se nada constar no referido título exequendo. Isso porque tal prazo contido no título representa a autonomia da vontade das partes, e sobre ela o juiz não pode dispor. Enfim, apenas no caso de lacuna do título é que deve fixar o prazo para cumprimento da obrigação, que, registre-se, deve ser razoável e adequado com a prestação de fazer a ser cumprida.

Se já constar o prazo no referido título, então caberá ao juiz fixar a *astreinte* levando em consideração o prazo já estabelecido no título.

Não podem ser confundidos, porque distintos, o prazo para o cumprimento da obrigação, fixado pelo juiz quando no título não constar, e o prazo para o oferecimento dos embargos do devedor pelo executado, que

segue disciplina própria dos arts. 914 e ss. Obviamente que esses prazos podem não coincidir, nem o termo inicial nem o termo final. O termo do primeiro (cumprimento da obrigação) será aquele estipulado no título, ou, quando neste não existir, aquele que tiver sido fixado pelo juiz. O termo do segundo (oferecimento dos embargos) é o décimo quinto dia depois da juntada do mandado de citação aos autos (arts. 915 e ss.).

4. A OPÇÃO PELAS PERDAS E DANOS

Independentemente da modalidade da execução das obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou não fungíveis),² por imperativo legal o exequente pode, sempre, optar pela reparação das perdas e danos em lugar da prestação devida, ainda que se trate de obrigação fungível, caso em que a execução se converte em execução por quantia certa.

Nos termos do art. 816, “se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa”.

Daí se extrai que, havendo conversão em perdas e danos, será necessário proceder à liquidação no curso da própria execução, abrindo-se um incidente cognitivo para esse desiderato, que terminará por decisão interlocutória de mérito fixadora do *quantum* devido. Só não acontecerá a referida liquidação se no próprio título já existir previsão das referidas perdas e danos, o que tornará mais fácil o início do procedimento expropriatório por quantia certa.

5. PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES FUNGÍVEIS

O início do processo de execução é feito por petição inicial, em que o executado é citado para, no prazo estabelecido pelo título extrajudicial, ou fixado pelo juiz, quando naquele não constar, cumprir voluntariamente a obrigação (art. 815 do CPC). Assim, uma vez citado, o executado poderá (talvez a hipótese mais remota) cumprir a obrigação no prazo determinado, caso em que estará extinta a obrigação, não sem antes oportunizar o contraditório ao exequente (arts. 818 c/c o 924 do CPC).

De outra parte, se for cumprida em parte ou não cumprida, permanece “viva” a execução. Nesse caso, o exequente tomará uma de duas atitudes (art. 816): a) requerer seja executada a obrigação às custas do devedor, o que poderá ser feito por intermédio de terceiro ou pelo próprio exequente; b) requerer conversão em perdas e danos.

Se requereu haver perdas e danos, então será feita a liquidação em incidente cognitivo nos autos da própria execução, e, depois, cobrada em execução para pagamento de quantia certa (art. 816, parágrafo único) num exemplo de conversão procedimental dentro do processo de execução.

Por outro lado, se requereu que seja executada a obrigação às custas do devedor, e o fato puder ser prestado por terceiros, então o juiz, a requerimento do exequente, decidirá que o terceiro realize a prestação às custas do executado (art. 817, *caput*), caso em que caberá ao exequente adiantar as despesas para o terceiro realizar a prestação (art. 817, parágrafo único).

Uma vez prestado o fato, o juiz ouvirá as partes (inclusive o terceiro, se necessário), no prazo comum de dez dias. Durante esse prazo, podem-se ou não impugnar aspectos relativos à execução da prestação do fato (art. 818). Não havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação. O credor poderá cobrar o que foi pago por meio de execução por quantia certa contra o executado.

Havendo impugnação, forma-se um incidente processual, com contraditório, entre o exequente, o executado e o terceiro, devendo o juiz

decidir de maneira sumária. Se o contratante abandonou o serviço, ou não o fez por completo, então o credor poderá requerer ao juiz que o autorize a concluí-lo, ou a repará-lo, por conta do contratante.³

Por fim, mais uma vez registra-se que o sistema de prestação de fato por terceiro continua sendo antiquado, quando comparado com a levidez e a simplicidade dos arts. 536 e 537 do CPC, que tem a seu favor um leque atípico de medidas, coercitivas e sub-rogatórias, que podem ser lançadas pelo juiz em busca da efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente. É óbvio que, subsidiariamente, tais regras devem ser aplicadas às execuções por transformação fundadas em título executivo extrajudicial.

6. EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES INFUNGÍVEIS

Como já dissemos, as obrigações infungíveis são aquelas que, em decorrência da sua natureza (por exemplo, uma informação sigilosa que só uma pessoa pode fazer), ou por convenção (contrato de um pintor famoso para fazer um quadro), só podem ser cumpridas pelo obrigado; enfim, são *intuitu personae*.

O art. 821 do CPC cuida do procedimento da execução dessas obrigações fundadas em título executivo extrajudicial, sempre lembrando que o juiz poderá importar as técnicas executivas dos arts. 536 e 537 do CPC.

Tratando-se de prestação infungível (fazer infungível ou de não fazer – abster ou tolerar) contida em título extrajudicial, o processo de execução ocorre por petição inicial, sendo o devedor citado para, no prazo estabelecido pelo título ou fixado pelo juiz, quando naquele não constar, cumprir voluntariamente a obrigação (art. 821, *caput*). Havendo recusa ou mora, converte-se a obrigação em perdas e danos (obrigação subsidiária) (art. 821, parágrafo único). Nesse caso, só será instaurado o incidente de liquidação das perdas e danos para apurar o *quantum* devido se no contrato não estiver previsto o montante da indenização para o caso de

inadimplemento. Uma vez apurado o valor, a execução será por cobrança de quantia certa, em uma atípica situação de título executivo misto, em que o valor apurado é fruto de atividade judicial, e o restante dos elementos do título (a quem se deve, se deve e quem deve) foram hauridos extrajudicialmente.

7. “EXECUÇÃO” DAS OBRIGAÇÕES DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE

As obrigações de prestar declaração de vontade podem estar contidas em títulos executivos extrajudiciais; fato, aliás, que se mostra extremamente comum em promessas de compra e venda de bens imóveis.

Contudo, mantendo a lacuna e o defeito já existente no CPC de 1973, o NCPC simplesmente ignorou essa possibilidade e previu a técnica dos efeitos da sentença valer como a declaração não emitida apenas nas hipóteses de *cumprimento de sentença de obrigações de fazer e não fazer*.

Entretanto, tal falha não constitui óbice para que a referida regra do art. 501 seja aplicado subsidiariamente ao processo de execução dessa modalidade de obrigação.⁴

Assim, *de lege ferenda*, a melhor solução nos parece a que, depois de citado o devedor para prestar a declaração não emitida contida no título extrajudicial, se este quedar-se inerte, deve o juiz proferir decisão cujo efeito valerá como a declaração não emitida. Lembre-se de que a questão do trânsito em julgado tem lugar quando o título é judicial, em que o art. 520, IV, veda, *a priori*, o cumprimento provisório da sentença. Todavia, sendo título extrajudicial, a execução é definitiva e, por isso, o exequente não pode ter o seu direito prejudicado, sob pena de admitirmos a absurda hipótese de o título extrajudicial não valer de nada, e o credor se ver obrigado a ajuizar a demanda que se satisfaça nos termos do art. 536 do CPC.

8. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER PREVISTAS NOS ARTS. 822 E 823 DO CPC⁵

Não há, propriamente, uma execução de obrigação de não fazer prevista nesses dispositivos, embora assim seja nominada pelo legislador. Quando o art. 822 alude ao desfazimento pelo devedor do ato que este deveria abster de praticar por decorrência de lei ou contrato, na verdade, não é da execução de uma obrigação de não fazer que se trata. Bem pelo contrário, é de obrigação de fazer, já que o “desfazer” é uma obrigação positiva do devedor.

O fato de essa obrigação nascer de um dever originário de abstenção não pode modificar sua natureza jurídica. As obrigações de não fazer não incidem em mora. Podem configurar-se como atos de tolerância ou em uma abstenção.

A obrigação de não fazer contida em um título extrajudicial poderá ensejar: a) a propositura de um processo executivo, em que o juiz imporá ao executado um comando judicial (decisão), compelindo o executado a abster-se ou a tolerar determinado fato ou ato, sob pena de multa ou outra técnica coercitiva, uma vez que as obrigações de não fazer são sempre infungíveis (podendo utilizar as regras de apoio dos arts. 536 e ss.); b) uma execução de fazer configurada no desfazimento do ato pelo devedor, que não deveria ter sido praticado por tolerância ou abstenção (arts. 822 e 823 do CPC), que configuraria a obtenção pelo exequente de um resultado prático equivalente; c) a indenização do credor pelas perdas e danos, quando houver recusa de desfazimento do ato, ou sendo caso de obrigação de não fazer instantânea (é materialmente impossível o desfazimento).

-
- ¹ Art. 817. Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado. Parágrafo único. O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado.
- ² Art. 821. Na obrigação de fazer, quando se convencionar que o executado a satisfaça pessoalmente, o exequente poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la. Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do executado, sua obrigação pessoal será convertida em perdas e danos, caso em que se observará o procedimento de execução por quantia certa.
- ³ Art. 819. Se o terceiro contratado não realizar a prestação no prazo ou se o fizer de modo incompleto ou defeituoso, poderá o exequente requerer ao juiz, no prazo de 15 (quinze) dias, que o autorize a concluí-la ou a repará-la à custa do contratante. Parágrafo único. Ouvido o contratante no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e o condenará a pagá-lo.
- ⁴ Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.
- ⁵ Art. 822. Se o executado praticou ato a cuja abstenção estava obrigado por lei ou por contrato, o exequente requererá ao juiz que assinie prazo ao executado para desfazê-lo.
- Art. 823. Havendo recusa ou mora do executado, o exequente requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos.
- Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos, caso em que, após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa.

Capítulo IV

CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA

1. GENERALIDADES

A tutela específica para entrega de coisa encontra-se dividida no CPC entre as técnicas para o cumprimento de sentença que impõe a prestação de entrega de coisa (art. 538) e o processo de execução para a entrega de coisa (art. 806). Há ainda o art. 498 que se refere ao efeito do julgamento dessa modalidade de demanda, cujo teor de seu texto bem poderia estar inserido integralmente no art. 538 do CPC.

A tutela das obrigações de entrega de coisa no CPC guarda enorme similitude com os dispositivos que, num passado recente, foram introduzidos no CPC de 1973 pelas Leis 10.444/2002 e 11.382/2006.

Depois da bem-sucedida experiência com a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer do art. 461 introduzida em 1994 pela Lei 8.952, o legislador animou-se e estendeu o mesmo tratamento processual para a tutela específica das obrigações de entrega de coisa (que não seja dinheiro) por intermédio do art. 461-A do CPC revogado, que foi criado pela Lei 10.444/2002. Esses dois dispositivos promoveram uma sensível e esperada modificação na estrutura da tutela das obrigações de entrega de coisa e da tutela dos deveres de fazer e não fazer.

Evitando misturar ou ampliar o art. 461 do CPC/1973 para nele incluir mais essa modalidade de tutela específica, o legislador preferiu criar um artigo só para regular a tutela específica das obrigações de entrega de coisa. É bem verdade que, mesmo sendo um artigo próprio, o legislador estabeleceu um enlace entre o art. 461 e o seu irmão, o art. 461-A, incluindo dispositivo neste último que permitia o uso das disposições dos parágrafos do art. 461 para o art. 461-A.

Portanto, seguindo a linha da reforma de 1994 e do sucesso ali alcançado com a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, o legislador, munido da experiência positiva, mutilou mais uma vez o Livro II do CPC/1973 para estabelecer que, no tocante às obrigações de entrega de coisa, haveria de se distinguirem as demandas que fossem calcadas em título executivo extrajudicial daquelas em que não existe o título ainda. Para as primeiras, sobreviveria a demanda executiva que, uma vez proposta, teria rito próprio do Livro II, e, para as últimas, as funções de cognição e de execução não serão mais bipartidas e separadas em duas relações jurídicas processuais, pois, a partir da vigência da nova regra introduzida pelo art. 2.º da Lei 10.444/2002, as funções de cognição e execução passariam a ser exercidas na mesma relação jurídica processual, seja por intermédio da técnica de execução *lato sensu*, seja por meio do uso de provimentos mandamentais, tal qual determinam os §§ 3.º e ss. do art. 461, que foram expressamente estendidos ao art. 461-A.

Mantendo o que já havia sido estabelecido pelo legislador desde 2002, o NCPC não alterou esse regime jurídico das obrigações de entrega de coisa, pois, tratando-se de *cumprimento de sentença*, segue a regra dos arts. 538¹ c/c o 498, ao passo que, em se tratando de processo de execução para entrega de coisa, adota-se o procedimento dos arts. 806 a 814 do CPC.

2. O INTERCÂMBIO ENTRE O CUMPRIMENTO E A SENTENÇA PARA OBRIGAÇÃO DE FAZER E

NÃO FAZER E PARA A ENTREGA DE COISA

O íntimo relacionamento entre o cumprimento da tutela para a entrega de coisa e as obrigações de fazer e não fazer não se dá apenas por razões formais estabelecidas pelo CPC, por exemplo, o fato de ambas estarem sob o mesmo título do Capítulo VI do Título I do Livro I da Parte Especial, tampouco porque o § 3.º do art. 538 determina que se aplicam ao procedimento previsto nesse artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. A intimidade entre as duas modalidades de demanda se dá precisamente porque ambas tratam de tutela específica, ou seja, pretendem a satisfação de um bem específico. Mais que isso, ensejam a realização de execução por desapossamento e transformação, cujas técnicas processuais são bem mais simples de ser efetivadas do que a execução por expropriação do patrimônio do executado.

3. A OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA

Reputa-se existente uma obrigação de dar quando o devedor se vê obrigado, por lei ou contrato, a entregar alguma coisa ao credor. A obrigação de dar é tradicionalmente classificada de duas formas: a) em relação à individuação da coisa, biparte-se em entrega de coisa certa e coisa incerta; b) em relação à natureza do vínculo do credor com a coisa, divide-se em obrigação de “restituir e dar propriamente dita”. Quando o credor é o dono da coisa, a obrigação de dar consiste em uma devolução, em uma restituição do bem devido, daí se falar em devolução ou restituição.

A distinção entre as obrigações de “restituir” e de “dar coisa” é de importância capital também para o direito processual,² pois, para as primeiras, a atividade executiva tem por finalidade devolver ao proprietário determinada coisa que esteja indevidamente na posse do devedor.

Na obrigação de dar sem o lastro no senhorio da coisa (direito pessoal), normalmente é necessário primeiro declarar a propriedade da coisa

para o credor para só depois obter a coisa que lhe é devida.

Ocorre que, no nosso ordenamento jurídico, como a propriedade se dá com a tradição,³ o comprador que não teve a coisa ainda não seria proprietário e, por isso, não poderia utilizar os mesmos meios executivos da “restituição” (reivindicatória, por exemplo), sendo necessário primeiro declarar o direito de crédito para depois, com base nele, pleitear a entrega de coisa. Com o art. 538, observa-se que, para fins processuais, tanto é possível obter a coisa com fundamento em uma obrigação de restituir (ação real) ou em uma obrigação de “dar propriamente dita” (entrega de coisa). Buscando o máximo de efetividade, o legislador nivelou por cima as modalidades de obrigação, permitindo que as ações fundadas em direito pessoal (obrigacional) recebam o mesmo tratamento da execução das ações de restituição da coisa fundada em direito real. Não resta dúvida de que, nas obrigações de restituir, a prova do domínio sempre facilitará a vida do magistrado, especialmente quando for o caso de obter a tutela específica urgente, em que é necessária a presença da “probabilidade do direito alegado”.

No que se refere às obrigações de entrega de coisa, verifica-se que o legislador não fez distinção entre aquelas que sejam de “restituir” um bem que já pertença ao requerente e aquelas outras, em que seja necessária, primeiramente, a obtenção de certeza do direito obrigacional, para só depois se alcançar a satisfação do direito declarado na sentença. Tanto em um (v.g., fundado em direito real) como em outro caso (fundado em direito pessoal) será possível a utilização do art. 538 do CPC, aplicando-se os arts. 806 e ss. para os casos de processo de execução (títulos executivos extrajudiciais).

4. ENTREGA DE COISA CERTA E COISA INCERTA

Como dito alhures, a obrigação de entrega de coisa pode recair sobre uma coisa certa e outra incerta. A expressão “coisa incerta” não pode levar a

equívocos. Obviamente, para que ocorra o adimplemento, a “incerteza” deve deixar de existir, pois alguma coisa específica será entregue. Na verdade, a correta compreensão da classificação, que também é relevante para o direito processual, refere-se ao fato de que o objeto da obrigação (a coisa devida) pode ser específico ou inespecífico.

Um exemplo permite a compreensão. Imagine que uma empresa concessionária seja compelida a entregar dois carros “0 km” da marca tal, modelo tal e cor tal, e outra empresa concessionária seja compelida a entregar dois carros tais com os chassis tais (número que identifica aqueles dois carros).

Nos dois casos há uma obrigação de dar coisa, mas, enquanto no primeiro há a necessidade de entregar quaisquer carros na quantidade devida (dois) e no gênero especificado (marca, cor, modelo), no segundo, tem-se um dever obrigacional de entregar dois carros específicos, que só poderão ser aqueles são identificados pelos números dos chassis que os personificam.

Assim, o pacto firmado entre devedor e credor no primeiro exemplo foi inespecífico quanto à identificação completa do bem devido, portanto trata-se de bem fungível por qualquer outro de mesmo gênero. Já no segundo caso tem-se exatamente o contrário, ou seja, o crédito refere-se a uma coisa específica, perfeitamente identificada no pacto, e por isso mesmo infungível em relação às demais.

Em uma sociedade em que os bens de consumo são cada vez mais padronizados, as obrigações de dar coisa incerta ganham relevo e se tornam mais acentuadas.

Todavia, como se vê, mesmo nas obrigações de entrega de coisa incerta há um momento que essa “incerteza” é totalmente dirimida com a realização da entrega da coisa.⁴ Portanto, o adimplemento individualiza a coisa objeto da obrigação. Destarte, como essa “incerteza” cessa com o adimplemento, é possível a outorga aos sujeitos da obrigação da

possibilidade de escolher a coisa que será entregue. Segundo o novo CC, tem-se no art. 244 que, “nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação, mas não poderá dar coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor” (art. 875 do CC revogado).

Assim, quando ocorre um inadimplemento relacionado a uma obrigação de dar coisa incerta, sem dúvida esse aspecto da “incerteza” terá reflexos na esfera do processo, pois ninguém poderá pleitear uma entrega de coisa sem que antes se identifique o que será devido. Esse aspecto tem significativa importância, pois, em regra, salvo disposição em contrário, a individualização da coisa devida de acordo com as especificidades já existentes (gênero e quantidade) recai sobre o devedor. Por isso, antes de se pretender obter a entrega da coisa devida, há logicamente de identificar completamente a coisa devida.

Exatamente por causa disso é que consta, na redação do art. 498, parágrafo único, a regra de que, “tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o autor a individualizará na petição inicial se lhe couber a escolha; cabendo ao réu escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz”.

Portanto, tratando-se o art. 538 do cumprimento de sentença oriunda de uma demanda que envolve função cognitiva com executiva, é certo que, no momento em que tiver de ser realizado o ato executivo de imissão ou de busca e apreensão para dar efetividade ao provimento jurisdicional final que concedeu a tutela específica, certamente o eventual incidente relativo à escolha do bem já terá sido dirimido pelo juiz.

Assim, nos casos em que a escolha seja reconhecida em favor do devedor, uma vez concedida a tutela específica, o provimento será direcionado ao réu para que este entregue a coisa individualizada no prazo fixado pelo juiz. Não o fazendo, permitirá que o credor realize a escolha e

solicite em seu favor a expedição do mandado executivo (imissão ou busca e apreensão) do bem devido.

Como se verá adiante, em comentário aos dois momentos previstos no art. 538, *caput*, para a satisfação da tutela específica, o legislador perdeu, em relação às obrigações de entrega de coisa (certa ou incerta), uma ótima oportunidade de fazer com que o próprio provimento jurisdicional final fosse executivo, atribuindo-lhe a mesma força que normalmente se outorga aos provimentos interlocutórios de urgência, qual seja, em vez de primeiro dirigir um comando para o réu para que este cumpra a obrigação, o próprio provimento já seria executivo, isto é, seria direcionado à imissão ou à busca e apreensão. Da maneira como fez o legislador, previu um momento para o atendimento do provimento que concedeu a tutela específica e logo após, se não cumprido, expedição de mandado executivo. Ora, na prática forense esses dois momentos representam enorme dispêndio de tempo, dinheiro, sendo mais uma decisão impugnável e, venhamos e convenhamos, se o devedor não cumpriu a obrigação até tal momento, não irá fazê-lo no prazo estabelecido pelo juiz, previsto no *caput* do dispositivo.

Certamente, diante de provimentos de urgência, a regra do art. 538, *caput*, mostra-se completamente inconveniente, já que para tais situações normalmente não há como esperar primeiro o descumprimento do comando judicial no prazo fixado para só depois ser expedido o mandado executivo.⁵

Esse tempo é um tempo morto, diríamos assim, porque em regra nenhum devedor nele cumpre a obrigação, e apenas afasta mais ainda as chances de se obter uma tutela jurisdicional específica. Exatamente por isso pensamos que, quando se antecipa ou se concede a tutela específica com base na urgência, o que se quer e o que se deve dar de imediato, sob pena de perecimento do direito, é a própria tutela satisfativa que se realiza com o cumprimento do mandado de imissão ou de busca e apreensão.

5. ENTREGA DE COISA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Seria um cinismo admitir que a regra constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV) seria somente garantida ante a existência de um processo de execução autônomo.

Pelo contrário, esse mecanismo – do processo autônomo de execução – sempre funcionou muito mais como refúgio e manutenção de um estado de inadimplência do que como garantia contra uma execução injusta, arbitrária ou invasiva do direito de propriedade.

Não é o fato de se ter um processo autônomo de execução que faz com que esteja garantida a regra constitucional citada. A experiência prática do cotidiano forense sempre nos deu a certeza de que o grau de insatisfação com os resultados do processo de execução só vem indicar que este sempre foi o campo de ambiência perfeito dos devedores. Nem mesmo o NCPC modificou essa realidade, pois ali se encontram todos os meios, atalhos, chicanas necessárias para tornar infrutífera a atividade jurisdicional executiva.

Fazendo uma análise em sentido inverso, vendo a tutela satisfativa, de índole constitucional, sob a ótica do credor, é possível dizer que, quando se pretende do Estado que este satisfaça uma crise de adimplemento por intermédio de um desapossamento, uma transformação ou uma “expropriação”, o que se quer é justamente proteger um direito de propriedade em sentido lato, qual seja, do titular (proprietário) de um crédito inadimplido.

Com muito maior razão isso se verifica quando estamos diante do desapossamento e da transformação que correspondem às obrigações de entrega (restituição) de coisa e de fazer e não fazer, respectivamente.

Por isso, parece-nos lógico e até natural que fosse realmente introduzida a regra do art. 461-A nos idos de 2002 ao CPC de 1973 e que

ela fosse mantida no atual art. 538 do NCPC, tendo em vista que, sob a ótica do devido processo legal, seria injusto e até ilegítimo que credores de obrigações que se efetivaram mediante um desapossamento não tivessem a seu favor a possibilidade de utilização de técnicas de cognição e execução incrustadas em um único processo judicial, ainda que não se trate de uma situação urgente; afinal de contas, desde o direito romano, algumas modalidades de obrigações de restituir já conheciam tal mecanismo.

6. AS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA E A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE COERÇÃO PREVISTOS NO ART. 536

Para conseguir satisfazer a norma jurídica concretizada, o Estado dispõe de técnicas processuais de coerção e de sub-rogação. Pela primeira exerce pressão psicológica (no patrimônio ou na liberdade do devedor), “estimulando-o” a adimplir a obrigação insatisfeita. Por intermédio da segunda técnica, de sub-rogação, o Estado realiza, coativa e independentemente da colaboração do devedor, aquilo que ele deveria ter feito espontaneamente e não o fez, proporcionando ao credor a satisfação do direito declarado. Lá, tem-se execução indireta; aqui, direta.

Conquanto as técnicas de coerção e sub-rogação possam, e até devam, ser realizadas em conjunto, visando obter mais celeremente a efetivação da vontade concreta da lei, é certo também que o tipo de técnica a ser empregada será naturalmente influenciado pela espécie de direito de crédito envolvida, ou seja, as peculiaridades do direito material (obrigação) é que vão determinar a tendência ao uso mais frequente dessa ou daquela técnica de execução.

Com isso, queremos dizer algo que soa até óbvio ao leitor: o direito material predetermina qual a técnica processual mais indicada à sua proteção. Por isso, para a obtenção da tutela específica dos deveres de fazer e não fazer, as técnicas de coerção recebem forte influxo do direito material,

especialmente quando se está diante de uma obrigação infungível. De outra parte, em relação às obrigações de entrega de coisa, nas quais a satisfação é realizada mediante um desapossamento, ganham relevo as técnicas de sub-rogação, em que o Estado realiza imperativamente aquilo que o devedor não fez espontaneamente.

Ratificando o que já foi dito, isso não quer dizer que para se obter a satisfação das obrigações de fazer e não fazer só sejam possíveis as técnicas de coerção, e na entrega de coisa, as de sub-rogação, até porque é comum a existência de obrigações mistas, em que se possam antever as duas modalidades obrigacionais (com uma principal e outra acessória) e que, por isso mesmo, seja necessário o emprego concomitante das técnicas processuais de coerção e sub-rogação.

Conquanto seja possível mesclar as técnicas de coerção com as de sub-rogação para a obtenção da tutela específica (fazer ou não fazer e entrega de coisa), pensamos que, seguindo os influxos do direito material e fazendo uso do poder inquisitorial, o juiz não deve desperdiçar atividade jurisdicional apenas como demonstração de força, até porque em matéria de execução deve vingar o princípio do menor sacrifício possível do devedor (art. 805). O fato de o dito princípio se encontrar no Livro II da Parte Especial, e não no Livro I da Parte Especial (no qual estão contidas as regras dos arts. 536 e 538), em nada retira a sua aplicabilidade a tais situações; afinal de contas, é de função estatal executiva que estamos cuidando.

7. A OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA TAMBÉM É FORMA DE TUTELA ESPECÍFICA

Por expressa dicção do Capítulo VI, que abriga os arts. 536 e 538, é também tutela específica aquela que impõe o cumprimento da obrigação de entrega de coisa, qual seja, que dá a mesma solução que se teria caso o processo fosse desnecessário. Significa obter o mesmo bem da vida caso

fosse adimplida espontaneamente a obrigação. O bem a ser entregue tem um papel *final* e não *instrumental* como na tutela para pagamento de quantia. Nas obrigações para entrega de coisa pretende-se efetivar a endonorma (o cumprimento daquilo que constava na obrigação), ao passo que, nas obrigações de dar dinheiro, o que se pretende efetivar é a perinorma (a responsabilidade patrimonial que incide em razão do inadimplemento). Lá o bem é o próprio bem da vida a ser entregue. Aqui exerce uma função instrumental de conversão do bem em dinheiro.

Assim, considerando a existência de obrigação de entrega de coisa certa e incerta, é possível falar em tutela específica mesmo neste último caso, pois a especificidade da tutela não está identidade entre a tutela jurisdicional e a obrigação prevista no plano do direito material. Assim, a especificidade da tutela reside na obtenção do mesmo resultado de um adimplemento espontâneo que infelizmente não aconteceu. Não é, pois, a individualização do bem que faz específica a tutela, mas a coincidência do resultado do processo com o plano do direito material (obrigação).

Para ratificar o que já vínhamos sustentando em trabalhos anteriores, a expressão “tutela específica” não é nem sinônimo de execução específica (recai sobre coisa específica) e menos ainda de reparação específica (reparação *in natura*). Designa, pois, a obtenção de uma proteção específica que resulte na obtenção de uma situação jurídica final exatamente igual àquela que se teria caso a obrigação tivesse sido espontaneamente cumprida. Cada expressão mencionada deve ser compreendida sob sua própria perspectiva. Ora leva-se em consideração o resultado original no plano do direito material, ora a especificidade do bem objeto da satisfação.

Sendo assim, pouco importa se a situação tutelanda já foi descumprida ou apenas está na ameaça de sê-lo. Se ainda não foi, então se usa de uma tutela específica para inibir (positiva ou negativamente) o comportamento que levará à formação da crise de adimplemento. Se já existe a crise (e não mera ameaça), então resta saber se ainda é possível a

obtenção do mesmo resultado ou se a “reparação” é a única solução possível. Assim, seja sob uma visão “perspectiva” ou “prospectiva”, a obtenção por via do processo da mesma situação jurídica final que se teria com o adimplemento espontâneo é que se denomina “tutela específica”. Como se vê, portanto, a “reparação específica” pode não ser coincidente com o conceito de “tutela específica”, mas poderá ser um resultado prático equivalente ao adimplemento.

Ademais, a variabilidade de meios para se obter a mesma situação jurídica não desfaz a natureza específica da tutela, pois o que importa é justamente a identidade da situação jurídica final trazida pelo processo com aquela do hipotético adimplemento espontâneo. Não fosse assim, o desapossamento realizado – ato executivo do Estado – ou a realização do dever de fazer fungível por via de terceira pessoa, às expensas do devedor, não poderiam ser enquadrados na condição de “tutela específica”. Repita-se, o que importa é a obtenção da mesma situação jurídica final, e não o meio como se pode obtê-la. Por isso, nesses casos tem-se, sim, a tutela específica e, nesse passo, essa é a posição do legislador em relação aos arts. 498 e 538 do CPC.

8. ART. 498 E ART. 538 E A OBTENÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

Obter a tutela específica da entrega da coisa nos termos do que foi pactuado entre credor e devedor não é tão fácil como se poderia pensar, ou “bem mais fácil do que obter a tutela específica da obrigação de fazer e não fazer”.

A ideia de que a obtenção de um desapossamento como ato de execução direta (meio de sub-rogação) não teria os mesmos tipos de problemas atinentes à execução indireta (meios de coerção impostos nas obrigações de fazer e não fazer) é uma verdadeira falácia.

Isso porque, quando nesses casos a obrigação é infungível e o devedor é daquele tipo teimoso e recalcitrante, não restaria outra alternativa ao credor senão a busca de uma solução *in pecunia* (perdas e danos). Ou, ainda, mesmo quando a obrigação for fungível, há toda uma dificuldade operacional para se alcançar o mesmo resultado mediante ato ou fato realizado por terceiro à custa do devedor. Quando se compara tudo isso com um “simples desapossamento”, tem-se a falsa ideia de que a obtenção da tutela específica nas obrigações de entrega de coisa é apenas uma questão de tempo. Entretanto, não é bem assim que a coisa funciona. Vejamos.

Se, por um lado, o ato de “desapossar” é em tese mais simples do que o de “transformar”, isso não significa um sucesso absoluto no tocante à obtenção da tutela específica nas obrigações de entrega de coisa. Isso porque, nessa modalidade de obrigação (entrega de coisa), como o nome já diz, a coisa encontra-se em poder alheio, e por isso mesmo é que se pretende realizar um desapossamento.

Ora, se assim é, estando a coisa em poder alheio e sabendo o devedor que tem grandes chances de ser dela desapossado, não sejamos fingidos e admitamos que existem grandes chances de o bem da vida vir a ser deteriorado pelo longo período que estiver na posse do devedor. E nem estamos falando aqui em destruição total do bem, mas em uma simples conduta desleixada que por si só seria suficiente para diminuir o valor da coisa litigiosa. Tempo não lhe faltará para deixar que tal aconteça, afinal de contas, entre a crise de descumprimento e a obtenção de tutela específica há um longo e demorado caminho a ser percorrido.

Comparando com as obrigações de fazer e não fazer, em que a situação jurídica final resultante do adimplemento ainda não ocorreu (salvo nas negativas em que se pleiteia uma tolerância ou abstenção) e só ocorrerá com a prestação do fato pelo devedor, é certo que não há risco de se deteriorar aquilo que ainda não existe fisicamente. Assim, o quadro não pintado, o muro não construído etc., ainda não existem fisicamente, e por

isso mesmo não correm o risco de ser deteriorados, residindo os problemas no campo da realização da obrigação. Já nas obrigações de entrega de coisa, a maior parte dos problemas não se concentra no ato executivo de desapossar, mas em todos os riscos existentes sobre a coisa até que se realize o desapossamento.

Dessa forma, como o ato de desapossamento é que constitui o ato de satisfação das obrigações de entrega de coisa, enfim, que proporciona a mesma situação jurídica final do “sonhado” adimplemento espontâneo não ocorrido, será certo pensar que na maior parte das vezes a realização do ato de desapossar deverá ser feita liminarmente, antes mesmo de se ouvir o réu (antes da sua participação), pois o risco de deterioração da coisa certa que é devida é quase *in res ipsa* a tal modalidade de obrigação, pois o atual possuidor e iminente desapossado (o devedor) não terá a menor preocupação em entregar algo que ainda possa ser útil ao credor.

Pelo contrário, se puder frustrar-lhe a satisfação, não pensará duas vezes. Se levarmos em consideração o fato de que o bem pode ser móvel ou imóvel, o risco de diminuição do valor da coisa em poder do devedor pode ser ainda maior, dependendo do objeto a ser entregue. Destarte, por mais que se diga que essa diminuição do valor do bem ou até a sua destruição poderá ser “transformada” em obrigação genérica, a verdade é que terá sido frustrada a tutela específica, e não raras vezes o devedor não possui bens que sejam aptos a suprir a dívida resultante da destruição ou deterioração do bem que deveria ter sido entregue.

A simples leitura condoreira e comparativa do art. 813 com os arts. 806 e ss. dá bem o tom da preocupação que aqui se colocou. Nos arts. 813 e ss. (ver também o art. 536), quase toda a preocupação dos dispositivos reside na adoção de técnicas que sejam voltadas à realização da prestação do fato, especialmente de técnicas coercitivas. Já nos arts. 806 e ss. o que se vê é uma sensível preocupação com o resultado infrutífero da execução

específica, admitindo que a coisa, ela mesma, a coisa, seja deteriorada, perdida, alienada etc.

Portanto, não temos a menor dificuldade em afirmar que, se, por um lado, a obrigação de entrega de coisa enseja a satisfação por simples ato executivo de desapossamento, por outro, isso não significa que seja certo e seguro o sucesso na obtenção da tutela específica, já que entre a crise de adimplemento e a obtenção do desapossamento há um longo período em que a coisa fica fisicamente na posse do devedor, e bem sabemos que essa situação poderá tornar inviável a obtenção de uma tutela específica.

9. ART. 538: MANDADO DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO (CAPUT) E PARÁGRAFO ÚNICO

Fazendo uma análise mais detida do art. 538 do CPC (com auxílio do art. 498), pode-se perceber que ele separa dois momentos distintos em relação à concessão da tutela específica da entrega de coisa. Esses “dois momentos” encontram-se isolados por “mandados” que são expedidos pelo magistrado, tendo em vista a obtenção da satisfação da obrigação. No primeiro caso, expede-se o mandado para o réu cumprir o preceito, e, no segundo, em favor do credor, para que se realize a busca e apreensão (coisa móvel) ou imissão de posse (imóvel).

Quando se observa o *caput* do dispositivo, enxerga-se que no mesmo ato judicial que conceder o provimento satisfativo ensejador da tutela específica também haverá a fixação de prazo para o cumprimento da obrigação. Isso vem demonstrar que esse provimento ainda não é executivo, posto que se direciona ao réu para que este cumpra a obrigação. Aqui, sem dúvida, por causa do intercâmbio do § 3.º do art. 538 com o art. 536 e art. 537, será possível imaginar a utilização de medidas de apoio para que o devedor satisfaça, nesse momento, ele mesmo a obrigação inadimplida.

De outra parte, quando se observa o § 2.º do art. 538, deve-se notar que o dispositivo cuida de momento posterior, cuja premissa já não é mais o

inadimplemento somente, mas também o descumprimento do comando fixado no *caput* do dispositivo dentro do prazo assinalado pelo juiz. Entretanto, aqui (art. 538, § 2.º) há provimento executivo, em forma de mandado judicial em favor do autor para que este possa, via atuação estatal, imitir-se na posse ou buscar e apreender o bem, caso seja imóvel ou móvel, respectivamente.

Fica muito evidente que no *caput* há regra dirigida ao réu e, aqui, regra dirigida em favor do autor, outorgando-lhe um poder de exigir do Estado a efetivação do seu direito. Assim, enquanto lá no *caput* do art. 538 (formulação da norma concreta) podem-se utilizar mecanismos coercitivos, aqui no § 2.º já é o próprio ato executivo (atuação da norma concreta), sendo, pois, inútil, e diríamos até desnecessário, pensar em coerção.

Essa distinção tem grande importância, não somente teórica, para identificar meios de coerção e até os tipos de técnicas utilizadas, mas também prática, pois, se o devedor não atender ao comando do magistrado, certamente o credor deverá provocar o juiz para lhe informar que o devedor descumpriu o preceito, sendo necessária a medida executiva de imissão ou busca e apreensão da coisa.

Deve-se notar, entretanto, que esse *iter* procedimental em que se verifica a existência de um momento para o cumprimento da obrigação pelo réu e um momento para a execução pelo Estado (para o caso de não atendimento do anterior) só deveria ser seguido quando se tratasse de tutela específica concedida em provimento judicial não urgente, pois nos casos em que exista o risco de dano à coisa e probabilidade do direito alegado o juiz deverá de plano, sem ouvir a parte adversária, conceder no âmbito real e concreto a tutela específica, antecipando o momento executivo, ou seja, antecipando a imissão ou busca e apreensão do bem.

Nas tutelas urgentes, provisórias ou não, seria um contrassenso esperar que fosse adimplida a obrigação pelo réu, ainda que com apoio em técnicas de coerção, se já fosse possível obter o desapossamento por

intermédio de técnica de sub-rogação (imissão e busca e apreensão). Por isso, para tais casos deve ser emprestada a regra do arts. 536 e 537, tal como enuncia o art. 538, § 3.º.

10. ART. 538, § 3.º: EXPRESSA REFERÊNCIA DE APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DOS ARTS. 536 E 537

Talvez no afã de evitar um tratamento desigual sob o ponto de vista da efetividade da obrigação de entrega de coisa em relação à obrigação de fazer e não fazer, o legislador utilizou-se da técnica legislativa mais simples e econômica, qual seja, no § 3.º do art. 538 determinou que se aplicariam a esse dispositivo todos os parágrafos dos dispositivos referentes ao cumprimento de sentença de obrigação de fazer e não fazer. Todavia, se isso não causa nenhuma discrepância quanto à isonomia de tratamento entre as duas espécies de obrigação, por outro lado provoca certa perplexidade em alguns aspectos, uma vez que o art. 538 (desde o art. 461 do CPC/1973) e todas as suas técnicas foram primitiva e originariamente idealizados para dar efetividade aos deveres de fazer e não fazer.

Como bem se sabe, o nosso direito processual civil vive uma atmosfera de “processo de resultados”, em que toda e qualquer técnica processual é moldada e instrumentalizada de acordo com as regras e exigências impostas pelo direito material. Isso é louvável e tem sido muito bem compreendido pelo legislador processual. Todavia, não parece ter ocorrido quando se utilizou a técnica do art. 538, § 3.º, que manda aplicar no que couber à ação prevista neste artigo o disposto nos dois artigos precedentes que tratam do cumprimento de sentença de obrigação de fazer e não fazer.

Ora, não é só porque em ambas as modalidades de obrigações (fazer e não fazer e entrega de coisa) a tutela prestada é do tipo “específica” que se pode tratá-las da mesma forma. Assim, nem sempre as técnicas processuais

que resolvem uma são igualmente servíveis para a outra. Isso não foi observado pelo legislador, mas trata-se de problema que deverá ser resolvido pelos operadores do direito no dia a dia forense.⁶

Já dissemos que os meios de coerção diferem dos meios de sub-rogação, e que estes são mais aptos a debelar crises de descumprimento relativas à entrega de coisa, enquanto aqueles são mais direcionados à resolução de crises relativas aos deveres de fazer e não fazer. Já dissemos que uma não elide a outra, e até podem ser utilizadas em conjunto, mas é inegável uma proximidade e até uma correspondência entre elas, e tudo isso por causa da forte influência do direito material.

De outra parte, se o que se espera é a obtenção imediata do bem com a antecipação da imissão ou busca e apreensão, certamente que quase não haverá espaço para a imposição de multa diária ou por qualquer outra unidade temporal, justamente porque será prescindida a conduta do devedor para a obtenção de qualquer resultado, salvo nos casos em que, por exemplo, existirem obrigações acessórias à principal que sejam adimplidas mediante um fazer. Para estas poderá ser direcionado o comando coercitivo excepcionalmente.

11. O DIREITO DE RETENÇÃO DEVE SER EXERCITADO NA CONTESTAÇÃO, E NÃO EM IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

A fusão da cognição com a execução em um mesmo processo simplifica o procedimento para o jurisdicionado, que nunca entendeu muito bem a explicação de que “vencer” o primeiro processo não lhe traz o bem da vida, já que teria sido superado o obstáculo da “pretensão resistida”. Seria preciso ainda um novo processo só para se realizar a “pretensão insatisfeita”, com grandes possibilidades de assim permanecer em virtude de remédios processuais que poderiam suspender a execução iniciada. Todo esse formalismo depunha contra a efetividade do processo, e nisso andou

muito bem o legislador que manteve o sincretismo processual e melhorou sensivelmente a organização do cumprimento de sentença no NCPC.

Ao se colocar fim ao processo de execução com base em título judicial, porque a atividade executiva ficaria adstrita a atos executivos realizados na mesma relação jurídica processual em que se desenvolveu a atividade cognitiva, deve restar claro que, se não há uma relação jurídica processual executiva autônoma e a efetivação da decisão se faz por meio de atos executivos incrustados na mesma relação em que foi formulada a norma concreta, tudo se passa de modo muito semelhante àquilo que se passa nas execuções *lato sensu* ou mandamentais de provimentos antecipatórios, qual seja, não há espaço, nem momento, nem previsão de uma demanda judicial prejudicial impeditiva que tenha o condão de suspender a eficácia dos atos de execução.

Assim, o que deve fazer o executado que porventura deseje atacar o provimento executivo sem fazer uso de uma ação autônoma (por exemplo, uma declaratória com pedido de tutela antecipada ou cautelar para suspender a execução)? Em nosso sentir, deve primeiro respeitar o princípio da eventualidade e da preclusão, só podendo, no cumprimento de sentença de obrigações específicas, arguir matéria dispositiva que porventura seja superveniente por intermédio de “exceção impeditiva, modificativa ou extintiva” ou, então, tratando-se de matéria de ordem pública e vício insanável, respeitados os princípios do prejuízo e da torpeza, arguir por intermédio de “objeção” de que os provimentos executivos devem ser suspensos para que se conheça das alegações formuladas nos termos do que dispõe o art. 536, § 4.º, aplicável por expressa referência do art. 538, § 3.º.

Logo, por exemplo, o *ius retentiones* (direito de retenção pelas benfeitorias realizadas na coisa) deve ser alegado pelo retentor em contestação, por intermédio de defesa indireta de mérito (exceção substancial), que será apreciada pelo magistrado necessariamente antes de concedido o provimento jurisdicional final que conceda a tutela específica

(art. 437). Em tal momento irá fixar os limites do eventual direito de retenção, de forma que o credor da coisa só poderá recebê-la se antes cumprir a obrigação de indenizar o retentor (possuidor de boa-fé) pelas benfeitorias indenizáveis.

Assim, pensamos que em sua defesa de mérito indireta o réu deverá desde já especificar as benfeitorias indenizáveis; o estado anterior e atual da coisa; o custo das benfeitorias e o seu valor atual; a valorização da coisa decorrente das benfeitorias. Por sua vez, em réplica, o autor da demanda (credor) poderá oferecer artigos de liquidação de frutos ou de danos, a fim de se compensarem com as benfeitorias. Uma vez decidida a exceção dilatória, o magistrado, ao dar o provimento final de procedência do pedido do autor, poderá: a) acolher a pretensão do retentor; ou b) não acolher a sua pretensão.

Ocorrida a primeira hipótese, será condição *sine qua non* para que se promova o ato executivo (provisório ou definitivo) de imissão ou busca e apreensão o credor prestar caução ou depositar o preço das benfeitorias ou a diferença entre o preço das benfeitorias e o valor dos frutos ou dos danos que já tiverem sido liquidados.

¹ Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 1.º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, de forma discriminada e com atribuição, sempre que possível e justificadamente, do respectivo valor.

§ 2.º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento.

§ 3.º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

² No regime civil, dependendo de se tratar de restituição ou de “dar propriamente dito”, ter-se-ão diferentes soluções apontadas pelo legislador acerca dos riscos incidentes sobre a coisa.

³ “Dentro do sistema brasileiro, que seguiu o latino, é a tradição e não o contrato o elemento que transfere o domínio. Nisso o Código Civil se afastou do sistema francês, que possibilita a transferência do direito de propriedade pelo mero consentimento entre as partes. Assim, entre nós o contrato de compra e venda não torna o adquirente dono da coisa comprada, mas apenas titular da prerrogativa de reclamar sua entrega. De fato, o ajuste, embora ultimado, fá-lo apenas senhor de um direito de crédito, que lhe confere a prerrogativa de reclamar a sua entrega” (Silvio Rodrigues. *Direito civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. II, p. 22).

⁴ “A distinção entre a obrigação de dar coisa certa ou incerta, se bem que relevante, é de duração limitada. De fato, a mesma desaparece no momento da escolha, a qual tem por efeito transformar a obrigação de dar coisa incerta em obrigação de dar coisa certa. [...] As partes, vinculadas a uma obrigação genérica, devem, em momento anterior ao adimplemento, escolher qual das espécies componentes do gênero será entregue em pagamento. [...] Ora, ‘no momento em que se efetua a escolha, a obrigação de dar coisa incerta se transforma em obrigação de dar coisa certa’, passando, por conseguinte, a obedecer às regras concernentes a esta espécie” (Silvio Rodrigues. *Op. cit.* p. 21).

⁵ Também poderia ser argumentada a impossibilidade de obtenção da tutela urgente (antecipação da execução), sem ouvir o devedor, quando seja direito seu realizar a escolha. Como antecipar o provimento executivo ferindo a escolha prevista na lei e no

contrato. Há choques de valores que devem ser sopesados pelo magistrado, pois simplesmente deferir o tempo ao devedor para que ele formule a escolha pode ser inexorável para a perda da tutela específica.

- ⁶ Assim, por exemplo, não nos parece adequado importar a regra da conversão das perdas e danos por opção do autor previsto na tutela das obrigações de fazer e não fazer (art. 496) para utilizá-la nas obrigações para a entrega de coisa. O CCB determina que, nas obrigações de entrega de coisa, só há falar em perdas e danos se e somente se a coisa for deteriorada ou perdida. Portanto, o novo Código Civil brasileiro (arts. 233 a 242) expressamente prevê a regra de que nas obrigações de entrega de coisa certa, existindo a coisa e não tendo sido perdida ou deteriorada, não há que se referir ainda a perdas e danos.

PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA

1. INTRODUÇÃO

O procedimento do processo de execução para entrega de coisa era o mais desorganizado e confuso no CPC de 1973, porque, depois de sucessivas reformas ocorridas no CPC após a CF/1988, o legislador literalmente esqueceu-se de sistematizar os dispositivos com as novas regras que ele mesmo introduziu acerca dos atos executivos, dos embargos do executado etc., transformando o procedimento dos arts. 621 a 631 (atualmente arts. 806 a 813 do NCPC) em um amontoado de regras absolutamente antinômicas com o contexto processual adotado pelo próprio legislador. Para se ter uma ideia, nesses dispositivos ainda era mantida a segurança do juízo e o efeito suspensivo dos embargos do executado, quando no capítulo dos embargos à execução era clara e inequívoca a desnecessidade da segurança do juízo para o seu oferecimento e também o fim do efeito suspensivo *ope legis* dessa modalidade de oposição. Enfim, o procedimento do processo de execução para entrega de coisa estava anacrônico, obsoleto, descontextualizado e antinômico, sendo urgente a adequação de seus dispositivos ao contexto da tutela executiva como um

todo. O NCPC realizou essa adequação, mas sem se preocupar em fazer inovações de conteúdo acerca do tema.

Assim, todas as considerações de ordem teórica que fizemos sobre as obrigações de entrega de coisa constantes do capítulo correspondente ao tema servem para esse tópico.

A diferença do isolamento de tratamento decorre de questões procedimentais estabelecidas pelo Código de Processo Civil, que previu um regime para a execução de títulos judiciais, ao qual denominou de cumprimento de sentença, e outro para o processo de execução de títulos extrajudiciais fundada em título executivo extrajudicial. Do ponto de vista do direito material, não há diferença entre as obrigações contidas no Livro I da Parte Especial do Livro II da Parte Especial do CPC.

2. NATUREZA PESSOAL OU REAL DA EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA

Como foi assentado no capítulo anterior, o CPC não distingue o procedimento executivo das pretensões reais de entrega de coisa do das pretensões pessoais de entrega do bem. Embora, ontologicamente, as pretensões sejam diversas e até por isso mesmo exijam tratamento diferenciado – pois, no direito real, o ato executivo funda-se no exercício do direito de sequela –, o Código optou por não fazer distinção de acordo com a natureza do direito exequendo. Assim, seja para os casos de obrigações de “dar, prestar ou restituir”, o Código prescreve que o procedimento será o mesmo, excetuando, como já foi dito, se se tratar de título fundado em título judicial ou extrajudicial.

3. ENTREGA DE COISA CERTA E INCERTA

O procedimento do processo de execução para entrega de coisa (que não seja dinheiro) concentra os arts. 806 a 813 do CPC que está dividido em

duas seções: uma que cuida da entrega de coisa certa e outra, da entrega de coisa incerta.

Como se sabe, nessas modalidades de deveres ou obrigações nem sempre o objeto da prestação está completamente individualizado, e é exatamente por isso que o Código deu tratamento diferenciado ao procedimento.

Assim, se a coisa é certa, o procedimento é o previsto nos arts. 806 a 810; se é incerta, seguem-se os arts. 811 a 813.

A rigor, a distinção procedimental de um caso e outro existe apenas no momento vestibular do procedimento executivo, tendo em vista a necessidade preliminar de “individualizar” a coisa a ser entregue antes de iniciar os atos de execução forçada. Passada essa etapa, como determina o próprio art. 813, segue-se em tudo o procedimento para entrega de coisa certa.

4. PROCEDIMENTO PARA ENTREGA DE COISA CERTA

4.1 Postulação

Tratando-se de título executivo extrajudicial, portanto, execução definitiva, inicia-se o processo autônomo (e procedimento executivo) para entrega de coisa certa (determinada pelo gênero, qualidade e quantidade), por intermédio de uma petição inicial que, se estiver em termos, levará a citação do executado para que este satisfaça a obrigação no prazo de 15 dias.¹

O Código permite que o juiz, ao despachar a inicial, fixe multa diária por dia de atraso no cumprimento da obrigação, consentindo a alteração (para mais ou para menos) do valor da multa caso se mostre insuficiente ou excessiva.² A permissão de incidência de multa coercitiva resulta da

intenção em dar maior efetividade, com menor custo possível do processo de execução.

É sempre mais barato e mais rápido obter a satisfação da obrigação por ato do próprio devedor, e, nesse passo, a multa coercitiva serve de estimulante para tal desiderato. Já dissemos em outra oportunidade, contudo, que o magistrado deve ter muita sensibilidade em fixar a multa por dia de descumprimento, porque, ao contrário das obrigações de fazer e não fazer, o bem da vida (a coisa a ser entregue) encontra-se em poder do devedor, e, dia após dia, existe o risco maior de a mesma (a coisa) se dissipar, motivo pelo qual a utilização de técnicas de sub-rogação (busca e apreensão e imissão) pode ser aparentemente mais cara do ponto de vista do custo processual, sendo estas, no entanto, as únicas efetivamente úteis para desapossar a coisa do executado, mantendo-a incólume de avarias e danificações. Contudo, a multa ali prevista veio para somar, no sentido de trazer mais efetividade às execuções para entrega de coisa, de forma que deve ser vista com bons olhos a possibilidade de cumulação de técnicas coercitivas e sub-rogatórias.³⁻⁴

4.2 A expedição do mandado executivo

Caso o executado não cumpra a obrigação no prazo de 15 dias como foi determinado no mandado citatório, neste constará ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, ou seja, não será necessário expedir novo mandado, executivo, porque a ordem sub-rogatória já consta do mandado citatório. Isso significa que, ante a inércia do executado, basta o exequente informar tal fato ao magistrado para que este determine a execução da medida, podendo o oficial de justiça valer-se do mesmo mandado para o qual foi realizada a citação (art. 806, § 2.º).⁵

Por mais que o legislador tenha tentado trazer agilidade ao procedimento ao criar a convolação automática do mandado citatório em

executivo, esta só ocorre se o executado não cumprir a obrigação no prazo de quinze dias, e essa informação somente poderá ser fornecida pelo credor/exequente nos autos da execução, ou seja, não é tão simples assim, mas de qualquer forma é válida a intenção do legislador.

4.3 Os embargos do executado

No prazo de 15 dias para satisfação da obrigação, o executado poderá oferecer embargos à execução, que prescinde da segurança do juízo, tal como determinam os arts. 914 e ss. do CPC. Contudo, por não possuir efeito suspensivo *ex lege*, não impedem o prosseguimento da execução, e, ainda que tal oposição tenha sido ajuizada pelo executado, não impedirá a realização dos atos executivos de imissão ou busca e apreensão da coisa.

Caso pretenda obter o efeito suspensivo, será necessário que o executado garanta o juízo mediante o depósito da coisa, além de demonstrar os requisitos para a concessão da tutela provisória.⁶

É por intermédio dos embargos do executado que o devedor deverá arguir o direito de retenção por benfeitorias, nos termos do art. 917, IV, do CPC. Nessa hipótese, e apenas nessa hipótese, por se tratar de defesa impeditiva, havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo executado ou por terceiros de cujo poder ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória e a coisa não será entregue ao exequente (art. 818).⁷

Entretanto, frise-se que o embargante/executado deve alegar o *ius retentiones* e os seus embargos devem ser admitidos, caso contrário não haverá óbice à entrega da coisa. Não se trata de dizer que os embargos possuem *efeito suspensivo ex lege* nesse caso, pois a impossibilidade de entregar a coisa ao exequente decorre da própria natureza impeditiva do direito de retenção alegado em defesa nos embargos.

4.4 Alienação da coisa pelo executado

Não é difícil imaginar a possibilidade de, quando o exequente promover a expropriação por desapossamento da coisa, esta já não se encontrar mais em poder do executado. Atento a esse problema, o CPC previu no art. 808 a regra de que, “alienada a coisa quando já litigiosa, expedir-se-á mandado contra terceiro adquirente, que somente será ouvido depois de depositá-la”.

Esse dispositivo deve ser interpretado sob duas frentes. A primeira, levando-se em consideração o fato de que, se a execução é fundada em direito real, então o dispositivo consagra clássica situação de exercício de “direito de seqüela”, em um caso típico de fraude à execução. Por outro lado, tratando-se de pretensão fundada em direito pessoal, a regra é também de fraude à execução, mas com base no art. 792, I, ou seja, quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver a alienação, terá ocorrido após a propositura da ação condenatória para entrega da coisa. Contudo, sendo caso de título extrajudicial, o dispositivo abriga hipótese de fraude à execução, porque a alienação teria ocorrido após a citação no processo executivo.

Assim, constatada a alienação da coisa para terceiro, o credor poderá tomar uma de duas atitudes: a) redireciona o mandado executivo contra o terceiro, sustentando ter havido fraude à execução e, portanto, a ineficácia da alienação feita pelo executado; b) o exequente pode optar por converter a execução em perdas e danos pela perda da coisa alienada (art. 809).

Caso o exequente decida direcionar o mandado executivo contra o terceiro, este só poderá se defender depois de ter sido feito o depósito da coisa (espontâneo ou forçado). Sua defesa é realizada mediante embargos de terceiro, cujo objetivo é livrar o bem da execução específica.

Registre-se que, se o bem não mais estiver em poder do terceiro, este não terá nenhuma responsabilidade indenizatória sobre o valor da coisa em

relação ao exequente. Essa responsabilidade é exclusiva do executado (devedor).

4.5 Conversão da execução específica para pagamento de quantia (perdas e danos)

Como já foi dito no tópico antecedente, é possível que a execução específica seja infrutífera, porque a coisa a ser entregue já não se encontra mais disponível para ser entregue. É que a coisa pode ter sido destruída, ou deteriorada, ou alienada, de forma a tornar-se impossível a tutela específica.

Sem prejuízo das medidas coercitivas e sancionatórias, o Código prescreve a possibilidade de o procedimento executivo para entrega de coisa se converter em procedimento executivo para pagamento de quantia.

Para tanto, será preciso encontrar o valor da coisa (alienada ou destruída), e, somados a esse valor, eventualmente, as perdas e danos decorrentes da sua perda ou deterioração. É claro que, se no título executivo já consta o valor da coisa, tudo ficará muito mais fácil para o andamento do novo procedimento executivo.

Entretanto, caso nele não esteja previsto o valor da coisa, restará a formação de um incidente cognitivo liquidatório para que se descubra o *quantum* devido.

Sem isso, não se poderá ir adiante a execução por quantia. Nesse incidente, o exequente e o executado, em contraditório, exporão as razões e fundamentos para acolhimento ou rejeição do incidente. Se necessário, poderá haver prova pericial ou testemunhal em audiência para comprovar os fatos relativos ao valor da coisa ou perdas e danos. O juiz decidirá o incidente por decisão interlocutória de mérito, pois estará declarando o *quantum* devido na execução por quantia (art. 809).⁸ Por fim, é interessante observar que, se o título executivo era extrajudicial (para entrega de coisa), após a conversão do procedimento, ele – o título – passará a conter uma parte (valor, *quantum*) “judicial”, em um atípico caso de título misto.

Tal aspecto refletirá diretamente no conteúdo dos embargos do executado, uma vez que não se submeterá à amplíssima liberdade do art. 917, VI, porque em relação ao *quantum* devido aplicar-se-á a disciplina do art. 525 do CPC.

5. PROCEDIMENTO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA A ENTREGA DE COISA INCERTA

Está previsto nos arts. 811 e ss. o procedimento executivo fundado em título extrajudicial para entrega de coisa incerta. A existência de regras executivas específicas para essas modalidades de obrigações de entrega de coisa decorre do fato de que, nesses casos, a coisa a ser entregue é determinada apenas pelo gênero e pela quantidade. Inserem-se aqui aquelas situações em que o objeto a ser entregue é, por exemplo, 10 sacas de café, 50 novilhos etc. Nesses casos, é preciso que se definam, no universo de sacas de café, ou de todos os novilhos existentes, quais serão objeto da entrega. Exclui-se dessa modalidade de procedimento executivo a entrega de dinheiro, que, embora seja uma modalidade de obrigação de dar, possui um procedimento executório específico, previsto nos arts. 824 e ss. do CPC (execução por quantia certa).

É importante que fique bastante claro o fato de que a incerteza em relação à coisa a ser entregue é apenas inicial, afinal de contas não será possível realizar qualquer desapossamento sem que se defina precisamente o objeto da entrega. Na verdade, como nessas modalidades de obrigação, segundo o título, a escolha pode caber ao credor ou ao devedor, o procedimento executivo inicia-se com um incidente de individualização da coisa a ser entregue.⁹ Se a escolha da coisa a ser entregue couber ao credor, então este a individualizará na petição inicial da execução. Se a escolha couber ao executado, este será citado para entregá-la individualizada (art. 811), segundo o critério previsto no art. 244 do CC (não pode escolher a

melhor nem a pior). O Código prevê que “qualquer das partes poderá, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação” (art. 812). Embora seja de bom alvitre uma decisão sumária acerca do incidente, o Código permite (art. 812) que o juiz nomeie perito quando estritamente necessária a presença do experto, que seguirá, nesse particular, as regras normais de perícia. Obviamente que, se a escolha competia ao executado, e, no prazo mencionado, não se manifestou a respeito, a faculdade será transferida automaticamente ao exequente. Por isso, recomenda-se que, mesmo nos casos em que a escolha caiba ao executado, o credor já individualize os bens para o caso de omissão do executado. Assim, superado esse momento e individualizada a coisa, segue-se o rito normal já comentado alhures, nos termos do que determina o art. 813 do CPC.

6. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 538 AO PROCEDIMENTO EXECUTIVO DOS ARTS. 806 E SS.

A distinção feita pelo Código entre os procedimentos executivos fundados em títulos judiciais e extrajudiciais tem razões ligadas à economia processual e efetividade do direito reclamado. A superação da autonomia procedimental dos processos executivos fundados em título judicial, a execução mediante procedimento e meios atípicos e a ampla liberdade do magistrado em definir o melhor (ou melhores) meio(s) para satisfação da obrigação não podem levar, contudo, à ideia de que um título executivo judicial é “mais forte” que um título executivo extrajudicial. Ambos dispõem de uma mesma eficácia abstrata, e lembre-se de que a execução fundada em título extrajudicial é definitiva, porque o título não está em formação. Não é a largueza do conteúdo dos embargos que define um título mais ou menos forte que outro. A eficácia abstrata é exatamente a mesma.

Assim, se isso é verdade, não parece justo nem lógico que os meios disponíveis para se promover uma execução de entrega de coisa fundada em título judicial (às vezes uma liminar) sejam absolutamente mais variados e diversificados do que quando se está diante de títulos extrajudiciais.

Exatamente por isso, pensamos que, não obstante exista um procedimento específico para os títulos extrajudiciais, devem-se, sim, aplicar, sempre que possível e necessário, as regras executivas do art. 538 do CPC, sob pena de o titular de um título extrajudicial se ver encorajado, mesmo sendo detentor de um “título executivo”, a promover uma demanda condenatória, o que seria totalmente absurdo.

7. EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS

É perfeitamente possível que, nas execuções para entrega de coisa certa, o devedor tenha feito benfeitorias e possua sobre elas o “direito de retenção”, ou seja, de reter a coisa (não a entregar) até que seja indenizado por elas. O exercício do direito de retenção no cumprimento de sentença deve ser alegado em contestação, pois aí é o momento oportuno para tal defesa indireta de mérito impeditiva do direito do autor. Caso não tenha feito na contestação, poderá, por ação ordinária, exigir o ressarcimento da coisa, que já terá sido entregue ao exequente. Contudo, permanece viva a possibilidade de utilização dos embargos de retenção por benfeitorias nos casos de processo de execução (títulos executivos extrajudiciais), tal como foi dito anteriormente.

-
- ¹ Caso satisfaça a obrigação, se o executado entregar a coisa, será lavrado o termo respectivo e considerada satisfeita a obrigação, prosseguindo-se a execução para o pagamento de frutos ou o ressarcimento de prejuízos, se houver. Finda a execução, será extinta com fulcro no art. 924, I, do CPC.
- ² Se a multa é fixada no despacho inicial, certamente que de despacho não se trata e, como tal, esse aspecto do pronunciamento judicial é uma decisão judicial, que poderá ser desafiada por recurso de agravo de instrumento, ao qual poderá ser deferido o efeito suspensivo, se presentes os requisitos para a sua concessão.
- ³ A multa tem índole processual e, mesmo que seja prevista no título executivo extrajudicial, o magistrado está livre para definir segundo as circunstâncias e peculiaridades da causa, não estando preso aos eventuais limites quantitativos previstos no título extrajudicial.
- ⁴ A multa começa a incidir a partir do momento indicado pelo juiz no despacho inicial, e, se não houver tal especificação, então será computada diariamente, mas com o termo inicial a partir do décimo quinto dia (sem adimplemento) após a juntada do mandado citatório.
- ⁵ Art. 806. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, em 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação.
- § 1.º Ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.
- § 2.º Do mandado de citação constará ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado.
- ⁶ Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.
- § 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.
- ⁷ Art. 810. Havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo executado ou por terceiros de cujo poder ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória.
- Parágrafo único. Havendo saldo:

I – em favor do executado ou de terceiros, o exequente o depositará ao requerer a entrega da coisa;

II – em favor do exequente, esse poderá cobrá-lo nos autos do mesmo processo.

⁸ Art. 809. O exequente tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando essa se deteriorar, não lhe for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente.

§ 1.º Não constando do título o valor da coisa e sendo impossível sua avaliação, o exequente apresentará estimativa, sujeitando-a ao arbitramento judicial.

§ 2.º Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos.

⁹ Esse incidente não se verifica quando o título executivo é judicial, porque, ao proferir a sentença, a ser executada pelas regras do art. 498, o juiz já terá decidido sobre a questão manifestada na petição inicial e na contestação. Todavia, poderá haver problemas se o título executivo judicial for uma liminar, concedida sem ouvir o réu, e, nesse caso, se a escolha couber a ele. Assim, a execução da liminar poderá ser feita, mas a entrega da coisa deverá ocorrer por escolha do executado.

**ASPECTOS GERAIS DA TUTELA EXECUTIVA
DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA**

**1. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA E
EXPROPRIAÇÃO FORÇADA**

Já dissemos inúmeras vezes que o Código regula três tipos de atividade executiva, segundo uma terminologia processual. Trata-se da execução por desapossamento, por transformação e por expropriação.

Cada uma dessas técnicas processuais executivas corresponde, respectivamente, às prestações de entrega de coisa, prestações de fazer e não fazer e prestações de pagar quantia certa.

O CPC estabeleceu uma distinção muito clara na técnica processual executiva, separando o cumprimento de sentença do processo de execução, ou seja, a tutela executiva lastreada em título executivo judicial, provisório ou definitivo, está delineada no Livro da Parte Especial, enquanto a tutela executiva lastreada em título extrajudicial encontra-se no Livro II da Parte especial.

Contudo, é no Livro II que se encontram os pormenores, as minúcias da atividade jurisdicional executiva, em especial em relação aos atos da execução por expropriação, além de aspectos relacionados à relação processual executiva, como a suspensão e a extinção do processo. Sabendo

disso, o legislador deixou claro que existe um intercâmbio entre os referidos Livros I e II da Parte Especial (arts. 513 e 771).

A prestação de pagar quantia (modalidade de obrigação de dar) enseja a utilização de técnicas processuais executivas que culminam com a expropriação forçada do patrimônio do devedor em prol do credor no limite necessário à satisfação do crédito. Há, por assim dizer, uma transferência de patrimônio do devedor para o credor no limite do crédito exequendo.

2. EXPROPRIAÇÃO E PODER DE IMPÉRIO DO ESTADO

A execução por quantia certa inicia-se por título judicial ou extrajudicial, e a obrigação que nele se documenta advém de qualquer modalidade de obrigação, seja ela contratual ou extracontratual (resultante de ato ilícito). Se o título for judicial, denomina-se *cumprimento de sentença para pagamento de quantia*; se extrajudicial, *processo de execução para pagamento de quantia*.

Como toda e qualquer atividade executiva, a expropriação forçada é praticada pelo Estado-juiz, que manifesta o seu poder de império sobre o patrimônio do executado, o qual a ele se sujeita. Há, sem dúvida, interesse público do Estado em pacificar a lide insatisfeita, mediante a atuação da norma jurídica concreta. Nesse passo, a técnica da expropriação forçada repousa no postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, autorizando, assim, com o devido processo legal executivo, a privar o devedor dos bens que possui, com o fito de satisfazer as obrigações inadimplidas.¹

A expropriação do patrimônio do executado por império do Estado se justifica pelo direito potestativo do exequente de exigir o cumprimento da *reponsabilidade patrimonial*, ou seja, um direito que nasce com a obrigação e incide com o inadimplemento do devedor. Pela responsabilidade patrimonial, *todos os bens do executado respondem pelo inadimplemento*

da obrigação. À medida que o inadimplemento acontece, incide a norma secundária (responsabilidade patrimonial), e desde então o credor tem o direito postestativo de exigir que o patrimônio do devedor (responsável) responda pelo inadimplemento. Esse direito só pode ser exercido por intermédio de atos de império do Estado, a quem são reservados os poderes de coação e coerção, inerentes à tutela expropriatória.

3. CONFIGURAÇÃO DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A execução por quantia certa é a espécie executiva que concentra o maior número de dispositivos do Código, e isso se dá, basicamente, devido a alguns aspectos que não podem ser olvidados.

Primeiro, porque a execução por quantia certa funciona, sempre, como espécie executiva subsidiária das execuções específicas (desapossamento e transformação), nas situações em que estas são convertidas em perdas e danos.

Segundo, porque o dinheiro acaba sendo o instrumento mais popular e convencional de realização dos atos mercantis na sociedade, sendo, pois, bastante usual que as obrigações sejam cumpridas mediante pagamento em pecúnia.

Terceiro, porque o Código criou modalidades especiais de execução de obrigação por quantia certa, que são: execução (cumprimento de sentença e processo de execução) por quantia certa contra devedor solvente. Mas não é só, pois as obrigações por quantia certa contra devedor solvente têm um procedimento-padrão e procedimentos executivos especiais, que são a execução (cumprimento de sentença e processo de execução) por quantia certa contra a Fazenda Pública e a execução (cumprimento de sentença e processo de execução) por quantia certa da prestação alimentícia.

Fora do Código há ainda a execução fiscal, que é modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente quando promovida pela Fazenda Pública (Lei 6.830/1980). Já a execução por quantia certa contra devedor *insolvente*, apenas enquanto não surge lei específica para cuidar dessa modalidade de execução, será regulada pelos arts. 748 e ss. do CPC/1973 (art. 1.052 do CPC).

4. TÉCNICAS EXECUTIVAS EXPROPRIATÓRIAS (INSTRUMENTAIS E FINAIS) PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A finalidade da execução por quantia certa, em qualquer caso, seja pelo cumprimento de sentença ou pelo processo de execução, é expropriar bens do executado, a fim de satisfazer o direito do exequente (art. 824).²

O CPC arrola três modalidades de expropriação forçada do patrimônio do executado: a) adjudicação; b) alienação; c) apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

É de se notar que, quando o art. 825 do CPC elenca quais são os atos expropriatórios previstos no Código, não quer dizer que é por aí que uma execução por expropriação se inicia, antes o contrário. A expropriação é a fase derradeira da execução para pagamento de quantia, salvo nas raras hipóteses em que há urgência, em que o legislador admite, excepcionalmente, a alienação antecipada do bem.

Por isso, para que se chegue aos atos expropriatórios previstos no art. 824 do CPC, é mister que ocorra, necessariamente, a realização de alguns atos processuais que são fundamentais para a satisfação da norma concreta.

Esses atos são os denominados atos executivos expropriatórios “instrumentais” e “finais”. Os atos finais tipificados pelo Código estão no art. 824.

Uma vez escolhido um desses três caminhos, outro fica excluído (ao menos temporariamente), e para a realização de cada um deles existe uma

sequência de atos processuais que lhes seja peculiar.³

Entretanto, os atos *preparatórios* servem para qualquer ato final do art. 824, porque sempre será necessário afetar um bem do patrimônio do executado (penhorar) e em seguida avaliá-lo para saber se o seu valor corresponde ao que está sendo executado e estabelecer um parâmetro (em alguns casos o valor-limite) para a expropriação.

No entanto, poderia ficar uma pergunta no ar: já que a execução para pagamento de quantia pressupõe atos executivos instrumentais e finais, e considerando ainda que os atos instrumentais não sofrem variação, posto que são necessários à realização da técnica expropriatória, como fica a escolha dos atos executivos finais? Uma vez vencida a etapa dos atos executivos preparatórios, qual ato final deve ser escolhido? A quem cabe essa escolha?

5. A ESCOLHA DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS FINAIS NA EXECUÇÃO POR EXPROPRIAÇÃO

Apenas para fazer uma comparação com a tutela executiva das obrigações específicas, lá se verificou que, tanto no caso de execuções de provimentos judiciais quanto no caso de execuções por títulos extrajudiciais, o juiz é dotado de poderes tais que lhe é permitido, sempre de ofício:

a) escolher, quando o direito material assim lhe permitir, e considerando as circunstâncias de cada caso em concreto, o tipo de técnica executiva (meio executivo) que seja mais eficiente, assim entendida como aquela que resultar de um equilíbrio entre “a menor onerosidade possível do executado” e a “efetividade da tutela jurisdicional em favor do exequente”. É o que se chama de atipicidade do meio executivo, que se encontra consagrada no art. 536 do CPC;

b) a fungibilidade dos meios executivos, permitindo que se substitua um por outro quando perceber que o meio que estava sendo utilizado se

mostra infrutífero para a designação feita. E, ainda, havendo compatibilidade, permite-se até que se faça uma mescla dos meios com o fim único de obter a satisfação da norma concreta;

c) atipicidade do itinerário executivo, ou seja, não há um rigor, senão o critério lógico, em estabelecer uma sequência (itinerário) para os atos executivos, o que é permitido em razão da simplicidade técnica (e não prática) do manuseio das técnicas executivas para as obrigações específicas (desapossar e transformar).

Todavia, quando a execução é para pagamento de quantia, cujo método executivo se faz pela expropriação, então, naturalmente, o caminho é mais tortuoso, especialmente quando é necessário transformar bens em dinheiro a ser entregue ao exequente, pois não se trata apenas de desapossar o bem em poder físico do devedor, e, menos ainda, de compeli-lo a praticar ou tolerar (abster) a prática de determinado fato.

Nesses casos, é preciso expropriá-lo, e isso se faz mediante uma prévia afetação de bem(ns) específico(s) do patrimônio do executado, para em seguida avaliá-lo e depois expropriá-lo, e, com o produto daí resultante, pagar o exequente.

Toda essa sequência é exaustivamente prevista pelo Código, com inúmeros artigos e dispositivos que regulam todos os passos do juiz nesse itinerário executivo para pagamento de quantia.

Assim, o Código prevê a possibilidade de serem utilizadas três técnicas de expropriação forçada do patrimônio do executado, quando este permanecer recalcitrante e não pagar o que é devido. São elas: a adjudicação, a alienação e a apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens. Todas, como se disse, são instrumentos ou técnicas executivas.

Comparando-se com o que foi dito em relação à execução das obrigações específicas, verifica-se que o juiz, iluminado pelos postulados constitucionais da efetividade da jurisdição e menor onerosidade possível,

poderá, sim, mesclar as técnicas de coerção com as de sub-rogação, por exemplo, impondo multa diária já no momento em que afeta o bem do patrimônio do executado.

Essa permissão vem descrita de forma expressa no art. 139, IV, do CPC ao dizer que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.⁴

A despeito disso, e considerando que toda execução para pagamento de quantia precisa passar pela afetação de um bem (penhora) e (quase sempre) por uma avaliação desse mesmo bem, o juiz terá tempo mais do que suficiente para saber e antever, considerando “a razoável duração do processo”, qual ato expropriatório mostra-se mais eficiente para aquele caso em concreto. Isso porque a “escolha” de um ou outro ato sub-rogatório implica adotar uma complexa sequência de atos processuais destinados à realização da norma jurídica concreta.

Assim, por exemplo, se a escolha recair sobre a alienação do bem em leilão, será necessária a realização de uma licitação pública, e isso implica cumprir um *iter* procedimental típico dessa modalidade de expropriação, com publicação de edital, realização de praça ou leilão etc. Por outro lado, se o caminho escolhido for a apropriação de frutos e rendimentos de um bem, não se exigirá a alienação em leilão público, mas regra geral será necessária a nomeação de um administrador judicial do bem dado em usufruto. É claro que, se um caminho mostrar-se infrutífero, o mais rápido possível deve haver a sua modificação por outro mais eficaz, mas essas mudanças devem ser evitadas para impedir um aumento do custo processual (tempo e dinheiro).

É verdade que o legislador coloca, ele mesmo, uma ordem de preferência entre as técnicas expropriatórias finais, e deixa isso à mostra

não só na ordem dos incisos arrolados no art. 876, mas, especialmente, na redação do art. 878, em que se lê uma ordem de preferência pela adjudicação de bem penhorado quando comparada com a alienação do bem.

Quanto à apropriação de frutos e rendimentos, embora seja uma técnica expropriatória, a sua “escolha” acaba sendo condicionada pelo bem que foi objeto de penhora, posto que deverá recair sobre algo que forneça frutos e rendimentos que proporcionem a expropriação pelo referido meio expropriatório. Todavia, sem dúvida, parece-nos que essa técnica precede a qualquer outra sempre que o juiz entender que seja menos gravoso ao executado e mais eficiente ao recebimento do crédito.

Embora o Código tenha estabelecido uma *ordem preferencial*, não nos parece que ela não possa ser alterada pelo magistrado, diante do caso concreto, e, é claro, com contraditório às partes. Também não se nos afigura que seja inviável, dependendo de cada situação em concreto, que, após escolhida uma via, não possa o credor desistir daquele caminho e optar pelo outro, enquanto a expropriação não tiver sido perfeita e acabada, devendo arcar, é lógico, com os custos desse retardamento, se houver (art. 878).

O fato de o legislador ter colocado uma ordem de preferência e deixado, residualmente, a alienação em hasta pública reside no fato de que a adjudicação tem um custo/benefício mais interessante que a alienação. A economia processual é que determina a regra preferencial estabelecida pelo legislador, pois, a rigor, a adjudicação é forma de outorgar ao exequente um resultado prático equivalente, mas não propriamente o dinheiro a que teria direito.

A opção pelo caminho cabe ao exequente, que deverá fazer o seu requerimento tão logo esteja superada a fase da avaliação do bem penhorado (art. 875). Mesmo tendo o requerente feito o seu pedido de expropriação por uma das vias do art. 824, parece-nos que o juiz deve submeter tal pedido ao contraditório e só depois, ele, juiz, decidir qual é o melhor meio para se buscar a satisfação do crédito exequendo, sopesando

eficiência do recebimento do crédito com menor onerosidade possível. Poderá, inclusive, decidir por caminho diverso daquele que foi solicitado pelo exequente. É que nem sempre este escolhe o meio mais eficiente, mas sim aquele que pode trazer mais prejuízos ao executado, e, como se sabe, a execução não é forma de punição de nenhum devedor.

Por isso, após o contraditório, o juiz decidirá, mediante o sopesamento dos postulados constitucionais mencionados, qual o melhor ato expropriatório e respectiva sequência procedimental a ser seguida para a satisfação da norma jurídica concreta. Aliás, é desse contraditório que poderá chegar, com menor dose de erro, à escolha do melhor caminho a ser trilhado pela execução.

Por isso, não faz o menor sentido que, para as execuções específicas, o juiz possa ter poderes de escolha do itinerário e dos meios executivos (até mesmo atípicos), e para a execução por quantia isso não exista. O art. 139, IV, nos direciona a pensar dessa forma. Em uma interpretação “conforme a Constituição”, e seguindo os postulados do devido processo legal na execução, não só o juiz pode, mas deve escolher a técnica (e, conseqüentemente, a sequência processual e procedimental) que parecer mais eficiente e adequada à satisfação da norma jurídica concreta.

-
- ¹ Apenas para deixar claro e fora de qualquer dúvida, é importante que fique bem sedimentado que toda e qualquer expropriação judicial realizada com o fim de satisfazer o exequente, seja ela mediante a alienação do bem penhorado (nas diversas e quaisquer formas de alienação previstas no Código), seja mediante a apropriação de frutos e rendimentos do bem penhorado, ou, ainda, por meio da adjudicação do bem penhorado, todas elas, rigorosamente, para que aconteça o ato judicial de alienação, é irrelevante a vontade do executado, e, na maior parte das vezes, tudo é feito contra a sua vontade. Por isso, não é correto fazer qualquer relação entre os institutos referentes à execução forçada e o direito privado, posto que é do poder de império do Estado que decorre a expropriação forçada. Por isso, por exemplo, embora exista uma referência semântica idêntica entre o instituto da adjudicação com a *dação em pagamento*, eles são figuras absolutamente distintas. O mesmo se diga no tocante ao ato de arrematação na alienação de bem penhorado. Não há aí nenhum contrato de compra e venda, senão o poder estatal de realizar a expropriação forçada de bens do executado.
- ² Expropriar não é o fim da execução para pagamento de soma em dinheiro. Trata-se de meio para se obter o dinheiro que será entregue ao credor. Execução “por expropriação” corresponde à técnica processual (instrumento) que o sistema prevê para obter a satisfação do crédito.
- ³ Como se verá oportunamente, quando o bem penhorado não é dinheiro, o legislador dá preferência à determinada forma de expropriação, pois encurta o tempo e o custo da atividade jurisdicional. É o que acontece com a adjudicação do bem penhorado, que é o ato expropriatório final preferido pelo legislador.
- ⁴ O tempo e a jurisprudência irão dizer se o art. 139, IV, será usado apenas para a execução das tutelas provisórias ou se será utilizado inclusive em execuções por expropriação, somando-se ou em substituição às técnicas existentes (penhora, avaliação e atos de expropriação).

CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA

1. GENERALIDADES

Para ser bem compreendida – ou pelo menos entendida –, a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) (ou cumprimento provisório da sentença como denomina o CPC), vista como um instituto fundamental da execução civil no direito brasileiro (arts. 520 ss. do CPC), precisa ser enxergada levando-se em consideração alguns dados de ordem histórica.

Sem fazer um esboço histórico muito longo, tomemos como ponto de partida o CPC de 1939. Nesse diploma, existiam a ação executiva e a ação executória. A primeira era uma ação cognitiva que levava à formação de um título executivo judicial (sentença condenatória), mas que no seu procedimento havia um ato executivo instrumental (penhora). Já a ação executória era a ação judicial que dava início à tutela executiva, ou seja, a um processo autônomo de execução. Portanto, não existiam títulos executivos extrajudiciais e toda execução era lastreada em um título executivo judicial.

Nesse diapasão, o legislador permitia, em casos excepcionais, quando o recurso para atacar a sentença ou o acórdão fosse desprovido de efeito suspensivo, que o autor da demanda iniciasse formalmente uma

execução provisória (cumprimento provisório da sentença) em autos apartados perante o juiz de primeiro grau. Essa execução nada mais era do que uma simples antecipação de atos da futura e eventual execução definitiva, ou seja, se o título provisório fosse mantido pelos tribunais aos quais havia sido interposto recurso sem efeito suspensivo, então, assim que transitasse em julgado a demanda, a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) se convolava em definitiva. Por ser mera antecipação de atos da execução, e por não se admitir a satisfação do direito com base num título provisório, toda execução provisória (cumprimento provisório da sentença) caminhava ou adiantava até um limite natural, que eram os atos finais da execução (expropriação).

A denominação de execução “provisória” assim lhe era dada não apenas porque o título executivo judicial era provisório, mas também porque o processo de execução iniciado necessariamente seria substituído por um processo definitivo, tão logo o título judicial fosse definitivamente confirmado no âmbito dos tribunais.

Com o advento do CPC de 1973, foram criados os títulos executivos extrajudiciais (e suprimida a tal ação executiva), de forma que tanto poderia ser iniciado um processo de execução lastreado em título judicial quanto em título extrajudicial. Nessa toada, assim que surgiu o CPC de 1973, a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) passou a ocupar os arts. 588 e ss., mas desde então não lhe foi dado um tratamento consentâneo com o contexto no qual tal instituto se inseria.

É que o instituto da execução provisória (cumprimento provisório da sentença) previsto em 1939 e até na legislação processual anterior era harmônico com o fato de que a atividade executiva só tinha início se fosse fundada em um título executivo judicial, ou seja, ou o título executivo judicial era definitivo (sentença transitada em julgado) ou provisório (sentença ou acórdão impugnados por recurso sem efeito suspensivo). Na medida em que o CPC de 1973 introduziu a possibilidade de se ter um

processo de execução lastreado em títulos executivos extrajudiciais, então a execução definitiva (alicerçada em título definitivo) passou a ser possível tanto com base numa sentença transitada em julgado quanto num título executivo extrajudicial. E provisória seria a execução apenas lastreada em título executivo judicial ainda instável, por não estar acobertado pela eficácia e autoridade da coisa julgada material.

E, desde então, já era um incômodo para o legislador admitir que o titular de uma execução provisória (cumprimento provisório da sentença) de um acórdão, por exemplo, que já tivesse percorrido duas instâncias do Poder Judiciário, não tivesse a seu favor um itinerário executivo melhor ou mais efetivo do que aquele que portador de um título executivo extrajudicial. Sim, porque a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) em 1973 até admitia a satisfação do direito exequendo em raríssimas hipóteses e desde que oferecida e aceita a contracautela pelo exequente. Assim, quando se comparavam o percurso de uma execução fundada em título judicial provisório e uma execução fundada em título executivo extrajudicial,¹ certamente se enxergava um desmerecimento, pelas próprias regras do percurso executivo, do título executivo judicial (ainda que provisório) com o título executivo extrajudicial.

Esse problema ou incômodo passou a ser sanado pela distinção de dois elementos fundamentais do título executivo: a sua eficácia abstrata e o seu grau de vulnerabilidade. Ora, todos os títulos seriam dotados de mesma eficácia abstrata, mas seriam diferentes os graus de vulnerabilidade de cada um deles; sendo o título extrajudicial o mais vulnerável e o título executivo judicial transitado em julgado o menos vulnerável. Esse grau de vulnerabilidade seria controlado ou atacável por intermédio das oposições do executado, que, em 1973, eram os embargos do executado.

Entretanto, com a massificação das técnicas de antecipação de tutela (art. 273 do CPC/1973 com a redação dada pela Lei 8.952/1994) e o surgimento do sincretismo processual (art. 461 do CPC com a redação dada

pela Lei 8.952, art. 461-A do CPC/1973 incluído pela Lei 10.444/2002 e art. 475-J do CPC/1973 incluído pela Lei 11.232/2005), percebeu-se que determinados títulos judiciais de cognição sumária (liminares) tinham muito mais efetividade que provimentos judiciais de cognição exauriente (sentenças), pois os recursos contra os primeiros era o agravo de instrumento, desprovido de efeito suspensivo e o recurso desafiado do segundo era a apelação que se sujeitava ao duplo efeito (devolutivo e suspensivo).

Assim, frise-se, com o advento das reformas de 1994 em diante, esse novo ingrediente foi incluído no estudo da execução provisória (cumprimento provisório da sentença), posto que se tornava possível, por via da antecipação da tutela (art. 273 do CPC de 1973), especialmente nas situações de urgência, obter a satisfação da pretensão veiculada (“tutela pretendida no pedido inicial”).

Tal dispositivo permitia, portanto, a generalização para qualquer tipo de demanda, a obtenção da satisfação antecipada do resultado pretendido, por intermédio de um provimento interlocutório, fundado em um juízo de probabilidade que, na maioria das vezes, é dado sem a ocorrência ainda do contraditório do réu. O detalhe importante – que não era apenas um detalhe – é que a realização concreta (efetivação) do provimento antecipado se fazia (e se faz) por simples mandado executivo (com fungibilidade de técnicas coercitivas e sub-rogatórias), sem o uso de um procedimento formal e burocrático, que caracterizava a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) (art. 589 do CPC de 1973).

Aliás, o próprio art. 273, § 3.º, dizia expressamente que apenas “no que couber” é que se poderiam adotar as regras do art. 588 do CPC de 1973, deixando claro que somente os aspectos substanciais do instituto da execução provisória (cumprimento provisório da sentença) – e com as devidas ressalvas – é que poderiam ser utilizados.

Como se pode ver, aí estava imposta e exposta uma “crise de identidade” derivada de uma ausência de sistematização de institutos do art. 273 com o art. 475-O, ambos do CPC revogado, e que tinham finalidades muito próximas.

A questão era, e é, a seguinte: A sentença com cognição exauriente não tem eficácia imediata (apelação com efeito suspensivo), mas a técnica antecipatória de tutela, com cognição sumária, teria eficácia imediata (agravo sem efeito suspensivo).

Enfim, a eficácia executiva abstrata do título provisório de uma demanda era maior que a de uma sentença. A urgência seria a justificativa para tal diferença? Mesmo que a urgência fosse o fator legitimante para tal diferenciação, questionar-se-ia a manutenção do formalismo burocrático do § 3.º do art. 475-O do CPC/1973.

O fato verdadeiro é que o legislador processual acordou para o problema, e, justiça seja feita, tentou até o último momento inverter a regra do art. 520 do CPC/1973, mas pressões políticas (manutenção do poder no âmbito dos tribunais) mantiveram o atual regime de duplo efeito em que é recebida a apelação, tal como se observa no art. 1.012 do NCPC

Nada obstante o retrocesso legislativo em relação a esse aspecto, o NCPC manteve as boas inovações que já haviam sido incorporadas no final da vida do CPC revogado, em especial contidas no art. 475-O, deixando, por outro lado, de inovar em tantos pontos acerca do tema.

Enfim, sob a rubrica de cumprimento provisório da sentença, o instituto da execução provisória (cumprimento provisório da sentença) presta-se apenas àqueles títulos executivos judiciais provisórios que não se submetem ao regime da tutela provisória dos arts. 294 e ss. do NCPC.

Tal histórico de atecnia e falta de sistematização levou a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) a tal crise de identidade mencionada da qual não parece ter saído nem mesmo com o NCPC, pois é inexplicável, mesmo no NCPC, que existam “dois tipos de execução

provisória (cumprimento provisório da sentença)”, um previsto para as tutelas provisórias (arts. 294 e ss.) e outro para as tutelas exaurientes, sempre que ambas forem impugnadas por recurso desprovido de efeito suspensivo.

Também inaceitável, nesse particular, que um título executivo extrajudicial tenha eficácia abstrata imediata e um itinerário mais “limpo” e sem percalços do que um acórdão ou sentença que se submeta a um regime de *cumprimento provisório da sentença*. Contudo, apenas um cuidado. Essa questão não se resolve retirando a força ou eficácia dos títulos extrajudiciais, mas simplesmente implementando mais efetividade ao cumprimento provisório da sentença, tal como fez o legislador por intermédio da técnica do art. 1.012, §§ 1.º e 2.º, do CPC.

2. CONCEITO E REGIME JURÍDICO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA (CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA)

2.1 Considerações preliminares

Na atividade jurisdicional executiva, dois princípios entram em rota de colisão e, comumente, são sopesados pelo juiz. Trata-se do princípio da efetividade da justiça (pleno acesso à justiça), que atua em favor do exequente, que pretende a obtenção de resultados com eficácia social (art. 797), e, do ponto de vista do executado, do princípio do menor sacrifício possível (art. 805), de que a atividade executiva não pode levá-lo à ruína em razão de exageros ou em virtude de uma situação instável que fundamente a execução.

Assim, há um pêndulo entre os dois extremos que justifica a necessidade de procurar um ponto de equilíbrio na busca do resultado jurisdicional. Não obstante a transparente tendência atual de procurar ou incrementar técnicas que priorizem a efetividade do processo, é inegável

que o nosso CPC, fruto do liberalismo clássico, assumiu clara predileção pelas técnicas de segurança jurídica que limitam ao máximo a intervenção do Estado na propriedade dos indivíduos.

Considerando que a execução civil importa nessa atuação estatal interventiva, verifica-se uma tendência quase doentia do CPC em dotar técnicas executivas com um máximo de previsibilidade e segurança. Por isso, os institutos processuais mais antigos, filhos do liberalismo, retratam a referida tendência de preservação da propriedade e não intervenção do Estado, salvo com um máximo de segurança e certeza.

A execução provisória (cumprimento provisório da sentença) dos arts. 520 e ss. do CPC – mesmo após tantas mudanças na última década – faz parte desse rol de técnicas que privilegiam a segurança e devem obediência ao liberalismo clássico. Mesmo tendo recebido algumas modificações com o tempo, tal instituto não perdeu o seu “ar liberal”, e pode-se dizer que isso fica evidente quando ele é comparado à execução das tutelas provisórias (art. 294 e ss. do CPC), ou, ainda, quando se recorda que tal instituto é uma exceção à regra da ineficácia dos provimentos judiciais.

Nesses termos, a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) corresponde ao instituto jurídico processual, em que se permite que sentenças ou acórdãos ainda não transitados em julgado possam produzir a satisfação do direito exequendo, reconhecida a possibilidade de desfazer o que foi executado caso seja provido o recurso do devedor.

O Código de Processo Civil reservou três artigos para tratar da execução provisória (cumprimento provisório da sentença).²

Os quatro primeiros incisos são destinados aos princípios e regras de cabimento da execução provisória (cumprimento provisório da sentença), ou seja, os aspectos substanciais, e os parágrafos que seguem servem para explicitar regras contidas nos parágrafos ou ressalvas necessárias ao regime jurídico do cumprimento provisório de sentença.

A leitura dos seus dispositivos leva à conclusão de que o instituto em si, na sua completude (conteúdo e forma), se aplica às decisões jurisdicionais finais (plenárias, exaurientes), ainda não transitadas em julgado, que visam alcançar a satisfação do direito mediante técnicas executivas destinadas a obter a expropriação, desapossamento ou transformação do direito do exequente. Resumindo, serviria para o cumprimento de qualquer sentença ou acórdão (cognição exauriente) ainda não transitados em julgado quando não estivesse presente a situação de urgência para qualquer modalidade de obrigação (pagar, fazer e entrega de coisa).³

2.2 Postulados e diretrizes (regras materiais) da execução provisória (cumprimento provisório da sentença)

2.2.1 Responsabilidade objetiva por dano processual (art. 520, I, do CPC)

A possibilidade excepcional de executar antes do tempo com base em título provisório é uma posição de vantagem outorgada ao credor. Todavia, tal prerrogativa traz consigo um ônus que é objetivamente assumido (imposto pela lei processual) pelo credor-exequente que faz uso da execução provisória (cumprimento provisório da sentença). É que, para equilibrar o risco da execução fundada em título instável, o legislador impõe a regra da responsabilidade objetiva pelos danos que o executado venha a sofrer caso a sentença seja reformada (provimento do seu recurso). É o que diz o art. 520, I, ao enunciar que: “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”.

A regra prevê, portanto, hipótese de “responsabilidade objetiva por dano processual”, em que a simples reforma do título provisório constitui,

objetivamente (*ope legis e in re ipsa*), uma conduta antijurídica para fins de responsabilização civil. Nesse passo, ocorrida a hipótese, o exequente passará a ser réu, nos mesmos autos da execução extinta, em um processo cognitivo instaurado para apuração dos danos que eventualmente sofreu em virtude das medidas executivas indevidas.⁴

2.2.2 *O efeito retroativo da indevida execução provisória (cumprimento provisório da sentença)*

O presente postulado encerra regra lógica porque a reforma ou modificação da sentença provisoriamente executada implica a inexistência (total ou parcial) do título, e, portanto, dos atos processuais dele derivados. A instabilidade do título provisório reflete-se na atividade executiva, de forma que a segurança e a definitividade dos atos executivos ficam condicionadas à confirmação da decisão provisoriamente executada.

Insta observar, entretanto, que tal dispositivo atribui eficácia *ex tunc* à decisão que anula⁵ ou reforma o provimento que serve de título provisório. Isso significa que a situação jurídica do executado deve ser, sempre que puder, a mais coincidente possível com aquela que possuía antes de sujeitar-se à execução de um título instável. Assim, v.g., se o bem estava constrito, de tal constrição deve ser libertado.⁶ Ou, se já houve o levantamento da quantia, a caução prestada pelo exequente (contracautela) garantirá a execução a ser promovida pelo primitivo executado, que agora assume a posição de exequente em face do antigo credor, lembrando ainda que o bem alienado em hasta pública para o adquirente de boa-fé não retornará para o antigo devedor sujeito a uma execução indevida, como, aliás, faz referência de forma expressa o § 4.º do art. 520, devendo apurar-se as perdas e danos, e, no caso de quantia levantada, deverá haver execução por quantia contra o antigo credor e atual devedor, sempre que a contracautela prestada se mostrar insuficiente ao ressarcimento.⁷

2.2.3 *Prestação de caução nos casos de levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado*

O novo inc. IV do art. 520 reproduz quase integralmente o art. 475-O, III, do CPC revogado. Dele retirou-se quase todo o conteúdo, tendo sido retocada apenas a redação para aumentar o rol de hipóteses em que se exige a prestação de caução exequente.

Antes, lia-se que “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

Agora, lê-se que “levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Percebe-se pela alteração feita que se inclui na necessidade de contracautela a alienação de qualquer direito real, e não somente a propriedade.

A caução a ser prestada pelo exequente deverá ser “suficiente”, ou seja, a mais adequada possível, para garantir os eventuais prejuízos que o executado poderá sofrer com a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) injusta.⁸

É claro que a caução será prestada antes da realização de atos de execução forçada, e, por isso, torna-se bem difícil, nesse momento, estabelecer um valor que corresponda a eventuais prejuízos que nem se sabe se vão acontecer. Exatamente por isso, vimos defendendo a tese de que a

prestação de caução como medida de contracautela deve ser precedida de contraditório, até para que o magistrado possa definir, com alguma solidez, a suficiência da caução a ser prestada.

O *arbitramento* da caução pelo juiz é expresso na nova regra, muito embora não se tivesse dúvida alguma de que ele, o juiz, é que deveria arbitrar o *quantum* a ser prestado a título de contracautela. O *arbitramento* não é feito sem parâmetros e, repita-se, deve se aproximar, dentro de um critério de razoabilidade, de uma previsão (estimativa) dos eventuais danos e prejuízos que o executado poderá sofrer; daí por que é importante o contraditório nesse momento.

Esse dispositivo assume, claramente, a postura de que a execução provisória por expropriação (pagamento de quantia), quando não fundada na urgência (recursos interpostos sem efeito suspensivo), seguirá as regras do instituto ora em estudo. Ao mencionar que o levantamento de quantia e a alienação do domínio ou de qualquer direito real só poderão ser executados com base em título provisório se for prestada “caução idônea e suficiente”, mostra que a obrigação de pagar quantia não urgente observa o rito da execução provisória (cumprimento provisório da sentença) do art. 520 do CPC.

Se, por um lado, o dispositivo demonstra toda a preocupação com o direito de propriedade, por outro, também mostra que a execução fundada em título provisório pode realmente acelerar todos os atos executivos, mesmo que em algumas situações exista a excepcionalidade da exigência de caução a ser prestada. Assim, a caução é, regra geral, exigência legal (*ope legis*), não havendo liberdade para o magistrado permitir o levantamento de quantia, seja ela de qualquer valor, e nem mesmo a alienação do domínio sem que seja prestada e deferida caução suficiente e idônea.

Em relação ao procedimento da caução a ser prestada, são importantes algumas palavras, porque a experiência do foro tem mostrado que aí acontecem muitos absurdos que se justificam mais tarde, porque a

decisão que aceitou a caução não tinha elementos suficientes para aceitar ou não a sua idoneidade. Assim, sempre que se tratar das hipóteses previstas no dispositivo, o juiz poderá determinar que ela seja prestada, sem olvidar a possibilidade de que ela (a caução) possa ser “requerida” pelo exequente, que poderá fazê-lo por petição simples no próprio procedimento da execução provisória (cumprimento provisório da sentença).

Assim, antes de o magistrado decidir⁹ pela aceitação da caução, repita-se, deve ouvir o executado, para que este exponha suas razões e, assim, forneça maiores elementos à sua convicção.¹⁰ Só depois desse breve contraditório é que ele decidirá pela aceitação ou não da caução prestada. Tal decisão poderá, obviamente, ser desafiada por recurso de agravo. Tratando-se de hipótese *ope judicis* de prestação de caução (risco de grave dano ao executado), caberá ao juiz exigí-la tão logo seja requerida a execução provisória (cumprimento provisório da sentença), ou, se tender, ouvir o executado antes de decidir pela existência ou não da situação de risco.⁹

2.2.4 *A dispensa da caução do inc. IV do art. 520*

O texto atual do art. 521, I a IV, cuida das hipóteses em que a caução – contracautela – poderá ser dispensada.¹⁰

Tais hipóteses não são cumulativas, ou seja, independem umas das outras.

O primeiro deles diz respeito à dispensa da caução nos créditos de natureza alimentar. O novo dispositivo, corretamente, fez questão de deixar claro que pouco importa a origem do crédito alimentar (ato ilícito, parentesco etc.) e sem fixar um limite máximo de valor como fazia o CPC revogado.

Já o inciso seguinte trata de hipótese em que o exequente demonstre se encontrar em estado de necessidade. Certamente que esse estado de necessidade não se refere às hipóteses de crédito alimentar, porque se cuida

de situação autônoma, por exemplo, a necessidade de realização de cirurgia ou despesas para tratamento de saúde.

O inc. III “pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042”.¹¹ Apenas para lembrar, o tal agravo mencionado no dispositivo é aquele que é interposto contra a decisão que indeferir o recurso especial ou extraordinário no tribunal de origem, lembrando que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo, e, por isso mesmo, permitem a execução provisória do acórdão impugnado.

Assim, pela hipótese do inc. IV do art. 521, permite-se a dispensa da caução na execução provisória sempre que estiver pendente de julgamento o agravo interposto pelo executado contra o indeferimento do recurso especial ou extraordinário; ou seja, pela dicção do dispositivo, é preciso que não tenha sido admitido o recurso especial e extraordinário, e contra essa inadmissão o executado tenha interposto o agravo de instrumento que esteja pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Trata-se de nítida intenção de privilegiar um título judicial fruto de cognição exauriente que, nada obstante ser *provisório*, passou por duas instâncias do Poder Judiciário.

O inc. IV do art. 521 trata de hipótese que privilegia a coerência, a igualdade e a uniformidade do sistema jurídico ao admitir que pode ser provisoriamente cumprida a sentença que estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. Tal como se observa no art. 537, que trata do regime jurídico das *astreintes*, determina o § 3.º que “a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042”.

Todavia, o legislador, atemorizado com o risco da execução provisória, criou exceção à exceção, ou seja, uma válvula de escape, que já existia no CPC revogado dizendo no parágrafo único do art. 521 que “a exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação”.

3. O PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA (CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA)

O art. 522 do CPC¹² cuida dos aspectos formais da execução provisória (cumprimento provisório da sentença).

Pela nova regra, não se tratando de processo eletrônico, o cumprimento provisório da sentença começará por petição inicial que será dirigida ao juízo competente, e tal peça processual deverá conter a decisão exequenda, a certidão de interposição de recurso não dotado de efeito suspensivo; procurações outorgadas pelas partes; decisão de habilitação, se for o caso; e, facultativamente, qualquer outra peça processual que o exequente considere necessária para demonstrar a existência do crédito.

Nos termos do parágrafo único desse dispositivo, permite-se que as cópias das peças do processo que serão anexadas à petição inicial do cumprimento provisório da sentença sejam declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Tal regra facilita muito o exercício da advocacia, porque o processo de autenticação independe de serviço cartorário, normalmente deveras burocrático.

4. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA, SUSPENSIVIDADE DA EXECUÇÃO E OPOSIÇÃO DO EXECUTADO

Tema que frequenta com assiduidade os nossos tribunais é a confusão que se faz entre o efeito suspensivo da oposição oferecida pelo executado e a definitividade/provisoriedade da tutela executiva.

Antes de mais nada, deve-se dizer que a qualificação da execução (cumprimento da sentença) em “provisória” ou “definitiva” decorre, na verdade, do título que a fundamenta. Quando a execução é lastreada em título executivo provisório, denomina-se então provisória a execução; quando é lastreada em título executivo definitivo, é chamada de definitiva a execução. Claro que, quando se trata da primeira hipótese, há certos rigores e exigências em relação à obtenção da satisfação do direito exequendo, mas em ambos os casos (fundada em título provisório ou definitivo) a execução poderá chegar ao seu final.

Por outro lado, diz-se ser provisório o título quando ainda está em formação, e definitivo quando já está formado. São títulos definitivos o provimento judicial transitado em julgado e todos os títulos extrajudiciais. Por isso, quando servem de base a uma execução, ela será *definitiva*. De outra banda, são provisórios todos os provimentos judiciais interinais com eficácia executiva, ou seja, que ainda não estão sedimentados, e que podem ser substituídos por um provimento definitivo. Portanto, estes ensejam uma *execução provisória (cumprimento provisório da sentença)*.

Observe-se que o fato de serem opostos remédios ou medidas judiciais a um título definitivo, ou a uma execução fundada em título definitivo, portanto, *execução definitiva*, não se lhes retira (do título e da execução) o caráter de definitividade, porque, repita-se, são títulos que já foram formados. Isso não significa que não possam ser atacados e até que contenham vícios, mas são títulos definitivos.

Do contrário, toda sentença de mérito condenatória transitada em julgado e acobertada pela coisa julgada material não geraria a possibilidade de uma execução definitiva, caso, por exemplo, o executado ajuizasse uma ação rescisória da sentença transitada em julgado. Ou, ainda, bastaria ao

executado oferecer a *impugnação do executado* para que a execução se transformasse de definitiva em provisória. Não há nada mais equívoco e absurdo do que esse entendimento.

O mesmo se passa com os títulos executivos extrajudiciais. Uma vez realizados (um cheque, uma nota promissória etc.), são definitivos, porque, repita-se, não estão em formação. Já existem e não serão substituídos por outro título “definitivo”. Logo, dão ensejo a execuções definitivas. Nesse particular, não se pode confundir “efeito suspensivo da oposição do executado” com a natureza definitiva ou provisória da execução, tal como explicado alhures. É que, se a oposição oferecida pelo executado – ou qualquer ação heterotópica autônoma – for provida de efeito suspensivo dos atos executivos, impedindo que estes tenham a sua eficácia normal, isso não quer dizer que a execução iniciada como definitiva tenha, em um passe de mágica, se transformado em provisória.

Não há essa possibilidade. Se a execução iniciou-se definitiva, ela assim se mantém, e o eventual efeito suspensivo do remédio contra ela oposto não lhe altera a natureza, simplesmente porque o título permanece o mesmo.¹² Todavia, por óbvio que, se a execução iniciou-se como provisória, poderá se transformar em definitiva, desde que no seu curso o provimento executivo (o título) transite em julgado.

Nessa linha aqui preconizada, prescreve a Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça que “é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”, deixando claro que nem a interposição dos embargos nem a concessão do efeito suspensivo alteram a natureza jurídica da execução definitiva, ainda que pendente apelação que julgue os improcedentes.

No entanto, longe de acalmar a possível confusão que se poderia fazer sobre o tema, já no final de sua vida, o CPC de 1973 foi adulterado mediante a alteração da redação do art. 587, causando enorme baralhamento naquilo que já estava sedimentado corretamente pela mais alta corte federal

do nosso país, ao dizer que: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência nos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo”.

A redação dada ao revogado art. 587 (que lhe foi atribuída pela Lei 11.382) levava à incorreta conclusão de que uma execução poderia se iniciar definitiva, mas, dependendo de circunstâncias da lide, tornar-se-ia provisória, e, algum tempo depois, voltaria a ser definitiva, tal como se o título executivo padecesse de um atributo mimético.

Com o advento do NCPC, o problema não foi corrigido e extirpou-se a redação do art. 587 do CPC revogado, mas transferiu-se o seu conteúdo para o art. 1.012, § 2.º, ao dizer que, no caso de extinção sem resolução do mérito ou julgamento de improcedência dos embargos do executado, o apelado (leia-se exequente) poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença. Portanto, o legislador transforma em provisória a execução de um título extrajudicial (que se inicia como uma execução definitiva).

O erro é crasso porque, ao dispor no art. 1.012, § 1.º, que poderá o apelado/exequente promover o pedido de cumprimento provisório, está a dizer que existe um título executivo judicial (*por isso fala em cumprimento*), o que é deveras equivocado porque a sentença que rechaça os embargos do executado/apelante, seja pelo mérito ou terminativa, não constitui título algum. O título executivo era e continua a ser o *título executivo extrajudicial* que não foi derrubado pela sentença dos embargos, antes o inverso. A rigor, o legislador poderia ter melhorado o texto simplesmente ao dizer que, na hipótese do art. 1.012, § 1.º, o *processo de execução* continuaria a partir dali sob o mesmo regime do cumprimento provisório dos títulos judiciais (art. 520), sem pretender, portanto, alterar a natureza da tutela executiva ou da definitividade do título.¹³

5. PRECLUSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA

Uma situação bastante comum na prática judiciária diz respeito aos casos de cumulação objetiva, ou quando um só pedido é decomponível (pagamento de dinheiro), e apenas parte dele é impugnado, tornando-se preclusa a outra parte ou capítulo da decisão exequenda. Nesses casos, deve-se questionar se a execução da parte incontroversa da demanda é definitiva ou provisória, ou seja, se aquela parte da decisão teria ou não transitado em julgado.

Em nosso sentir, independentemente de se tratar de provimento interlocutório ou sentença (ou acórdão), se é de mérito e se está preclusa aquela parte da decisão, não podendo ser mais atacada por recurso, então uma de duas: ou é provisório, porque não se admite a divisão do provimento judicial em partes ou capítulos (unicidade procedimental), e tal decisão preclusa poderia ser revogada em razão do acolhimento de alguma questão de ordem pública no julgamento da parte da decisão que teria sido impugnada, ou então será definitivo o título, não sujeito a modificações, e haveria mais do que simples preclusão da decisão, senão o trânsito em julgado daquela parte da decisão.

Particularmente, entendo como justa a segunda posição, pois não acredito que deva ser estimulada a cumulação de pedidos pelo Código, mas, de outro lado, ele mesmo, o Código, oferece ao jurisdicionado uma situação pior do que aquela que teria caso tivesse ajuizado cada pedido em separado. Aliás, esta parece ser a conclusão do NCPC como se extrai do art. 523, *caput*, ao dizer expressamente que o cumprimento definitivo da sentença dar-se-á não apenas sobre “no caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação”, mas também nas hipóteses de “de decisão sobre parcela incontroversa”.

Portanto, o art. 523, *caput*, põe uma pá de cal no assunto, ignorando tratar-se de sentença ou interlocutória que decide a parte incontroversa da demanda ao reconhecer que tal título executivo tem o selo da definitividade.

¹ O título executivo extrajudicial é sempre um título definitivo.

² Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I – corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III – se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1.º No cumprimento provisório da sentença, o executado poderá apresentar impugnação, se quiser, nos termos do art. 525.

§ 2.º A multa e os honorários a que se refere o § 1.º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

§ 3.º Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto.

§ 4.º A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado.

§ 5.º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

³ A ressalva contida no § 5.º do art. 520 do CPC foi inovação importante para deixar claro que mesmo as obrigações específicas se submetem a um regime de execução provisória.

- 4 Embora essa hipótese do inc. I do art. 520 seja de liquidação, parece-nos que não se trata de “quantificar” ou de “tornar líquida” a obrigação, porque só haverá obrigação de indenizar se os atos executivos (da execução provisória (cumprimento provisório da sentença)) tiverem causado dano ao executado. Esses “eventuais” danos deverão ser provados e poderão ser quantificados (ou não) nesse processo cognitivo aludido no mencionado dispositivo (é que pode ser necessária a sua liquidação, por arbitramento, em procedimento, subsequente, se tiver de se provar fato novo). É certo que a execução provisória (cumprimento provisório da sentença) indevida torna certa a injuridicidade da conduta, mas nada diz sobre a existência de danos ou prejuízos sofridos pelo executado. A existência e a quantificação do dano deverão ser demonstradas pelo autor da “liquidação”. Só depois do êxito desse procedimento é que terá título executivo resultante de responsabilidade civil por dano processual.
- 5 A decisão que anula ou reforma pode ser proferida em ação, recurso ou incidente processual (embargos do executado, mandado de segurança contra ato judicial, reclamação constitucional, apelação, recurso extraordinário ou especial etc.). Tal decisão, como diz o dispositivo, implicará a imediata anulação de todos os atos executivos, e, portanto, pondo um fim à execução provisória (cumprimento provisório da sentença), sempre que isso for possível do ponto de vista fático. Nesse sentido, é lapidar o voto do Min. Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 687.155/RJ, DJ 28.04.2006, *in verbis*: “[...] 7. Neste sentido já me manifestei acerca do tema *in Curso de processo civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, fls.1.281, *in verbis*: ‘A ‘execução provisória’ admite adiantamento de atos executivos, e o alcance dos atos de satisfação irreversível que caracteriza a execução definitiva, com as novas garantias do art. 588 do CPC. Nesse sentido é que o exequente compromete-se, caso modificada a decisão, a repor as coisas no estado anterior, vedando-lhe o levantamento de dinheiro sem garantia real ou fidejussória e qualquer alienação dominial, como forma de proteção dos potenciais terceiros adquirentes. A reposição das coisas ao estado anterior, v.g., restituição de coisa e dinheiro, pressupõe possibilidade fática, nem sempre ocorrente. Como consectário, é por conta e risco de exequente que se processa. Advirta-se, entretanto, que a prestação de garantia não deve inviabilizar o acesso à justiça, permitindo-se, casuisticamente, ao juiz que a dispense nos casos em que a sua exigibilidade obsta a promoção da execução. Ademais, a caução reclama avaliação pelo juízo de eventuais e possíveis prejuízos com a reversão do julgado, por isso que onde não houver risco não se impõe, podendo iniciar-se o processo sem caução a garantia”.

- 6 Por outro lado, se já ocorreu a alienação do domínio (hasta pública ou iniciativa particular) em favor de adquirente de boa-fé, e a caução prestada pelo exequente (contracautela) mostrar-se insuficiente para “repor as coisas ao estado anterior”, o executado deverá verificar as perdas e danos (art. 776), sendo inviável o retorno do bem para o seu patrimônio (anulação da escritura pública e registro) por essa via procedimental.
- 7 Se foi o caso de entrega de bem ou de execução de fazer ou não fazer fundada em título provisório, o retorno ao estado anterior implicará, precipuamente, a devolução do bem entregue ou o desfazimento do que foi pleiteado quando isso for possível. Não sendo mais possível nem viável um resultado prático equivalente nesta última hipótese, o caminho será inelutavelmente na apuração das perdas e danos pelo prejuízo sofrido. Frise-se, portanto, que a regra é sempre a do retorno ao *status quo ante*; portanto, existe aí um dever legal específico, e, como tal, deve ser cumprido sempre que possível.
- 8 Trata-se de decisão porque deve fazer um juízo valorativo se a caução prestada serve ou não de contracautela, pois, do contrário, não haveria a regra prevendo que a caução a ser prestada deve ser *idônea* e *suficiente*, que são conceitos jurídicos indeterminados aplicáveis às peculiaridades de caso concreto. A idoneidade da caução não se relaciona à qualidade da caução (se a mesma é idônea para servir como garantia ou contracautela, tendo em vista o eventual prejuízo a ser suportado pelo executado em razão da execução fundada em título instável) e à suficiência com a sua quantidade em relação ao prejuízo a ser suportado.
- 9 Como há a provisoriedade do título e inexistente a urgência, então é salutar que o juiz permita o contraditório prévio ao deferimento da caução prestada, especialmente quando se tratar de levantar quantia em dinheiro, pois esses são os casos de maior risco de prejuízo para o executado. Se o dinheiro está “preso”, não há o risco de ineficácia da execução, sendo aconselhável, até para legitimar a decisão do juiz, que este ouça o executado antes de julgar a caução idônea ou inidônea como garantia contra os prejuízos a serem suportados pelo executado.
- 10 Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:
- I – o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;
 - II – o credor demonstrar situação de necessidade;
 - III – pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042;

IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

¹¹ Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que:

I – indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6.º, ou no art. 1.036, § 2.º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;

II – inadmitir, com base no art. 1.040, inc. I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;

III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8.º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida. [...]

¹² Art. 522. O cumprimento provisório da sentença será requerido por petição dirigida ao juízo competente.

Parágrafo único. Não sendo eletrônicos os autos, a petição será acompanhada de cópias das seguintes peças do processo, cuja autenticidade poderá ser certificada pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal:

I – decisão exequenda;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais consideradas necessárias para demonstrar a existência do crédito.

¹³ Os embargos do executado não suspendem a execução, salvo se o juiz assim determinar se estiverem preenchidos os requisitos legais previstos nos arts. 917 e ss. Contudo, a simples interposição dos embargos do devedor tem o condão de mudar o regime jurídico da execução que passa de definitiva a provisória. Ora, se a apelação contra a sentença de improcedência dos embargos “permite ao credor prosseguir sob o regime de execução provisória”, então este era o regime que ele teria desde o oferecimento dos embargos. Nada mais absurdo, nada mais anacrônico.

CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Apenas para lembrar, pode-se afirmar que a trilha demarcada pelo Código para a satisfação por *expropriação* (seja em cumprimento de sentença ou em processo de execução) pode ser dividida, didaticamente, em três etapas básicas, a saber: (i) etapa postulatória que envolve a apreensão de bem ou de bens do executado que servirão para pagamento do crédito; (ii) transformação desses bens em dinheiro mediante expropriação forçada; (iii) expropriação forçada para pagamento ao credor do produto angariado com a fase anterior.

Obviamente que, se o bem apreendido for dinheiro, o caminho se vê encurtado (já que não será preciso converter bens em dinheiro), bastando que se realize imediatamente o pagamento da quantia ao credor.¹ Cada uma dessas fases é marcada, diríamos assim, por um ato executivo que o tipifica. Na primeira fase, o ato executivo é a penhora; na segunda, a alienação; e na terceira, o pagamento ao credor, que se pode dar pela entrega do dinheiro haurido com a alienação forçada, ou a adjudicação de bem penhorado, ou ainda o apropriação de frutos e rendimentos do bem penhorado.

Exatamente por isso é preciso dizer que o procedimento do cumprimento de sentença para pagamento de quantia não se esgota nos arts. 523 a 527 do CPC, salvo se, uma vez intimado da fase executiva, o executado adimplir integralmente a obrigação, pois do contrário aplica-se textualmente o art. 523, § 3.º, que diz “não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação”.

E, como todos bem sabem, o itinerário dos atos da execução estão descritos no Livro II da Parte Especial. Por isso, como não é de esperar que o devedor resolva adimplir a obrigação, uma vez intimado do requerimento executivo, então deve o operador se preparar para saber que o cumprimento de sentença deverá valer-se de todas as regras expropriatórias do Livro II da Parte Especial para satisfazer o direito revelado no título judicial.

2. O INÍCIO DA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

2.1 Inércia e requerimento executivo

Tratando-se de cumprimento definitivo de sentença para pagamento de quantia fundada em título judicial, não há necessidade de processo autônomo, porque a execução é apenas um módulo ou uma fase da mesma relação jurídica processual, sendo, pois, desnecessária a *citação* do executado. Por isso, para integrar a nova fase – agora executiva – desse mesmo e único processo, o art. 513 prescreve apenas que haverá o requerimento do exequente para dar início ao cumprimento da sentença.

Assim, sem o requerimento executivo não terá início a fase executiva ou de cumprimento da sentença *nas obrigações de pagar quantia*, tal como denomina o CPC, porque inerte ficará a jurisdição até ser solenemente provocada.²

2.2 A condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa

O requerimento executivo no cumprimento definitivo de sentença para pagamento de quantia pressupõe que exista *condenação em quantia certa*, ou *já fixada em liquidação*, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa.

Isso significa que já existe um título executivo judicial líquido, certo e exigível. Esse título tanto pode ser uma sentença ou um acórdão, ou até mesmo uma decisão interlocutória, como no caso, por exemplo, da *parcela incontroversa*. Por metonímia o legislador fala em sentença, mas na verdade é um título executivo que representa ou revela uma obrigação líquida, certa e definitiva.

Por se tratar de cumprimento *definitivo* do título executivo judicial, é certo que a decisão exequenda deve ser *estável*, ou seja, que o título já esteja formado e sobre ele não paire mais discussão naquele processo. Se o título judicial for uma obrigação de direito material, então deverá estar acobertado pela autoridade da coisa julgada, mas, se for um título judicial de uma obrigação processual, por exemplo, uma multa por má-fé processual, será estável e definitivo o cumprimento de sentença, porém não estará ele acobertado pela coisa julgada material, simplesmente porque se trata de conteúdo processual.³

Poderá parecer estranho, mas, tratando-se de parcela incontroversa, a decisão interlocutória que transitou em julgado poderá dar início ao cumprimento definitivo de sentença, ainda que o restante da parcela esteja sendo objeto de discussão em juízo. Nessa situação, apenas a parcela incontroversa será acobertada pela coisa julgada e dará ensejo ao cumprimento definitivo da sentença.

É de se lembrar que muitas vezes a liquidez não está visualmente tão clara na sentença, mas todos os elementos para aferir a liquidez do título

estão presentes no referido comando sentencial. Não há a possibilidade de *liquidar* o que já é líquido, e depende apenas de operações aritméticas que deverão embasar o requerimento inicial com memória discriminada de cálculos.

2.3 Honorários advocatícios no cumprimento de sentença

No requerimento executivo o exequente não precisa pedir que o magistrado fixe a verba honorária, porque, segundo o art. 523, § 1.º, é dever do magistrado fixá-lo, inclusive no patamar de 10%, tendo em vista a imperativa determinação do legislador.

Na verdade, o legislador já previu que a verba honorária de 10% será devida – e portanto já está por ele fixada – no caso de não pagamento voluntário do devedor no prazo (15 dias) do *caput* do art. 523. Tal dispositivo está em consonância com o art. 85, § 1.º, do CPC, em que há previsão expressa de honorários no cumprimento de sentença, seja ele resistido ou não.⁴

O valor de 10% dos honorários incidirá sobre o valor integral da dívida, e apenas ele, indicada no requerimento executivo.

No entanto, caso o pagamento do executado seja parcial, então os mesmos 10% dos honorários incidirão sobre o restante da dívida não adimplida.

Nesse diapasão, vale o registro da enorme incongruência do CPC em relação à fixação da verba honorária na tutela satisfativa, pois, tratando-se de cumprimento de sentença (art. 523, § 1.º), se o devedor adimplir no prazo de 15 dias, ficará inteiramente livre da verba honorária, ao passo que, tratando-se de processo de execução (título extrajudicial), se o devedor adimplir a obrigação no prazo de três dias, deverá arcar com a metade dos honorários advocatícios (art. 827, § 1.º).

A nosso ver, não há razão para essa distinção, até porque a regra mais branda, por razões lógicas ligadas à duração razoável do processo e à formação do título executivo judicial, não deveria estar no cumprimento de sentença, e sim no processo de execução. Essa situação é absurda e antinômica. Primeiro, porque o *requerimento executivo* é uma petição que dá início a uma nova fase processual, e deve ser feita por advogado constituído nos autos. Mais que isso, deve ter o ônus e o risco de elaborar uma memória correta de cálculo, que normalmente é feita pela contratação de um contador, justamente para não correr riscos num eventual excesso de execução que pode ser alegado pelo executado. Ademais, há o tempo e o trabalho do advogado em dedicar-se a promover a execução para o exequente. Assim, é absurdo que, *depois de iniciada a execução*, se o devedor pagar em 15 dias, ele fique livre dos honorários decorrentes da execução que se iniciou. Se o legislador queria aboná-lo da multa, poderia fazê-lo, mas não dos honorários de advogado. E é também antinômico o dispositivo 523, § 1.º, porque se choca com a regra análoga do art. 827, § 1.º, pois, tratando-se de *processo de execução de título extrajudicial*, que não passou pelo crivo do Judiciário, o prazo para adimplemento com benefício do referido art. 827, § 1.º, é de três dias e resulta em pagamento de metade das verbas honorárias.

Já no caso de *cumprimento de sentença*, portanto fundado em título que passou pelo crivo do Poder Judiciário, o prazo é de 15 dias depois de iniciada a fase executiva, e o executado fica livre da verba honorária integralmente, bem como da multa de 10%.

Por que três dias no processo de execução (título extrajudicial) e 15 para o cumprimento de sentença (título judicial) nas obrigações para pagamento de quantia? Por que redução de metade dos honorários no processo de execução e livramento total dos honorários no cumprimento de sentença, caso aconteça o adimplemento voluntário da obrigação nos referidos prazos?

2.4 A multa de 10%

O art. 523, § 1.º, se aplica aos casos em que o devedor foi *condenado* ao pagamento de quantia já líquida ou a ser fixada em liquidação. Perceba-se que o legislador usou a palavra “condenado” e, por isso, poder-se-ia imaginar que estaria afastada a possibilidade de incidência da multa de 10% quando o título executivo fosse uma sentença declaratória que reconhecesse a obrigação para pagamento de quantia (art. 515, I). É preciso, pois, diferenciar os casos de sentença que *condena* ao pagamento de quantia certa (ou a ser fixada em liquidação) dos casos de sentença que *declara* (*reconhece*) a existência de obrigação líquida, certa e exigível.

Conquanto o art. 523, *caput*, prescreva a regra de que apenas nos casos de *condenação* do devedor é que se aplicará a regra do *caput*, não é assim que deve ser, pelo simples fato de que a exortação ao pagamento só é feita depois de iniciado o requerimento executivo, devidamente embasado pelo título executivo. É do inadimplemento nesse prazo de 15 dias que incide a referida multa, e não de um mero descumprimento da sentença, até, porque tratando-se de mera declaração, a prolatação dessa sentença que reconhece a obrigação líquida, certa e exigível não impõe ao réu o dever de cumpri-la.

Tem natureza de sanção processual a multa de 10% sobre o valor da condenação para o caso de o devedor não efetuar o pagamento ao credor no prazo de 15 dias. A multa é uma sanção contra o não pagamento imposto na condenação ou reconhecido na liquidação e exigido no requerimento executivo, e apenas incide se e quando o devedor não cumprir a obrigação no referido prazo. Portanto, a multa depende do requerimento da execução. É posterior a isso, ou seja, é uma pena processual pelo não pagamento espontâneo do devedor no prazo em que foi intimado depois de protocolado o requerimento que deu início ao cumprimento da sentença.⁵

Como toda e qualquer *pena*, a sanção tem, igualmente, um caráter coercitivo, no sentido de que o destinatário da norma seja estimulado a não

cometer a infração, cuja sanção é prevista.

O prazo de 15 dias a que alude o dispositivo deve ser contado, regra geral, da intimação do devedor na forma estabelecida no art. 513 do CPC.

Na verdade, a multa não precisa nem ser imposta pelo juiz, porque já foi imposta pelo legislador, diante do dever jurídico de *pagamento espontâneo da obrigação*, cabendo ao magistrado apenas cumprir, de ofício, a regra do dispositivo legal (art. 523, § 1.º).

Observe-se que, ainda que o magistrado não o faça expressamente – na intimação não conste o aviso da multa para o caso de não efetuar o pagamento –, ela será devida, porque a sua existência e a incidência estão expressas no dispositivo legal.

Como foi dito, parece-nos que essa multa processual é punitiva, pois foi criada pelo legislador pelo fato objetivo de não ter sido efetuado o pagamento espontâneo pelo devedor intimado a fazê-lo.

Todavia, como toda e qualquer punição, esta também tem um efeito educativo e estimulador de conduta do devedor.

Ao formular o seu requerimento executivo, o exequente deve juntar a memória discriminada do cálculo que lhe supostamente lhe é devido. Esse é o valor que o devedor será intimado a pagar. Nesse caso, é claro que o devedor pode não concordar com o cálculo apresentado pelo exequente e efetuar apenas o pagamento daquilo que considera devido, ainda que destoe dos valores apontados pelo exequente. A multa, nessa hipótese, incidirá sobre a parcela não paga de acordo com o que prescreve o art. 523, § 2.º. Todavia, uma vez que não tenha sido efetuado o pagamento no prazo quinzenal, e apresentando o executado as suas justificativas por intermédio da *impugnação do executado* (art. 525, § 1.º, V), o juiz poderá dar provimento à sua defesa, afastando a incidência da multa.

2.5 O demonstrativo discriminado e atualizado do crédito

Há muito tempo (desde a reforma processual de 1994) já não existe a *liquidação por cálculo do contador*, que se reduziu à simples elaboração de planilha de cálculos que deve ser apresentada pelo exequente no requerimento executivo. Isso porque a antiga liquidação por cálculo servia apenas para realização de cálculos aritméticos de dados e elementos constantes do provimento condenatório que, repita-se, não era “genérico”.

Por isso, a função da realização do cálculo foi repassada ao exequente, e o executado deverá impugnar o eventual excesso pela via da impugnação do executado (art. 525, V), lembrando que, pela redação do art. 524 do CPC, em tal memória discriminada deverão constar: I – o nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado, observado o disposto no art. 319, §§ 1.º a 3.º; II – o índice de correção monetária adotado; III – os juros aplicados e as respectivas taxas; IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; VI – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados. Tudo isso com intuito de facilitar a compreensão e a origem do débito apresentado pelo credor, evitando defesas infundadas sobre o excesso de execução.

Também é possível que o juiz, antes de expedir o mandado de penhora e avaliação, caso o devedor não efetue o pagamento no prazo de 15 dias do art. 523, desconfiando de eventual excesso dos cálculos apresentados pelo exequente em seu requerimento, determine a remessa do processo ao contador do juízo para que ele o auxilie e aponte qual o correto demonstrativo, que poderá ser ou não acolhido pelo exequente. Se este não concordar, a execução seguirá pelo valor solicitado pelo credor, mas a penhora recairá sobre o valor apontado pelo valor que o magistrado entender como adequada.⁶

Há situações em que o exequente não pode fazer a referida memória discriminada dos cálculos devidos porque alguns dados e documentos estão

em poder de terceiro ou do próprio executado. Nessas hipóteses, não será necessário fazer uma ação de exibição de documento ou coisa, pois é bastante que o juiz requisite tais dados e documentos do terceiro ou do executado sob cominação do crime de desobediência (art. 524, § 3.º). De outra banda, quando a complementação do demonstrativo depender de dados adicionais em poder do executado, o juiz poderá, a requerimento do exequente, requisitá-los, fixando prazo de até 30 dias para o cumprimento da diligência, de forma, que se os dados adicionais a que se refere o § 4.º não forem apresentados pelo executado, sem justificativa, no prazo designado, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo exequente apenas com base nos dados de que dispõe (§§ 4.º e 5.º do art. 524).

2.6 A indicação de bem à penhora/avaliação

Tratando-se de cumprimento de sentença ou de processo de execução para pagamento de quantia, o ônus processual de indicação dos bens à penhora/avaliação pertence ao exequente, que poderá indicar os bens penhoráveis do patrimônio do executado – seguindo as gradações legais – no próprio requerimento que dá início à fase executiva, como determina o art. 524, VII, do CPC c/c o art. 523, § 3.º.⁷

Por ser uma faculdade, não está o exequente obrigado a cumpri-la, até porque, em tese, quem mais conhece o patrimônio do executado é ele mesmo, e não o seu adversário. Assim, caso isso não seja feito pelo exequente, o juiz poderá indicar, ele mesmo, segundo elementos da causa, os bens que serão objeto de penhora, ou então ordenar que o devedor os aponte (art. 829, § 1.º), seja de ofício ou mediante provocação do exequente, aplicando-se, sempre, a regra do art. 774, V, do CPC. É claro que o juiz não está vinculado aos bens indicados – e eventualmente penhorados pelo exequente ou executado, podendo a penhora recair sobre bem diverso dos indicados, pois é importante que o juiz conjugue a menor

onerosidade possível com a máxima efetividade da execução, seguindo os parâmetros e regras relativos à gradação e nomeação dos bens à penhora.

Uma vez admitido o requerimento executivo inicial a que se refere o art. 523, e não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Da forma como é redigido o *caput* (fala em mandado) e o início do § 1.º, que usa a expressão “auto de penhora e avaliação”, o dispositivo leva a crer – equivocadamente – que estaria banida a penhora por termo nos autos, realizada pelo escrivão, o que não é verdade, pois, se é permitido ao exequente indicar os bens a serem penhorados, poderá ele, tranquilamente, juntar ao requerimento inicial a certidão cartorária do imóvel, cabendo a penhora ser feita mediante *termo* nos autos pelo próprio escrivão (art. 838). Nesse caso, o termo de penhora conterá a avaliação que deverá ser feita pelo oficial de justiça.

Muito embora entre o art. 523 e o seu § 3.º não exista nenhuma só palavra ou texto que os separe, dando uma impressão de que há entre os atos previstos nesses dispositivos uma sequência imediata e tranquila, não é bem assim que as coisas acontecem no real e concreto mundo da execução por quantia. É que, no hiato temporal situado entre a expedição do mandado de penhora e avaliação e a intimação do executado do auto de penhora e avaliação, inúmeras são as variações e atos processuais, além de incidentes e percalços que podem ocorrer.

Inicialmente, deve-se lembrar que ao exequente é outorgada a faculdade de indicar os bens do executado que estarão sujeitos à penhora. Como o exequente não é obrigado a conhecer quais os bens que compõem o patrimônio do devedor, então não incidirão, nesse momento, as regras previstas no art. 835 (gradação legal). Por outro lado, lembre-se, trata-se de faculdade do exequente, que apenas possui o ônus de fazer tal indicação.

Assim, se foi feita a indicação pelo exequente, será expedido mandado de penhora e avaliação. Mas, e se não for realizada essa indicação?

Nada diz o Código no Livro I da Parte Especial, mas deixa clara a aplicação subsidiária do Livro II, sobre o que deve ser feito, ou seja, nos termos dos arts. 829 e ss., c/c o art. 774, V, o juiz tem o poder, de ofício, de ordenar que o executado exiba os bens que compõem o seu patrimônio, o local onde se encontram, sem descartar a possibilidade de, provocado pelo exequente, investigar a existência de ativos financeiros do executado, para assim proceder à indisponibilidade e posteriormente à penhora da quantia suficiente.

Assim, se não existirem bens no patrimônio do executado, a execução ficará suspensa, por absoluta falta de bens a serem penhorados (art. 921, III, do CPC); por outro lado, se houver bens penhoráveis (seja porque o auto os indicou, seja porque ditos bens foram descobertos), então proceder-se-á à penhora e à avaliação dos mesmos.

A tudo o que se refere à localização, apreensão e depósito dos bens penhorados, bem como ao conteúdo do auto de penhora, aplicam-se as regras contidas nos arts. 831 e ss. do CPC.

No tocante à avaliação, esta deverá ser feita pelo próprio oficial de justiça, mas o próprio legislador admite que, em casos excepcionais, quando este não tiver conhecimento técnico, que seja então nomeado um perito pelo juiz para o fim de estimar o valor do bem, o que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias para entrega do laudo (art. 870, parágrafo único).

O fato de ser um *perito judicial* não significa em hipótese alguma que será adotado o *procedimento de uma prova pericial*, pois a hipótese é apenas para estimar um valor do bem, e assim fixar um piso para eventual alienação ou adjudicação.

É o mercado que dirá o verdadeiro valor, e a finalidade dessa estimativa é estabelecer um parâmetro seguro para os lanços a serem feitos em hasta pública.

Após a avaliação – ainda quando esta tenha sido feita por avaliador e não por oficial de justiça –, proceder-se-á a continuação dos atos expropriatórios (art. 875).

Todas as alegações e defesas do executado referentes à penhora e avaliação (gradação legal, excesso de penhora, avaliação inferior etc.) deverão ser feitas na referida impugnação, nos termos prescritos no art. 525, § 1.º, IV, do CPC, além, é claro, de outras defesas, previstas no próprio dispositivo.

Sem desprezar a possibilidade de que a penhora seja feita por termos nos autos e não por mandado, e, também, de que o oficial de justiça não proceda à avaliação por não possuir conhecimentos técnicos, passa-se então à intimação do executado do auto de penhora e avaliação.

De início, surge uma questão interessante. É que, ao condensar a avaliação e a penhora em atos contínuos praticados pelo mesmo auxiliar de justiça (oficial de justiça), e, ainda, ao falar em intimação do executado do auto de penhora e avaliação, questiona-se a possibilidade de o próprio exequente impugnar aspectos relacionados à penhora e à avaliação, afinal de contas, poderão surgir problemas relativos ao depósito do bem e à sua avaliação que sejam contrários aos interesses do exequente.

Nesse caso, o legislador não prevê a possibilidade de o exequente impugnar incorreções ocorridas nesses atos, porque partiu da premissa de que *na maior parte dos casos* faleceria interesse do exequente em atacar esses atos executivos preparatórios. O momento de o executado impugnar está previsto no art. 525, § 1.º, IV, mas silencia sobre a oportunidade que será dada ao exequente, caso queira oferecer alguma impugnação a esses atos (art. 841).

Como os atos estão condensados e o dispositivo menciona apenas a possibilidade de o executado opor-se aos referidos atos, pensamos que a intimação do auto de penhora e avaliação a que se refere o art. 523, § 3.º, deve ser feita às partes na execução (exequente e executado). Nesse caso, ao

executado cabe a impugnação a que se refere o art. 525, IV, enquanto, para o exequente, a eventual impugnação de algum desses atos deve ser feita por petição simples.

A intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos autos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Assim, o art. 841 é claro ao informar que a intimação é do *executado*, só que na pessoa do seu advogado nos termos do art. 513 do CPC. É que, tratando-se de um só processo, a fase executiva é mera sequência da fase cognitiva, motivo pelo qual bastará que seja feita a intimação do advogado do executado, com as ressalvas do referido dispositivo legal.

3. O ADIMPLENTO PROVOCADO PELO DEVEDOR ANTES DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

As Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 modificaram sensivelmente as regras originais da execução do CPC de 1973. Dentre as inúmeras modificações introduzidas, uma delas foi a revogação do antigo art. 570, que tratava do que a doutrina havia chamado de “execução às avessas”, quando o devedor consignava em juízo o valor supostamente devido ao credor. A revogação desse dispositivo aconteceu não só porque a ação de consignação em pagamento já estava prevista no ordenamento jurídico processual, mas também porque era de pouquíssima importância prática, embora de significativa relevância jurídica.

O CPC/2015 reintroduziu o tema da “execução às avessas” com o instituto semelhante ao do art. 570 revogado; e o fez por intermédio do art. 526 que assim diz:

Art. 526. É lícito ao réu, antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo.

§ 1.º O autor será ouvido no prazo de 5 (cinco) dias, podendo impugnar o valor depositado, sem prejuízo do levantamento do depósito a título de parcela incontroversa.

§ 2.º Concluindo o juiz pela insuficiência do depósito, sobre a diferença incidirão multa de dez por cento e honorários advocatícios, também fixados em dez por cento, seguindo-se a execução com penhora e atos subsequentes.

§ 3.º Se o autor não se opuser, o juiz declarará satisfeita a obrigação e extinguirá o processo.

Imagina-se que esse dispositivo não tenha tanta importância prática, sendo difícil conceber que um devedor possa, espontaneamente, e antes de ser intimado para o cumprimento de sentença – portanto, antes de o exequente requerer o cumprimento de sentença –, ir a juízo e oferecer o pagamento que entende devido, fundamentando seu pedido de adimplemento em memória discriminada do cálculo.

É curioso notar que para o devedor que decide atuar dessa forma, com o oferecimento do adimplemento antes do requerimento executivo do exequente, algumas consequências inexoráveis (ônus perfeito) derivam de sua conduta. A primeira delas é a de que não haverá mais aquele prazo de quinze dias para adimplemento, posto que com essa atitude há a preclusão lógica daquela possibilidade processual. Sua atitude deflagra, formalmente, a fase de cumprimento de sentença só que às avessas.

Assim, uma vez depositada a quantia com a referida memória do cálculo, o credor será intimado para no prazo de cinco dias impugnar o valor depositado, sem prejuízo de levantar o valor depositado que é reconhecido como devido pelo devedor (requerente). Se o magistrado concluir – inclusive após perícia contábil ou análise realizada pelo contador do juízo – que o valor oferecido pelo devedor é inferior ao que seja devido, então sobre a diferença incidirão multa de dez por cento e honorários advocatícios, também fixados em dez por cento, seguindo-se a execução

com penhora e atos subsequentes, o que demonstra, portanto, que não é necessário qualquer requerimento de início da fase executiva por parte do credor. Todavia, se por outro lado o autor não se opuser no prazo de cinco dias, o juiz declarará satisfeita a obrigação e extinguirá o processo.

-
- ¹ É realmente incrível que precise o legislador dizer, com todas as letras, que a penhora de dinheiro é prioritária em relação aos demais bens que compõem o patrimônio do devedor como fez o art. 835, I, do CPC. A necessidade de dizer o óbvio (dinheiro é prioridade numa execução onde o que se pretende é exatamente o dinheiro) expõe toda a fragilidade da execução por expropriação. E essa fragilidade não se restringe apenas às técnicas processuais, ainda muito impregnadas pela supervalorização do direito de propriedade do devedor, mas principalmente pela forma de pensar essa modalidade de execução. Assim, por exemplo, pergunta-se: porque a necessidade de o requerente requerer a penhora de dinheiro (art. 854, *caput*)? Por que o executado não tem o dever de apresentar seus comprovantes de declaração de imposto de renda ao ingressar na execução e, ainda, os extratos bancários dos últimos anos dos cartões de crédito e conta-corrente? Por que não haver um cadastro nacional de execuções judiciais informando o exequente, o executado, o valor da execução e o órgão jurisdicional que pudesse ser consultada por qualquer terceiro interessado, à semelhança dos cadastros privados de restrição ao crédito? Por que a avaliação do bem feita pelo oficial de justiça (auxiliar do juízo) nas hipóteses em que o bem será arrematado em leilão? Por que não a simples estimativa das partes atribuindo a elas o ônus e responsabilidades por tal estimativa? Por que a figura do *preço vil* (art. 891) se o que determina o preço é a oferta e a procura do bem no leilão judicial? Estas são apenas algumas questões – dentre muitas – que mereceriam ser refletidas para uma modificação de ser e pensar da execução para a expropriação de quantia.
- ² Eis aí mais um exemplo do que se comentou no rodapé anterior. Ora, se alguém se tornou titular de uma sentença condenatória transitada em julgado para pagamento de quantia, então por que não ter início de forma imediata fase de cumprimento de sentença sem a necessidade de requerimento do exequente? Qual a diferença desta hipótese das demais hipóteses de cumprimento de sentença de uma obrigação específica para justificar a inércia da jurisdição no pagamento de quantia? Se o problema é a memória discriminada do cálculo, essa é uma questão que poderia ser facilmente resolvida após o início do cumprimento da sentença se não houvesse o pagamento ou se o credor não concordasse com o que fosse parcialmente pago pelo devedor.
- ³ Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença

far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

4 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1.º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

5 Infelizmente, a sentença condenatória voltou a ser um nada jurídico pelo NCPC. Isso porque se no CPC anterior (art. 475-J introduzido pela Lei 11.232/2005) a multa de 10% incidia antes do início do requerimento executivo, portanto, dotando de força coativa a sentença condenatória transitada em julgado, agora não é mais assim. Obtida uma sentença condenatória transitada em julgado, não há nenhum estímulo para o devedor condenado pagar espontaneamente a obrigação revelada na sentença, pois poderá fazer isso *sem qualquer ônus* nos 15 dias depois de intimado do requerimento executivo que deve ser iniciado pelo exequente. Para que o devedor vai cumprir a sentença condenatória se pode fazer depois, sem nenhum ônus a mais por isso, quando intimado do requerimento executivo, nos termos do art. 523, § 1.º, do CPC?

6 Art. 524. [...] § 1.º Quando o valor apontado no demonstrativo aparentemente exceder os limites da condenação, a execução será iniciada pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base a importância que o juiz entender adequada. § 2.º Para a verificação dos cálculos, o juiz poderá valer-se de contabilista do juízo, que terá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para efetuá-la, exceto se outro lhe for determinado.

7 Art. 524. O requerimento previsto no art. 523 será instruído com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo a petição conter: [...] VII – indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível. Art. 523, § 3.º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA

1. INTRODUÇÃO

A execução por quantia certa (técnica expropriatória) pode ser fundamentada em um título judicial ou extrajudicial. A primeira denomina-se *cumprimento de sentença* e a segunda, *processo de execução*.

A distinção de nomes levou em consideração o fato de que a primeira é uma fase ou etapa (executiva) de um mesmo e único processo que contempla a fase cognitiva e executiva. O segundo, por dar início a uma relação jurídica processual nova, é chamado de *processo de execução* e finca-se em um título executivo extrajudicial.

A execução fundada em título extrajudicial é sempre definitiva, e as baseadas em título judicial podem ensejar um cumprimento de sentença provisório ou definitivo, dependendo, é claro, do tipo do título judicial: provisório ou definitivo.

Tratando-se de execução definitiva por quantia certa contra devedor solvente fundada em título extrajudicial (processo de execução), a regra é a estabelecida nos arts. 824 e ss. do CPC, e esses dispositivos servirão de fonte subsidiária para as demais espécies ou modalidades procedimentais para pagamento de quantia, inclusive para o cumprimento de sentença. É

que, tratando-se deste último (execução fundada em título judicial), o Código segue a regra dos arts. 523 e ss., devendo-se, após a fase postulatória, passar às regras contidas nos já citados arts. 824 e ss. do CPC.

2. O AJUIZAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

A execução definitiva para pagamento de quantia fundada em título extrajudicial é realizada por um processo autônomo, que se instaura mediante o ajuizamento de uma petição inicial (propositura de uma demanda), que deverá atender às regras dos arts. 798 e ss. do CPC.

Em tempo, também é faculdade do exequente, na petição inicial, a indicação de bens sujeitos à penhora, o que deverá ser feito, caso o executado, uma vez citado, não efetue o pagamento no prazo de três dias (art. 829). Ao indicar o bem sujeito a penhora, caso exista gravame, averbação ou qualquer tipo de registro sobre o bem indicado (penhor, hipoteca, enfiteuse, promessa de compra e venda etc.), deverá requerer que seja intimado o respectivo terceiro que seja titular em favor de quem o gravame ou averbação ou registro sobre o bem existe.¹ Igualmente, se a penhora recair sobre cotas de empresa (quota social ou de ação de sociedade anônima), deve também intimar a respectiva sociedade para que ela possa exercer o direito previsto no art. 876, § 7.º.

Ainda, tratando-se de processo de execução para pagamento de quantia, a petição inicial deverá estar acompanhada pelo demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação executiva. Isso poderá ser feito na própria petição inicial ou em documento anexo que a acompanhe (art. 798, I, B).²

Também na petição inicial já deve requerer, se for o caso, as medidas urgentes, por exemplo, a antecipação imediata da indisponibilidade dos ativos, a penhora e a alienação antecipada de bens perecíveis etc., demonstrando com razoabilidade os motivos que justificam a tutela de urgência.

Ainda, recomenda o legislador que no requerimento inicial já solicite a certidão do objeto da causa para proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros, tudo para o fim de evitar fraude do executado e prejuízo a terceiros de boa-fé, além de prejuízo ao próprio exequente.

Na petição inicial deve-se indicar ainda, se for o caso, a espécie de execução, quando por mais de um modo puder ser satisfeita a obrigação, e, quando se tratar de obrigações alternativas, é preciso tornar certa a obrigação a ser cumprida.³

Por fim, o pedido formulado na petição inicial da execução é para que o devedor seja citado a fim de, no prazo de três dias, efetuar o pagamento (art. 827). A inicial fica sujeita ao controle de admissibilidade das questões de ordem pública, e pode ser de plano indeferida. Obviamente, se for possível corrigir os vícios da petição inicial, também aqui no processo de execução dispõe o Código que isso deverá ser feito, pois o art. 801 determina que, “verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento”.

Deve-se dizer, ainda, que, uma vez distribuída a petição inicial, o exequente poderá obter certidão comprobatória do ajuizamento dela (com indicação das partes e valor da causa), e assim averbá-la nos registros de bens sujeitos à penhora, com intuito de tornar presumida como fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação.⁴

Ao juiz cabe, ao despachar a inicial, fixar, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado nos termos do art. 827 do CPC.⁵

Portanto, descartada a hipótese de pagamento nos três dias pelo executado, a verba honorária poderá ser elevada em até 20% quando rejeitados os embargos à execução. Ainda que tais embargos não sejam opostos, a majoração poderá ocorrer ao final do procedimento executivo,

em atenção ao trabalho prestado pelo advogado do exequente. Veja o art. 827, § 2.º, citado retro. O legislador não fixa quando se dá o *final do procedimento executivo*, para fins de majoração da verba honorária nos casos em que não forem opostos embargos do executado em atenção ao trabalho prestado pelo advogado, mas tal aspecto é importante de ser definido, pois imagine-se a situação de o juiz elevar a verba honorária após a alienação do bem em leilão público e o valor arrecadado dê apenas para pagar o que se tinha na execução (mais honorários, custas etc.) antes de elevada a verba honorária. Nesse caso, deverá o advogado prosseguir na execução contra o executado para realizar nova penhora e expropriação do bem, para satisfação do percentual elevado no *final do procedimento executivo*.

3. A FORMAÇÃO DA RELAÇÃO EXECUTIVA: A CITAÇÃO DO EXECUTADO E O ARRESTO DOS BENS NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Como foi visto, na petição inicial o exequente anexa o seu título executivo e já indica – ou pode indicar – bens do executado sujeitos à penhora (art. 829). Despachada a petição inicial, o oficial de justiça procederá à citação do executado para que este efetue o pagamento devido no prazo de três dias (art. 829).

Entretanto, as coisas não são tão simples no mundo dos fatos, tal como descrito na norma, e algumas situações podem ocorrer:

- a) ser regularmente citado e efetuar o pagamento no prazo de três dias contados da sua citação;
- b) ser regularmente citado e não efetuar o pagamento no prazo de três dias contados da sua citação, mas tenha o exequente indicado bens à penhora na sua petição inicial;

- c) ser regularmente citado e não efetuar o pagamento no prazo de três dias contados da sua citação, mas não tenha o exequente indicado bens à penhora na sua petição inicial;
- d) não ser encontrado o executado, mas tenha o exequente indicado bens à penhora;
- e) não ser encontrado o executado e não tenha o exequente indicado bens à penhora.

Na hipótese prevista na alínea *a*, infelizmente a mais improvável de todas, poderá o executado efetuar o pagamento espontâneo, valendo-se do desconto de 50% da verba honorária fixada, e, quiçá, do pagamento parcelado a que alude o art. 916, desde que esta última proposta seja aceita pelo juiz.

Efetuada o pagamento, extingue-se a execução.

Na segunda hipótese – alínea *b* –, mesmo tendo sido citado, e não tendo realizado o pagamento espontâneo (inércia) – fato que deverá ser informado pelo exequente –, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora dos bens e à sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto, e de tais atos intimando, na oportunidade, o executado (art. 829, § 1.º).

Na terceira hipótese – alínea *c* –, embora citado o executado, este não fez o pagamento espontâneo, mas também não foi possível ao oficial de justiça proceder de imediato à penhora e à avaliação de bens em razão de o exequente não os ter indicado na petição inicial. Nessa hipótese, deverá o exequente ou o juiz, de ofício, determinar a intimação do executado para que este indique bens passíveis de penhora, sob pena do art. 774, V, do CPC. O exequente poderá requerer ao juiz e valer-se da regra do art. 854 para obter informações sobre a existência de ativos em nome do executado e assim proceder à indisponibilização de dinheiro até o valor indicado na execução para sua futura penhora.

Na hipótese da alínea *d*, qual seja, de não ter sido encontrado o executado, mas ter o exequente indicado bens à penhora, então aplicar-se-á

a regra do art. 829, § 2.º.

No caso da alínea *e*, qual seja, de não ter sido encontrado o executado e não ter o exequente indicado bens à penhora, deverá o oficial de justiça proceder ao arresto a que se refere o art. 830 do CPC,⁶ sem obstar a possibilidade de o exequente valer-se da regra do art. 854 do CPC (verificação e indisponibilização de ativos em nome do executado).

A medida de arresto executivo prevista nesse dispositivo não se confunde com a medida cautelar prevista no art. 301 do CPC. A figura do art. 830 do CPC tampouco é uma sanção contra o executado, mas apenas algo que é feito para acelerar o itinerário executivo, funcionando como uma antecipação da penhora dos bens que servirão à execução. Ademais, não há necessidade de demonstrar ou evidenciar qualquer conduta evasiva ou fugidia do executado. Tampouco precisa estar presente qualquer indicativo de *periculum in mora*. Enfim, o arresto aí previsto – feito de ofício pelo oficial de justiça – decorre de uma situação objetiva: não encontrado o executado para ser citado, o oficial de justiça deve comunicar ao juízo as suas tentativas frustradas, e, em seguida, independentemente de ordem judicial, realizar o que determina o art. 830 do CPC.

Devemos dizer que a norma prevista no art. 830 encerra uma função aparentemente singela a ser executada pelo oficial de justiça, mas que na prática não é tão simples como se pensa. Isso porque, no momento em que tiver de efetivar a medida prevista no art. 830, certamente o oficial fará alguns questionamentos, e as respostas não se encontram estampadas no Código. Perguntas do tipo: Onde devo procurar os bens? Como descobrir quais os bens móveis que eventualmente pertencem ao executado? Quem pagará o custo das certidões informativas da situação patrimonial do executado? Quantos bens serão bastantes para garantir o crédito, especialmente se tais bens dependem de avaliação? No caso de pretender arrestar dinheiro, como obter as informações bancárias do executado?

Por aí se vê que o referido arresto, embora seja feito de ofício, não será efetivado se não houver uma cooperação ativa do exequente (inclusive financeira), no sentido de fornecer todas as informações que viabilizem a efetivação do arresto. Por tudo isso que o arresto do art. 830 do CPC é uma antecipação da penhora, e, como tal, o direito de preferência que a penhora proporciona ao exequente retroagirá à data de efetivação do arresto executivo.

Todavia, nas hipóteses em que não houve a citação, mas foram realizados atos de constrição, então é necessária a triangularização da relação processual executiva, o que deverá ser feito mediante citação por edital, nos termos do art. 830, § 2.º, do CPC.

Assim, realizado o arresto (frutífero ou infrutífero), o oficial de justiça deve procurar o devedor – de preferência no local onde o mesmo normalmente se encontra – por três vezes em dias distintos, e, não o encontrando, deverá certificar o ocorrido (art. 830, § 1.º), incumbindo ao exequente requerer a citação por edital, uma vez frustradas a pessoal e a por hora certa (art. 830, § 1.º).

Se não foi citado o executado e não houve constrição alguma, a citação por edital será assim mesmo realizada, mas o processo ficará suspenso por falta de bens a serem penhorados (art. 921, III).

Por outro lado, nos casos em que o executado foi citado, e não tendo ele feito o pagamento espontâneo, foram realizados atos de constrição, então será ele intimado, na pessoa do seu advogado, ou pessoalmente, das constrições realizadas, segundo as regras do art. 829.

4. ATITUDES DO EXECUTADO NO PROCEDIMENTO EXECUTIVO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Na execução para pagamento de quantia fundada em título extrajudicial, uma vez realizada validamente a citação, o devedor assume a condição de executado. É parte no processo de execução, incidindo contra si os efeitos de uma lide pendente (art. 802).⁷ Sendo parte, e tendo recebido a exortação para pagar no prazo de três dias, admitem-se as seguintes posturas do executado diante das formas como pode ter transcorrido o ato citatório: a) é possível, embora improvável, que o devedor satisfaça a obrigação, culminando na extinção do processo executivo (art. 924, I, do CPC), podendo-se valer dos benefícios dos arts. 827, § 1.º, e 916 do CPC; b) em vez de pagar, é possível que o executado permaneça inerte, caso em que: (i) se procederá imediatamente à penhora e à avaliação de bem indicado pelo exequente em sua inicial; ou (ii) será exortado, de ofício ou por requerimento do exequente, a indicar bens passíveis de serem penhorados, sob pena de litigância de má-fé (art. 774, IV); ou (iii) terá seus ativos financeiros penhorados no montante da execução, caso o juiz acolha requerimento do exequente, nos termos do art. 854 do CPC; c) também é possível que o executado não tome atitude nenhuma, ou seja, nem nomeie bens à penhora nem pague o que deve. Nesse caso, se houve arresto executivo (art. 830 do CPC), este se converte em penhora automaticamente. Todavia, se nem arresto houve porque não foram encontrados bens, então o processo de execução será suspenso, nos termos do art. 921, III, do CPC.

¹ Art. 799. Incumbe ainda ao exequente:

I – requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou alienação fiduciária;

II – requerer a intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação;

III – requerer a intimação do promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada;

IV – requerer a intimação do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada;

V – requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão;

VI – requerer a intimação do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário;

VII – requerer a intimação da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, § 7.º. [...]

² O demonstrativo do débito deverá conter (art. 798, parágrafo único): Parágrafo único. O demonstrativo do débito deverá conter: I – o índice de correção monetária adotado; II – a taxa de juros aplicada; III – os termos inicial e final de incidência do índice de correção monetária e da taxa de juros utilizados; IV – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; V – a especificação de desconto obrigatório realizado.

³ Assim, quando a escolha couber ao credor, será simples, e basta ele indicar na petição inicial (art. 811, parágrafo único). Por outro lado, quando a “execução recair sobre coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o executado será citado para entregá-la individualizada, se lhe couber a escolha” (art. 811, *caput*). Em tempo, o art. 812 prescreve que “qualquer das partes poderá, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação”. Após esse incidente, “aplicar-se-ão à execução para

entrega de coisa incerta, no que couber, as disposições da Seção I deste Capítulo” (art. 813).

4 Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1.º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3.º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

§ 5.º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2.º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

5 Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1.º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

§ 2.º O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.

6 Art. 830. Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 1.º Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido.

§ 2.º Incumbe ao exequente requerer a citação por edital, uma vez frustradas a pessoal e a com hora certa.

§ 3.º Aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo de pagamento, o arresto converter-se-á em penhora, independentemente de termo.

⁷ Art. 802. Na execução, o despacho que ordena a citação, desde que realizada em observância ao disposto no § 2.º do art. 240, interrompe a prescrição, ainda que proferido por juízo incompetente. Parágrafo único. A interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da ação.

Capítulo X
DA PENHORA

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Por intermédio da “responsabilidade patrimonial”, o devedor ou o responsável pela dívida assume que, caso ocorra o inadimplemento, seu patrimônio estará sujeito à atuação estatal, que poderá dali retirar o valor necessário para pagamento do que for devido. A responsabilidade patrimonial coloca, de um lado, o credor na posição jurídica de titular de um direito potestativo à expropriação de bens do responsável e, de outro lado, o devedor/responsável na posição jurídica de *sujeição* àquele direito correspondente. O Estado-juiz é quem detém o monopólio da coerção e coação que autoriza efetivar o referido direito potestativo.

Assim, havendo um crédito reconhecido como tal (judicial ou extrajudicial) e mantida a situação de inadimplemento do devedor ou do responsável, restará ao credor a busca da tutela executiva, mediante a qual o Estado disponibilizará técnicas executivas contra o executado com a finalidade de satisfazer o crédito. Quando a finalidade é justamente a satisfação de um crédito, a solução estatal típica se dá por meio de expropriação. Só que para tanto terá de identificar, no universo patrimonial do executado (devedor ou responsável), qual o bem ou bens que serão expropriados com a finalidade de pagamento do valor devido.

Deve-se perceber que a penhora constitui o ato executivo de identificação do bem do patrimônio do executado que se sujeitará à expropriação. Essa identificação implica pinçar, do universo patrimonial do executado, qual o bem ou bens que servem ao ato final de expropriação.

Assim, tem-se que a penhora é um ato executivo instrumental (preparatório) da execução por expropriação, e, por meio dela, apreende(m)-se bem(ns) do executado, com ou contra a sua vontade, conservando-os para a expropriação final que irá satisfazer o crédito exequendo. A penhora é, na execução por expropriação, o ato executivo que torna concreta a responsabilidade executiva, na medida em que individualiza o(s) bem(ns) que será(ão) expropriado(s) para a satisfação do crédito.

Por se tratar de um ato executivo preparatório do ato expropriatório final, pode-se dizer que a penhora é um degrau importantíssimo nessa escalada rumo à expropriação, pois fixa qual o bem do patrimônio que a ela estará sujeito. Não é a penhora que expropria, mas é ela que identifica o bem a ser expropriado. Por isso, não basta que a penhora seja apenas um ato de apreensão, mas também de guarda (depósito) do referido bem; afinal de contas, este deverá estar incólume (fática e juridicamente) para que seja exitoso o ato final de expropriação.

O fato de a penhora ter uma função conservativa do bem penhorado até o ato final de expropriação não lhe retira a natureza de ato executivo, tampouco lhe outorga a natureza de ato cautelar.

É que a função de proteger a incolumidade física e jurídica do bem decorre do fato de que, por ser a penhora o primeiro ato inaugural da execução forçada, com individualização do bem a ser expropriado, obriga que tal bem fique conservado para que o ato executivo final possa ser útil. A penhora é um dos atos que compõe a cadeia procedimental executiva para pagamento de quantia, e, sem ele, não se individualiza o bem que será expropriado ao final. Assim, se é verdade que um dos efeitos da penhora é

manter o bem incólume para futura expropriação, é fora de dúvidas que tal efeito é consequência lógica da constrição executiva que sobre ele recai, fruto do papel executivo que lhe é inerente. O efeito conservativo decorre da natureza executiva, que é anterior e imanente à penhora.

2. NOMEAÇÃO À PENHORA

2.1 Aspectos gerais

Depois dos percalços e acidentes que marcam a fase de angularização da relação processual executiva ou de cumprimento de sentença, inicia-se, propriamente, a execução forçada para pagamento de quantia certa ao exequente. Isso mesmo, não se pode perder de vista que o que se pretende é justamente satisfazer o direito do exequente, e isso implica a entrega de numerário que corresponda ao seu crédito. Assim, há, basicamente, três etapas para esse percurso executivo: identificação e apreensão do(s) bem(ns) no patrimônio do executado; não sendo apreendido dinheiro, qualquer outro bem precisaria nele se converter, mediante a expropriação judicial forçada; e, por fim, a entrega do dinheiro ao credor.

Obviamente, se do patrimônio do executado já puder ser apreendida quantia devida (dinheiro, art. 835, I), o trabalho do Estado-juiz ficará bastante facilitado, pois não será necessário converter nenhum bem em dinheiro, podendo o processo executivo saltar da primeira etapa (apreensão e depósito) para a última, que é a entrega da quantia ao exequente (art. 904, I).

No entanto, infelizmente, não é como sói ocorrer, pois, na maior parte das execuções por quantia certa, não se penhora o dinheiro, de forma que, primeiro, identificam-se os bens e depois eles são convertidos mediante alienação forçada, e só em seguida passa-se o produto adquirido (dinheiro) em favor do exequente. Por isso, a indicação do bem e a sua penhora é, definitivamente, o ato que dá início à execução forçada

propriamente dita, e, nesse passo, tem especial importância, pois os bens que forem apreendidos por indicação ocorrida nesse momento é que serão transformados em dinheiro a ser entregue ao exequente.

A indicação do bem à penhora tem a tarefa de demonstrar qual ou quais bens do patrimônio do executado serão individualizados para a tutela executiva.

2.2 Nomeação à penhora e seus incidentes

A nomeação de bem à penhora poderá ser feita pelo exequente, por indicação na própria petição inicial. Obviamente que o Código não foi tão benevolente assim, ao permitir que o executado e exequente, respectivamente, escolham livremente, a seu bel prazer, o bem ou bens que serão objeto de expropriação forçada. Aliás, nem mesmo tratou esse ato como exclusividade de um e de outro na execução fundada em título extrajudicial e judicial, respectivamente. Há, pois, na nomeação de bens à penhora, os aspectos objetivo e subjetivo, que devem ser respeitados, seja no procedimento executivo fundado em título extrajudicial ou judicial.

Do ponto de vista objetivo (o bem que será escolhido), não existe uma liberdade plena, porque o Código define uma lista de bens que são impenhoráveis (sobre os quais não incide a penhora e é vedada a alienação) – art. 833 – e outra de bens que são relativamente impenhoráveis, ou seja, sobre os quais pode incidir a penhora, à falta de outros bens – art. 834. Entretanto, não é só, porque, na relação de bens passíveis de serem penhorados, o Código determina uma lista com ordem de preferência para a indicação, inserindo no art. 835, do primeiro ao último inciso, qual deverá ser indicado em primeiro lugar e em último, sob pena de possibilidade de substituição do bem penhorado.

Por razões óbvias, o dinheiro é o primeiro da lista, pois a finalidade dessa modalidade executiva é justamente a entrega desse bem, e, por isso mesmo, quando a apreensão recai sobre quantia certa, salta-se dessa fase

diretamente para a entrega do numerário ao credor, pois não há nada para ser convertido (art. 904).¹⁻²

Observe-se, inclusive, que o § 1.º do art. 835 deixa evidente que, “nas demais hipóteses que não seja o dinheiro alterar a ordem do artigo 835”, deixando clara a posição de que é absoluta a prioridade do dinheiro e apenas excepcionalmente, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 805 e 847 que poderá haver a substituição do dinheiro por qualquer outro bem (inclusive a fiança bancária e o seguro garantia do art. 835, § 2.º, que se submetem ao regime jurídico da substituição do bem penhorado).

No entanto, essa não é a única limitação, uma vez que há casos em que o Código privilegia que a penhora recaia sobre bens dados em garantia hipotecária, pignoratícia e anticrética (art. 835, § 3.º).³

Deve-se ressaltar ainda que o Código faz exigências em relação a determinados bens indicados à penhora, lembrando que a “escolha” deve recair, prioritariamente, sobre bens localizados no foro onde tramita a causa, para evitar que a execução seja feita por carta precatória, o que sempre acaba por acarretar uma demora maior na efetivação da tutela executiva (art. 848, III); sobre bens que não tenham baixa liquidez (art. 848, V); sobre bens que não estejam penhorados ou objeto de gravame (art. 848, IV); sobre bens que estejam fora da ordem legal do art. 835 (art. 848, I) etc.

Nesses casos, em que se “descumpre” a preferência estabelecida pelo legislador, é possível que a parte peça a substituição do bem penhorado, nas hipóteses do art. 848 do CPC. Assim, por exemplo, se foi indicado bem imóvel, o devedor deve indicar as transcrições aquisitivas, onde se localizam e mencionar as divisas e confrontações (art. 847). Se se trata de bens móveis, o devedor deve particularizar não só o estado de conservação, mas também onde se encontram (art. 847, § 1.º, II). Tratando-se de semoventes, deve especificá-los em relação à qualidade e quantidade, bem como mencionar o local em que se encontram (art. 847, § 1.º, III). Se, porventura, indicar créditos e ações, deve identificar quem é o devedor

destes, descrevendo ainda a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento (art. 847, § 1.º, IV). Portanto, não há ampla liberdade sob o aspecto *objetivo* de indicação do bem a ser penhorado, porque a intenção do Código é a de que o mais rápido possível, e com o menor número de incidentes, possa ter êxito a execução, sem perder de vista a regra da menor onerosidade possível.

Do ponto de vista subjetivo, a atribuição de nomear bens à penhora é faculdade do exequente, nos termos do arts. 523 e 829, § 2.º, do CPC.

Como o Código prescreve uma série de “preferências” em relação ao bem a ser penhorado, ele permite que ocorra a sua substituição quando tais preferências ou exigências não tenham sido obedecidas.

Tanto o exequente como o executado poderão pedir a substituição do bem penhorado, criando um incidente processual na execução. A legitimidade para requerer a substituição do bem penhorado dependerá de cada hipótese prevista no referido dispositivo.⁴ De qualquer forma, como a regra é a de que a indicação do bem penhorado compete ao exequente, o executado terá dez dias após a intimação da penhora (art. 847) para requerer a *substituição do bem penhorado*, valendo-se, exemplificativamente, dos incisos do art. 848, e desde que consiga demonstrar que a substituição não trará prejuízo algum para o exequente e será menos onerosa para o devedor.

Formulado o pedido pela parte interessada, o juiz ouvirá o adversário decidindo das questões suscitadas.⁵ Sobre esse incidente relativo à nomeação/substituição do bem penhorado, o juiz deverá decidir de plano e resolver o incidente por decisão interlocutória, lembrando sempre que a sua decisão pode ser pela nomeação de bem não indicado por nenhuma das partes, se entender que – sopesando os princípios executivos – a definição judicial atende aos princípios da menor onerosidade possível e maior efetividade da execução.

Voltaremos a falar da substituição do bem penhorado ao tratar das hipóteses de modificações da penhora.

3. EFEITOS DA PENHORA

Mesmo sendo um ato processual de execução forçada – o primeiro do itinerário que culminará com a expropriação do bem individualizado⁶ –, a penhora opera efeitos tanto no plano processual como no plano material.

É que, por via da penhora, a responsabilidade patrimonial deixa de ser potencial e se transforma em ato, na medida em que se identifica o bem – ou bens – sobre o qual recairá a atividade expropriatória para pagamento da quantia devida. Assim, em razão disso, dessa apreensão judicial e respectivo depósito do bem penhorado visando à futura expropriação várias consequências se operam no processo e no direito material.

3.1 Efeitos materiais

Como foi dito anteriormente, há distinção entre débito e responsabilidade. O primeiro decorre de um vínculo primário em que o devedor assume o papel de adimplir a obrigação. Já a segunda, a responsabilidade, nasce junto com o vínculo obrigacional, mas incide quando ocorre o inadimplemento, portanto, é uma norma secundária, em que o devedor ou o responsável responde com o seu patrimônio pelo referido inadimplemento.

O patrimônio do devedor/responsável é, portanto, uma universalidade de direito (bem universal) que serve de garantia geral para os credores nos casos em que o devedor não cumpre voluntariamente a obrigação assumida.

Como se vê, desde o momento em que o devedor não satisfaz a obrigação que assumiu, incide a regra da responsabilidade patrimonial, de forma que todo o seu patrimônio (universalidade) fica afetado pela situação causada pelo inadimplemento. Essa “afetação” atinge o grau máximo com a penhora, à medida que é singularizado no universo patrimonial do executado qual bem responderá pela obrigação inadimplida.

Quando isso ocorre – a individualização do bem –, parece óbvio que a responsabilidade deixa de recair sobre “todo” o patrimônio e passa a incidir “apenas” sobre o bem individualizado. Disso decorre que sobre o referido bem existirá uma afetação específica e concreta, no sentido de que aquele bem está reservado à expropriação executiva. Por isso, qualquer disposição que se faça sobre o referido bem é ineficaz em relação ao exequente, independentemente de ela ter sido feita com ou sem boa-fé, ou qualquer outra consideração sobre o estado de solvência ou insolvência do executado. É a afetação máxima decorrente da responsabilidade patrimonial, e daí se vê um efeito imediato da penhora que se opera no plano do direito material.

Portanto, se, por um lado, não seria justo que o devedor tivesse todo o seu patrimônio imobilizado por causa de um inadimplemento, por outro, não é justo, igualmente, que o credor não dispusesse de meios judiciais para reconhecer se e quando as alienações do patrimônio foram feitas em prejuízo de seus direitos. Nesse passo, e, dependendo do estágio em que se encontra a cobrança da dívida, existem três caminhos para o credor se proteger contra a disponibilização indevida do patrimônio do responsável. Assim, o reconhecimento da ineficácia da disposição do patrimônio é extremamente simples quando a responsabilidade patrimonial já se concretizou por meio do bem penhorado. E, nessa hipótese, pouco importa se a alienação foi justa ou injusta ou se foi feita para reduzir o devedor à condição de insolvente. Basta a regra objetiva, demonstrada por petição simples ou conhecida de ofício, de que um bem penhorado foi alienado. Essa disposição é absolutamente ineficaz, e, onde quer que se encontre o bem, pesará sobre ele a marca indelével da penhora até o ato final de expropriação executiva.

Inegavelmente, a garantia genérica da responsabilidade patrimonial impõe uma restrição à propriedade do responsável, variando, contudo, em intensidade e requisitos no tocante ao reconhecimento da ineficácia dos atos

de disposição dos bens que compõem o patrimônio. É preciso deixar claro que o devedor sempre soube da existência da dívida por ele assumida, e sempre saberá que, se ela for inadimplida imediatamente, incidirá a responsabilidade patrimonial sobre o seu patrimônio. A nosso sentir, a má-fé do devedor que aliena ou onera bens após assumir a dívida que inadimpliu é sempre presumida. O maior problema reside em saber se o terceiro, ao negociar com o devedor bens do seu patrimônio, sabia ou não da responsabilidade patrimonial.

Logo, se houve disposição de bens em fraude contra credores, será necessária a propositura de ação que reconheça a ineficácia em relação ao credor que propôs tal demanda. Entretanto, se a alienação foi feita em fraude à execução (basta a demonstração da insolvência), o reconhecimento judicial se faz mediante simples petição (ou de ofício) indicando a fraude executiva. Todavia, se, porventura, a disposição do bem é posterior à sua penhora, então, nesse caso, basta a demonstração objetiva de que o bem – penhorado – não poderia ser alienado, independentemente de qualquer outra consideração de ordem objetiva ou subjetiva relativamente ao patrimônio e à intenção do alienante, respectivamente.

Com a penhora, individualiza-se o bem que será expropriado. Todavia, seria inútil a individualização do bem se a sua apreensão não fosse sucedida por medidas de conservação, justamente para que seja mantida a sua incolumidade material e jurídica até o ato final de expropriação executiva. Exatamente por isso, em seguida à apreensão, procede-se ao depósito do bem penhorado. Por essa razão, um dos efeitos substanciais da penhora é justamente o que decorre da apreensão e depósito do bem penhorado.

Se é verdade que a penhora não altera a relação de dominialidade sobre o bem, que continua no patrimônio do responsável, o mesmo não se diz em relação à posse direta sobre o referido bem, pois, em decorrência da apreensão e depósitos judiciais do bem, tem-se que a posse direta passa a

ser do Estado, titular que é do ato executivo, restando a posse indireta para o executado. Ainda que sobre o executado recaia a condição de depositário do bem penhorado, não estará em contato com a coisa em uma relação de posse, mas sim de detentor, conservando a coisa em nome do Estado como verdadeiro auxiliar da justiça.

A penhora também acarreta efeitos processuais. Passemos a eles.

Justamente porque a penhora é ato executivo instrumental do ato satisfativo final de expropriação forçada, além de individualizar o bem que responderá pela dívida, é efeito anexo (cautelar) dela a conservação desse bem para que ele esteja em condições úteis de expropriação quando esse momento chegar. Esse efeito conservativo da penhora é inerente à sua condição de primeiro ato executivo de execução por expropriação contra devedor solvente. A conservação do bem penhorado recai sobre o depositário judicial – comumente o próprio devedor –, que atua, nesse particular, como auxiliar do juízo. Tal conservação deverá ser feita até que seja satisfeito o crédito exequendo.

Outro efeito processual da penhora é a concretização da responsabilidade patrimonial. Os arts. 789 e ss. do CPC menciona que a responsabilidade patrimonial do executado incide sobre todos os bens presentes e futuros, além daqueles que tenham sido alienados fraudulentamente (fraude à execução no curso do processo de cognição e fraude contra credores) e, como tal, reconhecidos em juízo.

Assim, o efeito de individualizar o bem penhorado faz que a atividade executiva se concentre apenas sobre o bem penhorado, livrando os demais bens que compõem o patrimônio do executado da afetação referente à responsabilização patrimonial.

A penhora também confere um *direito de preferência* ao exequente. Realizada a penhora, prescreve o art. 908, § 2.º, do CPC que, “não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora”.

Tal dispositivo reza que a penhora sobre um determinado bem não inviabiliza que sobre esse mesmo bem recaiam novas penhoras. O limite, é óbvio, é o valor do bem, já que o que se quer é obter numerário suficiente para pagamento da quantia certa devida ao credor. Se o devedor possui apenas um bem, mas de grande valor, que paga todos os créditos que lhe são executados, então será natural que sobre esse mesmo bem recaia mais de uma penhora. Todavia, reza o dispositivo que a penhora ocasiona um direito de preferência surgido pela lei processual, de forma que esta (preferência pela penhora) não exclui os privilégios e preferências instituídos anteriormente a ele. Ressalte-se que se aplicam também os efeitos do direito de preferência do artigo mencionado ao arresto executivo do art. 830 retroagindo à data de sua efetivação.

4. OBJETO DA PENHORA

A penhora é ato executivo típico da execução por quantia contra devedor solvente. Pela penhora se singulariza o bem objeto da expropriação, tornando concreta a responsabilidade patrimonial. A penhora, portanto, recai sobre um objeto, que é singularizado pela apreensão e guarda para futura expropriação.

Para se identificar o objeto da penhora, é mister recordar que tal ato executivo constitui ato necessário do itinerário procedimental da execução por quantia certa contra devedor solvente, e, por isso mesmo, requer que tal bem tenha valor apreciável em dinheiro, pois o seu destino final é satisfazer um crédito que está sendo executado. Por isso, além do próprio dinheiro, apenas bens que se convertem em pecúnia poderão ser objeto de penhora, lembrando que bens inexpropriáveis ou indisponíveis ou alienáveis não serão objeto de penhora, justamente porque não poderão ser expropriados. Assim, o objeto da penhora requer três elementos essenciais: a) responsabilidade patrimonial; b) que o bem seja dinheiro ou que nele

possam ser convertidos em quantidade que justifique a execução; c) possibilidade de o bem ser expropriado.

No tocante ao primeiro requisito, dizem os arts. 789 e ss. do CPC que apenas os bens do devedor ou dos responsáveis (pela lei ou contrato), solventes, devem suportar a execução. No tocante ao segundo requisito, só faz sentido promover uma execução para recebimento de um crédito se o bem a ser penhorado que compõe o patrimônio do executado puder ser convertido em pecúnia, e, mais do que isso, desde que o produto da execução não seja absorvido completamente pelas custas da tutela executiva (art. 836).⁷

Assim, poderão ser penhorados dinheiro, pedras e metais preciosos, títulos da dívida pública, títulos de crédito, móveis, semoventes, veículos, direitos e ações, navios e aeronaves etc. (art. 835 do CPC). No que concerne ao último requisito, parece lógico que, se a penhora é ato inaugural do procedimento expropriatório, certamente que a intransmissibilidade do bem impede que sobre ele recaia a penhora.

Assim, desde que se trate de bem que componha o patrimônio do executado e que tais bens sejam convertíveis em pecúnia em numerário maior do que as custas de uma execução, poderá incidir a penhora. Todavia, mesmo que estejam preenchidos esses requisitos, é possível que determinados bens fiquem fora do campo da responsabilidade patrimonial e, portanto, livres da atividade executiva, ainda que componham o patrimônio do executado.

Tais exceções, por serem exceções, devem estar previstas na lei, e compõem um rol de bens que se denominam impenhoráveis, justamente porque não se submetem à responsabilidade patrimonial, muito embora o devedor possa deles dispor livremente e converter em numerário quando assim entender. O motivo de o legislador livrar determinados bens do executado da incidência da responsabilidade patrimonial é de origem política, visando a contemplar valores relacionados à ética, humanitarismo

etc., tudo com intuito de atender ao postulado máximo de proteção à dignidade do executado. Assim, o art. 833 do CPC arrola os denominados “bens impenhoráveis”, em que se leem hipóteses nas quais o legislador anteviu que naquelas situações a proteção da dignidade do executado está *in res ipsa*.

Segundo pensamos, as hipóteses ali contempladas não podem ser lidas em descompasso com a realidade do mundo atual, onde os valores de outrora – informadores do nosso Código – já não se encontram presentes ou foram superados por outros. Com isso se quer dizer que o executado não poderá esconder-se nas hipóteses ali descritas para afugentar-se do dever de suportar a execução forçada, sob pena de o princípio que justifica o dispositivo ser levemente interpretado e valorado às avessas, tal como já expusemos no Capítulo IV da primeira parte desta obra (responsabilidade patrimonial).

5. FORMA DE REALIZAÇÃO DA PENHORA

A penhora se realiza em concreto mediante a apreensão e o depósito de bens do executado. Formaliza-se essa apreensão e depósito por meio do “auto” ou do “termo” de penhora (art. 838). Será feita por intermédio de um auto de penhora, sempre que a sua concretização se der por ato praticado pelo oficial de justiça, o que, aliás, ordinariamente acontece. Tratando-se de penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis (quando, por exemplo, o credor junta documentos do imóvel), podem (e devem) ser realizadas pelo sistema eletrônico.⁸ Se, por outro lado, a penhora se concretizar mediante o “termo de penhora”, é porque foi feita (lavrado o termo) no cartório do juízo. Certamente, a distinção entre “auto” e “termo” de penhora já é um indicativo de que a penhora realizada em cartório ocorrer mais facilmente, pois pode contar com a participação ativa do próprio executado, ao passo que, quando é feita pelo oficial de justiça, normalmente os obstáculos físicos são maiores.

Se a penhora incidir sobre bens nomeados, em substituição à anterior, ela se concretiza por simples redução a termo (art. 849). Também poderá ser por “termo de penhora” lavrado em cartório quando a penhora recair sobre bem imóvel e for apresentada em cartório a certidão da respectiva matrícula.

Deve-se dizer que, se a nomeação foi feita pelo exequente, como estabelece a regra geral, ou então nos casos do art. 829, § 1.º, do CPC, caberá ao oficial de justiça proceder à penhora de “tantos bens quanto bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios” (art. 831).

Assim, fora as hipóteses em que ela é reduzida a termo no cartório do juízo, a penhora é feita mediante ato do oficial de justiça que cristaliza a apreensão e o depósito do bem em um *auto de penhora* (839). Se as diligências forem concluídas em um só dia, bastará a confecção de um único auto. Havendo mais de uma penhora (e não mais de um bem penhorado!), lavrar-se-á um auto para cada uma delas (art. 839, parágrafo único).

O auto de penhora é um documento preparado pelo oficial de justiça, e deverá conter: a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi ela feita; os nomes do exequente e do executado; a descrição dos bens penhorados, com seus característicos; e a nomeação do depositário dos bens (art. 838).

Quando realizada mediante ato do oficial de justiça, a penhora consubstancia em ato processual realizado fora de cartório e, por isso, independe do horário de funcionamento do fórum (arts. 845 e ss.).

Quanto ao lugar, embora a penhora praticada pelo oficial de justiça seja, em geral, restrita aos bens localizados dentro da comarca, deve ser efetuada “onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção e guarda de terceiros” (art. 845, *caput*).

Não há dúvida de que o local em que possivelmente o oficial de justiça encontrará bens do executado a serem penhorados é na sua

residência, e, por isso, já prevendo a dificuldade de realização de tal ato, determina o Código que, “se o executado fechar as portas da casa, a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento” (art. 846).

Para tais casos, de arrombamento da porta para ingresso na casa do executado, o Código prevê que, “deferido o pedido, 2 (dois) oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presume estarem os bens, e lavrarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por 2 (duas) testemunhas presentes à diligência”, E, por sua vez “sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens”.⁹

6. INTIMAÇÃO DA PENHORA

Por se tratar de ato executivo que individualiza e afeta o bem do patrimônio do executado para garantir a execução, deve, obviamente, este ser intimado da penhora.¹⁰ Ainda, se a penhora recair sobre bem imóvel ou sobre direito real sobre imóvel, deve-se intimar o cônjuge do executado, ainda que tal pessoa não seja parte do processo executivo, salvo se casados sob o regime de separação absoluta de bens (art. 842).¹¹

Deve-se intimar também o terceiro garantidor, ao qual pertencer a coisa sobre a qual recaia garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, quando esta for penhorada.¹²⁻¹³

Quando a penhora é feita por termo nos autos do processo, ali mesmo o executado, por intermédio de seu advogado, dela é intimado, sendo louvável que o escrivão faça constar no referido auto que o executado tomou ciência do referido ato processual.

Quando é realizada por oficial de justiça, cumprindo o respectivo mandado de penhora e avaliação, será intimado da penhora o executado, nos termos do art. 841. Se não localizar o executado para intimá-lo da

penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinar novas diligências.

Para obter a presunção absoluta de conhecimento por terceiros, e assim evitar qualquer discussão sobre a prática de fraude pelo devedor ou por terceiro em conluio com o devedor, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.

É claro que problemas poderão surgir, por exemplo: a) o credor não indica bens e por isso o oficial não procede imediatamente à penhora e avaliação, devendo aguardar a exortação do juiz ao réu para que este identifique bens passíveis de penhora, caso em que, se atendida a regra, será feita por termo nos autos; b) o oficial não consegue proceder à avaliação, e é necessária a nomeação de um avaliador, bipartindo-se a intimação em intimação da penhora, e, após a realização da avaliação, a intimação da avaliação, segundo regra expressa do art. 870, parágrafo único; c) o devedor revoga o mandato de seu advogado antes da penhora para ser intimado pessoalmente do referido ato, dificultando ainda mais a sequência executiva,¹⁴ entre outros incidentes; d) não são encontrados bens a serem penhorados etc.

7. MODIFICAÇÕES DA PENHORA

Uma vez realizada a penhora sobre o bem do devedor ou responsável executivo, normalmente é sobre esse bem que se desenvolverão os atos executivos até a fase final, com o pagamento ao credor. Todavia, o Código admite a possibilidade de que, mesmo depois de feita a penhora, o seu objeto seja modificado.

Essa modificação pode ser classificada em “qualitativa e quantitativa”, dependendo do tipo de alteração a ser sofrida no objeto da penhora: nesse caso, quando a modificação for apenas para “ampliar” ou

“reduzir” o objeto penhorado; naquele, quando for para “substituir” o objeto penhorado por outro bem do devedor ou responsável executivo.

É de extrema importância a cautela na modificação qualitativa ou quantitativa (nesse caso, especialmente a redução), porque já existe a garantia da execução, portanto, uma situação de vantagem em favor do exequente, e todo cuidado é pouco para evitar que a execução seja infrutífera em razão da modificação a ser feita.

7.1 Modificações quantitativas e qualitativas (art. 847 do CPC)

Como o nome mesmo já diz, as modificações quantitativas do objeto da penhora ocorrem quando, depois de esta ter sido realizada, há uma ampliação ou redução do objeto penhorado. Se, após a avaliação, o juiz verificar que o valor dos bens penhorados é insuficiente para saldar o crédito exequendo e os acessórios, então será necessário um “reforço” da penhora.¹⁵

Se, após a avaliação, constatar que o valor é “consideravelmente superior”, deverá reduzir a penhora. É claro que o verdadeiro preço do bem penhorado só será descoberto no dia em que ele for alienado, e por isso mesmo é possível que existam distorções entre o valor da avaliação e o da alienação do bem, mormente quando entre um ato e outro houver decurso considerável de tempo.¹⁶⁻¹⁷

Na verdade, deve ficar muito claro que a pretensão do legislador, ao prever as modificações da penhora após a avaliação, é evitar desperdício de atividade jurisdicional para os casos em que é patente a disparidade entre o valor da avaliação do bem penhorado e o do crédito exequendo e acessórios, distorção essa que dificilmente seria compensada em uma alienação.

Assim, só é possível a redução ou o aumento do bem penhorado, se, e somente se, houver uma distorção tal entre o valor da avaliação e o valor

do crédito exequendo e acessórios que justifique a alteração, posto que, se assim não fizesse, haveria enorme desperdício de atividade jurisdicional.

Como os embargos do executado e na impugnação do executado preveem a possibilidade de alegação de *penhora incorreta e avaliação errônea*, já que penhora e avaliação serão feitas pelo oficial de justiça ao cumprir o mesmo mandado, é justamente do resultado de julgamento desses embargos que será verificada a referida distorção entre a avaliação, supostamente errônea, e o verdadeiro valor do bem.¹⁸

Admitida essa distorção, e para evitar um aprisionamento indevido de bens do executado (redução do bem penhorado) ou que o exequente seja compelido a refazer um novo itinerário executivo para cobrar o que ficou faltando receber (aumento do bem penhorado), existe a possibilidade de sua alteração.

Entretanto, é perfeitamente imaginável que não seja possível simplesmente efetuar a redução¹⁹ ou o aumento de bens, uma vez que a alteração quantitativa para mais ou menos deve respeitar a ordem da gradação legal estabelecida pelo legislador (art. 840).

Nesse caso, tornando-se impraticável a alteração quantitativa, restará a substituição do bem penhorado (art. 847), cujo cuidado deve ser ainda maior, pois só se admite a fungibilidade se esta se der envolvendo bens que estejam em patamar igual ou superior na preferência prevista no art. 840 (liquidez).

Adentramos então o terreno das “modificações qualitativas”, no qual, sendo impossível a alteração quantitativa, o caminho ofertado é o da substituição ou transferência do objeto penhorado para outro bem que integre o patrimônio do executado.

Parece-nos que essa transferência, em ambos os casos (impossível a redução ou o aumento), deverá recair sobre bem ou bens que se situem no mesmo ou em patamar superior em liquidez (respeito à ordem de

preferência prevista no art. 840 do CPC), justamente para evitar prejuízos ao exequente.²⁰

Portanto, verifica-se que a alteração qualitativa do objeto penhorado é uma via alternativa à impossibilidade de redução ou reforço da penhora, tal como se infere da redação do art. 847 do CPC.²¹

Para que se proceda à modificação da penhora comentada nos dispositivos *supra*, deve-se distinguir a forma de arguição.

Se houver concentração de atos (penhora e avaliação) no mesmo ato e momento processual, então a eventual oposição do executado deve ser feita por via da impugnação do executado e pelos embargos do executado, respectivamente, arts. 525, § 1.º, IV, e 917, II, do CPC, que poderão ter por conteúdo “a incorreção da penhora ou a avaliação errônea”.

Nos demais casos, quando não houver ou não coincidir como momento de concentração dos atos de penhora e avaliação (por exemplo, esta for feita por perito, e não por oficial de justiça), será necessário que o juiz seja provocado pela parte interessada, que deverá, na sua petição, indicar os bens que poderão servir às modificações quantitativas ou qualitativas, e nenhuma atitude poderá ser tomada pelo juiz sem ouvir antes a outra parte.

O Código não estabelece o prazo no art. 848, e por isso utiliza a regra do art. 218, § 3.º, do CPC,²² que fixa o prazo em cinco dias. Não se descarta – antes, recomenda-se – que, antes de decidir o incidente, o avaliador seja ouvido para que confirme se as opções de bens ofertados à modificação pela parte interessada possuem valor compatível com o crédito exequendo e acessórios. A decisão é interlocutória e, portanto, desafiável por agravo de instrumento.

7.2 Modificações qualitativas (substituições) excepcionais do objeto da penhora

A modificação do objeto da penhora pode se dar por distorção evidente entre o valor da avaliação e o crédito exequendo e seus acessórios, tal como foi visto no tópico antecedente.

Todavia, também são possíveis hipóteses especiais de substituição do bem penhorado sem que ele figure como via alternativa à impossibilidade da modificação quantitativa.

Isso porque nem só por ter acontecido alguma irregularidade é possível a substituição do bem penhorado (art. 850, por exemplo).

Cuidando inicialmente do art. 847, tem-se que: “O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente”.²³

Perceba-se que, na redação do dispositivo, tem-se a previsão de uma cláusula aberta que permite ao magistrado acolher o pedido de substituição do bem penhorado, valendo-se do preenchimento, em cada caso concreto, dos conceitos indeterminados previstos no referido dispositivo, ressalvadas as restrições e orientações estabelecidas nos seus parágrafos. Deve-se notar que o art. 848 cuida da possibilidade de substituição do bem penhorado em virtude da existência de alguma situação indesejada pelo legislador, ao passo que, nessa hipótese do art. 847, o motivo da substituição não está definido, senão apenas os princípios que justificam a mudança, portanto, a partir de uma situação subjetiva trazida pelo devedor que não esteja descrita no art. 848. Enquanto o rol do art. 848 é objetivo, o art. 847 contempla cláusula aberta para a substituição do bem penhorado.

Por esse motivo, é enorme a cautela do juiz (o legislador fala em “desde que comprove”) em deferir o pedido de substituição, para não se ter o risco de prejuízo para o exequente e para a própria tutela jurisdicional estatal.

Existe uma aparente contradição entre o art. 847 e o art. 848 do CPC, pois ambos cuidam da *substituição do bem penhorado*. Para compatibilizar

a aplicação dos dispositivos, pensamos que o art. 848 trata da possibilidade de ambas as partes requererem – de acordo com as hipóteses, típicas, previstas nos incisos – a substituição do bem penhorado. No entanto, de acordo com o art. 847, apenas o executado, em hipóteses atípicas, poderá requerer a medida. Para as hipóteses típicas, as partes devem fazer no prazo de cinco dias, socorrendo-se da regra do art. 218 do CPC, contados da ciência do fato tipificado em algum dos incisos do art. 848.

Para as hipóteses de substituição *atípicas*, deve o *executado* servir-se do art. 847 do CPC, valendo-se do prazo de dez dias da intimação da penhora. Para se unificarem os prazos, poderá a jurisprudência aplicar, *analogamente*, o mesmo prazo do art. 847 para o art. 848, pois não há sentido na existência da diferença.²⁴ Todavia, uma coisa é certa: o prazo para exercício do contraditório – *prévio à substituição do bem penhorado* –, previsto no art. 847, § 4.º, não poderá ser aquele que o executado teve para requerer a substituição do bem penhorado.

O instituto previsto nesse dispositivo é consentâneo com o espírito do processo de execução por quantia certa contra o devedor solvente, ainda mais se a mudança pretendida for para que o bem substituto seja dinheiro, que, na ordem de gradação do art. 840, I, está em primeiro lugar (ao final, o que se espera é justamente a obtenção de dinheiro que seja transferido ao credor).

Assim, se por qualquer razão o próprio devedor admitir a troca do bem penhorado por dinheiro, não haverá prejuízo para o credor e menos ainda para a jurisdição, que abolirá diversas etapas do referido processo (conversão do bem em dinheiro). Assim, inelutável a economia processual, e, nesse caso, menor o risco em admitir a substituição do bem penhorado.

Devemos observar que a medida aí prevista (substituição por dinheiro) não se confunde com a remição da execução (art. 826),²⁵ porque o executado não está pagando o que deve, mas simplesmente trocando um bem gravado, motivo pelo qual o processo de execução continua, doravante

constrangendo o dinheiro, nem mesmo ensejando a transferência imediata do dinheiro ao credor. Daí por que se diz que houve modificação qualitativa do objeto penhorado, que é substituído por dinheiro.

A substituição prevista no art. 847 deve ser requerida pelo devedor ou responsável executivo, e é de bom alvitre que seja deferido o contraditório prévio ao deferimento da medida, que se dá por decisão interlocutória e deve ser muito bem fundamentada, especialmente porque o dispositivo é rico em conceitos vagos. O contraditório é necessário para se evitar um prejuízo irrecuperável para o exequente, caso a substituição leve a uma situação de inviabilidade da tutela executiva.²⁶

Já a outra hipótese especial de modificação qualitativa do objeto da penhora se dá na hipótese do art. 848 do CPC, cuja redação é a seguinte: Art. 852. O juiz determinará a alienação antecipada dos bens penhorados quando: I – se tratar de veículos automotores, de pedras e metais preciosos e de outros bens móveis sujeitos à depreciação ou à deterioração; II – houver manifesta vantagem.

O dispositivo trata de antecipação, por motivo urgente, do itinerário executivo, seja por requerimento do exequente ou do executado, ou até por parte do depositário, quando tal mister recair sobre terceiro. Lembre-se, todavia, que a alienação antecipada de bem penhorado deve ser precedida de contraditório e bilateralidade da audiência das partes na execução. Deve-se dizer que, a despeito da redação do parágrafo único, em alguns casos excepcionais, o contraditório poderá ser diferido para depois da alienação antecipada. No sopesamento de valores, o juiz deve verificar se é melhor determinar a alienação imediata ou o contraditório, pois outra escolha poderá importar em enorme prejuízo para uma das partes e, por que não dizer, para o próprio processo.

O motivo urgente que justifica tal pedido de alienação antecipada pode se dar devido a duas situações: a) a primeira em razão de que a demora poderá levar a uma situação de depreciação ou deterioração do

bem;²⁷ b) a segunda pelo fato de que a demora poderá impedir uma vantagem que só poderia ser obtida se houvesse a alienação antecipada do bem penhorado. Admitida a alienação, então o produto (dinheiro) obtido com a alienação antecipada ficará apreendido até sucederem as etapas normais do processo de execução. Nesse caso, tem-se uma substituição especial do bem penhorado.

8. PENHORAS ESPECIAIS

Foi visto no tópico anterior que a penhora se efetiva mediante a apreensão e depósito do bem pertencente ao executado, aliás, nos exatos termos do que diz o art. 839 do CPC. Para tanto, o Código cuidou, em um primeiro momento, das regras práticas de como devem ser feitos a apreensão e o depósito do referido bem.

O CPC chegou a ponto de dizer que o oficial de justiça poderá até mesmo arrombar as portas, desfazer móveis na incessante caçada de bens que sirvam à penhora (art. 846, § 1.º). Assim, bem se vê que as regras sobre a forma de realização da penhora (apreensão e depósito) previstas nos arts. 839 e ss. do CPC partem da premissa de que os bens a serem penhorados são corpóreos, e que, portanto, permitem uma apreensão física. Outrossim, também cuidou do depósito desses bens de uma forma-padrão, na qual o depositário teria o papel de guarda e conservação dos bens fisicamente apreendidos.

Todavia, nem sempre os bens de valor econômico que compõem o patrimônio do executado possuem natureza corpórea, e por isso mesmo não podem ser apreendidos fisicamente. Isso significa que nem todos os bens penhoráveis são apreendidos, guardados ou conservados mediante um procedimento-padrão.

Justamente para essas hipóteses, em razão da peculiaridade de determinados bens, cuja apreensão ou depósito não são feitos pela forma-padrão, é que o CPC lhes reservou um tópico específico (art. 854). Assim,

as hipóteses previstas nesses dispositivos cuidam mesmo da penhora (etapa da execução), só que realizada de forma peculiar.

8.1 Penhoras de créditos e outros direitos patrimoniais

Sempre que possível, a penhora é feita mediante apreensão física e depósito do bem penhorado. Assim, mesmo que o bem a ser penhorado sejam créditos que o devedor possua, se os ditos créditos forem representados por título documental, em que, pela regra da cartularidade, apenas o original é que representa o crédito (letra de câmbio, nota promissória, cheque etc.), permite o CPC (art. 855) que a penhora desse crédito seja feita mediante a apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor (art. 856).²⁸ E se nesses casos em que os créditos são representados por títulos estes não puderem ser apreendidos? E em outros casos, em que exista um crédito do devedor para com um terceiro, mas não exista o tal título que o representa? Para essas situações, a penhora também é possível, mas o Código dá regras especiais para a sua efetivação.

A primeira regra é a de que se considera feita a penhora pela simples intimação do terceiro que deve ao executado para que ele não pague a dívida, e também se intima o executado (que é o credor do terceiro) para que não pratique nenhum ato de disposição do crédito que possui em face do terceiro (art. 855, I). Portanto, não sendo possível a apreensão física do documento que representa o crédito, mas se o “terceiro confessar a dívida, será havido como depositário da importância”, de forma que “só se exonerará da obrigação se e quando depositar em juízo a importância da dívida” (art. 856, §§ 1.º e 2.º). Bem se vê que, na condição de fiel depositário, o terceiro que possui dívida com o executado estará proibido de pagar ao executado, pois o dito crédito foi judicialmente apreendido. Deve, pois, respeitar o *munus* de depositário fiel e só pagar a dívida mediante depósito judicial da quantia em favor do juízo da referida execução.

Não procedendo dessa forma, não estará livre da obrigação, e ainda se sujeitará às sanções cabíveis contra o depositário infiel. Todavia, se, uma vez intimado o terceiro que deve ao executado para que não pague a dívida (art. 855, I), ele “negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude à execução” (art. 856, § 3.º). Para que seja reconhecida a fraude à execução nas hipóteses supracitadas, não é necessária a provocação do magistrado, podendo o juiz reconhecê-la de ofício se existirem elementos que lhe permitam chegar a tal conclusão. Todavia, não estando presente o conluio, “a requerimento do credor, o juiz determinará o comparecimento, em audiência especialmente designada, do devedor e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos” (art. 856, § 4.º).

Por outro lado, é possível que o direito que o executado possua em relação ao terceiro esteja sendo reclamado em juízo, e nesse caso o Código prevê três situações: a) se o direito é reclamado mediante tutela executiva, assevera o art. 857 que, “feita a penhora em direito e ação do executado, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o exequente fica sub-rogado nos direitos do executado até a concorrência de seu crédito”;²⁹ b) se o direito reclamado em juízo é exercitado mediante ação reipersecutória, o art. 859 prevê que, “recaindo a penhora sobre direito a prestação ou a restituição de coisa determinada, o executado será intimado para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução”; c) quando o direito estiver sendo reclamado em juízo mediante ação de cobrança (condenatória) que ensejará uma sentença de prestação, o art. 860 reza que, “quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, a penhora que recair sobre ele será averbada, com destaque, nos autos pertinentes ao direito e na ação correspondente à penhora, a fim de que esta seja efetivada nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado”.

Por fim, para esses casos, o art. 858 reza que, “quando a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas ou de prestações periódicas, o exequente poderá levantar os juros, os rendimentos ou as

prestações à medida que forem sendo depositados, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras de imputação do pagamento”.

8.2 Da penhora de ativos financeiros

8.2.1 Considerações iniciais

Numa execução para pagamento de quantia, por razões óbvias, o dinheiro é o primeiro bem na ordem preferencial dos bens a serem penhorados (art. 835, I, do CPC).

Ao contrário dos demais bens, o dinheiro é o objeto fim, pois é ele que se busca nessa modalidade executiva. Em todas as demais hipóteses, o bem penhorado é um objeto instrumental e deverá ser convertido em dinheiro, que ao final será entregue ao credor para satisfação do crédito exequendo.

A curva que a execução por expropriação percorre nas hipóteses em que o bem penhorado deve ser convertido em dinheiro é tão grande, que o legislador permite que o credor requeira a adjudicação do bem penhorado ceifando o itinerário de conversão do bem em dinheiro.

A importância da penhora de dinheiro numa execução para pagamento de quantia tem sua raiz nos mesmíssimos fundamentos que justificam e corporificam os argumentos que elevam a importância de o Estado proporcionar ao jurisdicionado, em tempo razoável (arts. 4.º e 6.º), o bem da vida que ele tem direito a receber. Se a tutela jurisdicional executiva foi iniciada para receber dinheiro, então é o dinheiro que deve ser o objetivo a ser perseguido em todos os atos desse itinerário executivo.

O legislador foi claro ao dizer no art. 835, I, que a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira. Não poderia ser mais óbvio o legislador, pois, penhorando o dinheiro, permitir-se-á saltar diretamente

para a fase de *satisfação do crédito* prevista no art. 904, I, do CPC. Penhora-se o dinheiro e expropria-se o dinheiro do executado para satisfazer o direito exequendo.

8.2.2 *O dinheiro em espécie ou em aplicações financeiras*

O art. 835, I, estabelece que o dinheiro, em espécie ou aplicações financeiras, ocupa o primeiro lugar no topo de preferências dos bens a serem penhorados.

O legislador admite que o dinheiro possa ser penhorado em espécie, como um bem corpóreo fisicamente palpável e concreto ou que seja penhorado de forma virtual, porque depositado em instituições bancárias. O dinheiro, em um ou outro caso, é o mesmo, e pertencem ambos ao executado.

Normalmente, as pessoas não guardam o dinheiro em casa ou em seus estabelecimentos; quando o fazem, não colocam em locais que serão facilmente descobertos por ninguém, a não ser que seja de sua confiança, e nesse rol não se inclui o credor exequente.

De fato, não haveria razão para não se permitir a penhora de dinheiro do executado, quando este estivesse depositado em conta bancária, porque, afinal de contas, ninguém guardaria dinheiro em outro lugar senão em contas bancárias, e, além disso, o dinheiro é o bem preferencial na ordem legal prevista pelo legislador. De que adiantaria a regra do art. 835, I? Teria o dispositivo um papel apenas decorativo? Por isso, é absolutamente legal e legítima a penhora de dinheiro do executado que esteja depositado em instituições bancárias, ou seja, dinheiro depositado em conta-corrente ou em aplicações financeiras.

Não faria sentido imaginar a penhora de dinheiro do executado em outro lugar que não as instituições bancárias. Assim, com o desenvolvimento tecnológico, a forma mais adequada de se proceder à

penhora dos ativos financeiros do executado se dá pelo sistema eletrônico, e nem poderia ser diferente.

Se, atualmente, os correntistas conseguem, por meio de um simples *smartphone*, proceder a transferências, pagamentos, aplicações etc., não seria ilógico imaginar que tais atos eletrônicos também pudessem ser utilizados pelo Poder Judiciário para proceder à penhora. Mas é fato indiscutível que a forma como se apreende dinheiro do executado (apreendendo ativos financeiros depositados em conta bancária ou aplicações financeiras) talvez seja o que causa maior incômodo e dificuldades de aceitação pelo público em geral. Atualmente, o Código permite que o juiz possa, virtualmente (meio eletrônico), usando da rede mundial de computadores e com o auxílio do Banco Central, indisponibilizar ativos financeiros do executado, para, posteriormente ao incidente do art. 854, § 3.º, realizar a penhora de seu dinheiro.

Ainda existe alguma reticência quanto à aceitação da Internet (meio eletrônico) como ferramenta a ser utilizada pelo Judiciário para a realização da indisponibilidade e penhora de ativos financeiros em conta do executado, porque são inúmeros os casos de penhora *on-line* de dinheiro tendo como alvo o CPF, com bloqueio indistinto de todas as contas do executado e de todos os valores ali contidos, sem qualquer limitação ao valor da execução. Na prática, diante desses equívocos, e para evitar o prejuízo de se terem todas as contas bloqueadas, o executado acabava pagando o valor da execução, em vez de discutir qualquer equívoco da medida constritiva.

8.2.3 *O caráter absoluto do dinheiro na ordem de preferência do art. 835, I, do CPC*

O art. 835 determina que a penhora observará, preferencialmente, a ordem dos bens descritos no referido dispositivo, e, não por acaso, elenca como primeiro dessa lista o dinheiro, em espécie ou em aplicações financeiras.

Ainda nesse mesmo dispositivo o legislador estabeleceu no § 1.º que “é prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

Dessa asserção contida no § 1.º conclui-se que a penhora do dinheiro não é apenas prioritária, ou seja, o primeiro bem do patrimônio do executado deve ser penhorado, afinal de contas, numa execução por quantia o que se espera é o recebimento do dinheiro. Há algo mais no referido parágrafo. É que, ao dizer que, “podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto”, traz outra consequência importantíssima, que é o caráter absoluto do dinheiro, ou seja, além de prioritário, é absoluto. Isso significa que não se pode alterar a ordem estabelecida nos incisos para desprivilegiar a penhora de dinheiro.

Todos os bens dos incs. II a XIII estão dispostos naquela ordem de preferência, porque o legislador presumiu ser essa a ordem de maior liquidez, ou seja, dos bens que mais facilmente são convertidos em dinheiro. Eis aí o motivo pelo qual a penhora do dinheiro é prioridade, ou seja, deve ser procurado ou buscado em primeiro lugar, e, havendo outro bens, o dinheiro possui um caráter absoluto, não se sujeitando à inversão da ordem de preferência a que todos os outros bens se sujeitam.

Com isso, com a regra do art. 835, § 1.º, está superada a absurda Súmula 417 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que, “na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”.

8.2.4 *A substituição do dinheiro por fiança bancária e seguro garantia judicial*

Nos termos do art. 835, § 2.º, determina o legislador que, “para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o

seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento”.

É preciso compreender com exatidão o que diz o dispositivo.

A equiparação do dinheiro com a fiança bancária e com o seguro garantia judicial nos termos que estão ali propostos só se dá na hipótese de *modificação da penhora*, ou seja, na hipótese de *substituição de bem penhorado*.

Isso quer dizer que *desde que já tenha acontecido a penhora de dinheiro*, isto é, que o dinheiro já tenha sido penhorado, é possível que ele venha a ser substituído por outro bem que a ele foi equiparado pelo legislador.

Perceba-se que, para substituir a penhora de dinheiro, é preciso que se preencham as regras tipificadoras da *substituição do bem penhorado* (arts. 805, 847, *caput*, e 848, parágrafo único), além das exigências firmadas pelo legislador quando menciona em que hipótese e em que condição o dinheiro penhorado pode ser substituído pela fiança bancária e pelo seguro garantia judicial.

Este dispositivo (art. 835, § 2.º) em nada afronta a regra do parágrafo anterior, ou seja, a penhora do dinheiro é absoluta e não é possível alterar a ordem para penhorar outro bem em vez do dinheiro. O que admite o legislador é que, depois de penhorado o dinheiro, e, se atendidas as exigências genéricas da substituição do penhorado, que se possa trocar a penhora em dinheiro pela fiança bancária e o seguro de garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de 30%.

8.2.5 *Execução de crédito com garantia real e a suposta preferência da penhora sobre o bem dado em garantia*

Nos termos do art. 835, § 3.º, tem-se que, “Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora”.

Da forma como disse o legislador, poder-se-ia imaginar que a prioridade do dinheiro e seu caráter absoluto sucumbiria quando a hipótese fosse de execução de crédito garantia por garantia real, pois dá a entender o dispositivo que é obrigatória a penhora sobre o bem dado em garantia.

Nesse particular, é preciso fazer uma distinção importantíssima para se compreender o referido dispositivo cuja redação é pior do que a do art. 655, § 1.º, do CPC de 1973.³⁰ No CPC de 1973 o legislador falava em preferência e no CPC de 2015 diz que “recairá” sobre o bem dado em garantia.

A distinção decorre do direito material e é a seguinte. Se a garantia real foi prestada pelo devedor da obrigação, a regra acima não pode se aplicar de forma alguma, mas se a garantia for prestada por terceiro, então a regra deve ser aplicada.

Tomando por exemplo uma situação em que o devedor realiza um contrato de empréstimo de dinheiro e firma com o credor uma garantia real de hipoteca sobre um bem de seu patrimônio, não faz o menor sentido que o legislador imponha ao credor o dever de penhorar o bem hipotecado em vez de dinheiro quando isso se mostrar possível.

Ora, a obrigação do devedor é de pagar a quantia e é para esse desiderato que foi iniciada a tutela executiva. A garantia real que recai sobre um bem só existe para que o referido patrimônio seja convertido em dinheiro e, assim, pago o que for devido ao credor-exequente. E se o valor arrecadado não for suficiente, reinicia-se a fase instrutória com a penhora de bens do patrimônio do executado para alcançar tal mister.

É esdruxula a situação de o credor-exequente não poder penhorar dinheiro do executado, por se ver compelido a penhorar o próprio bem dado

em hipoteca cuja finalidade é justamente convertê-lo em dinheiro para depois

É preciso ter cautela quando se lê o dispositivo. A garantia é acessória ao principal, ou seja, é um *plus* em relação ao direito do credor à responsabilidade patrimonial do devedor, ou seja, este responde com o seu patrimônio pela totalidade da dívida inadimplida. A garantia específica existe em favor do credor, para que este possa ter certeza e segurança em relação ao eventual inadimplemento do devedor.

A responsabilidade patrimonial do devedor não se limita, de forma alguma, ao valor da garantia, porque o acessório é que obedece ao principal, e não o inverso, sob pena de subversão da lógica e função das garantias obrigacionais. Não por acaso, o art. 1.430 do CCB dispõe que “Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”. O verbo *continuará* acima não deixa qualquer margem de dúvida do que foi dito.

Contudo, não é só, pois o “*direito de excutir a coisa dada em garantia*” é, frise-se, desde já desculpando-se pela obviedade, um direito do credor e não o contrário.³¹

Não pode o CPC obrigar o credor a excutir o bem dado em garantia quando esta é uma faculdade estabelecida pelo legislador civil nos termos do art. 1.422, *caput*, do CCB, que tem a seguinte redação: “O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro”. Não se trata de um *dever*, mas de um *direito do credor*.

Assim, por exemplo, se, no momento de requerer a penhora, é possível ao exequente obter a penhora *on-line* de ativo financeiro do executado que satisfaça a dívida exequenda, não está ele compelido a abrir mão de penhorar dinheiro para ter que excutir, primeiro, a coisa dada em

garantia, como poderia sugerir o dispositivo ao criar uma imposição que não existe no plano do direito material.

Se assim não fosse, inverter-se-ia a lógica do sistema, pois a garantia seria um privilégio para o devedor, e não para o credor. E mais, teria o credor que executar a coisa dada em garantia, convertê-la em quantia que já poderia ter sido penhorada anteriormente. É preciso ter em mente que numa execução para pagamento de quantia o dinheiro é sempre prioritário, pois o que se espera é o recebimento de dinheiro. O dinheiro é fim e o bem que nele se converte é meio para se chegar a esse fim. Qualquer caminho diverso de apreensão de qualquer bem que não seja dinheiro é uma curva no itinerário executivo para que se possa, no final, obter dinheiro para satisfazer o exequente, salvo nas hipóteses em que este admite receber a coisa em adjudicação do bem penhorado, mas essa é uma exceção à regra geral.

Entretanto, quando a garantia real é prestada por um terceiro, ou seja, quando o responsável pela garantia seja um bem de terceiro, ou seja, é um responsável, mas não um devedor, então o dispositivo pode ser lido da forma imperativa como se lê. Isso porque a regra dos arts. 391 do CCB e 789 do CPC não se aplica ao terceiro que restringe a sua *responsabilidade patrimonial* àquele bem específico. Em termos mais claros, a responsabilidade patrimonial do terceiro (do seu patrimônio) tem um limite, que é o valor do bem dado em garantia. A limitação *da responsabilidade patrimonial* e a sua circunscrição ao bem dado em garantia pelo terceiro significam que ele não pode ser responsabilizado além do patrimônio (bem específico) que ele vinculou como garantia pelo inadimplemento. Nessa situação, portanto, em que o bem dado em garantia real é de um terceiro e não do próprio devedor, se aplica a regra do art. 835, § 3.º, do CPC. Conquanto a garantia seja para recebimento de um crédito, é inescandível que, em relação ao terceiro, ela se limita ao referido bem e, por isso, este deverá ser executado para que o produto da sua excussão seja entregue ao

credor exequente (e assim fique liberto o terceiro de qualquer outra responsabilidade patrimonial).

8.2.6 *Penhora de dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*

8.2.6.1 Aspectos gerais

A penhora *on-line* de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira no NCPC tem um *quid* diferencial em relação ao que normalmente vinha sendo feito para essa modalidade de penhora no CPC de 1973.

No art. 854 consta outro ato executivo instrumental antecedente à penhora propriamente dita, à qual denominou de *indisponibilidade do valor* indicado na execução.

A rigor, sendo a penhora um ato de apreensão e depósito do bem do executado, o que fez o legislador em relação à penhora de dinheiro, primeiro na ordem de preferência da execução para pagamento de quantia (art. 835, § 1.º), foi separar, cronologicamente, o ato de apreensão do ato de depósito.

Assim, tratando-se de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o primeiro ato do juízo será a indisponibilização do numerário indicado na execução, que será mantido depositado na conta do executado.

Desse ato de indisponibilização será intimado o executado na pessoa de seu advogado para, no prazo de cinco dias, comprovar que a quantia indisponibilizada é impenhorável ou remanesce indisponibilidade excessiva dos ativos financeiros.

Tem-se aí uma mini-impugnação do executado com cognição horizontal limitada porque restrita a impenhorabilidade do bem ou excesso

da indisponibilização. Essa impugnação não se confunde com a impugnação ou embargos do executado.

Apenas e tão somente se for rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado contra a indisponibilidade é que esta se converterá em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução. Assim, antes disso, o bloqueio do ativo financeiro é feito na própria conta do executado.

A destreza em realizar a indisponibilidade e a penhora *on-line* de ativos financeiros também deve estar presente para desfazer tal ato, cumprindo com exatidão os prazos, fixados em horas, no dispositivo (art. 854, §§ 1.º, 6.º e 8.º).

Não por acaso, inclusive, o legislador, preocupado com prejuízos de uma indisponibilidade excessiva ou injusta, fixou a responsabilidade da instituição financeira em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 horas, quando assim determinar o juiz (art. 854, § 8.º).

Não foi por acaso, portanto, que o legislador processual, reconhecendo os riscos de equívocos e de ferimento do devido processo legal (*ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal*), deixou evidentes alguns aspectos que deverão ser seguidos para que seja utilizada a penhora eletrônica de ativos financeiros do executado:

1. *Requerimento expresso*. Deve haver requerimento expresso do exequente solicitando a medida, o que impede que seja tomada de ofício pelo juiz.

2. *Momento do requerimento*. Em nosso sentir, o momento do requerimento do bloqueio dos ativos financeiros do executado pode ser realizado na petição inicial do processo de execução (fundada em título

extrajudicial) ou no requerimento inicial do cumprimento de sentença para pagamento de quantia.

3. *Momento de deferimento da medida constritiva.* Em relação ao momento desse requerimento, o art. 854, *caput*, silencia a respeito, mencionando apenas que deverá ser feito “sem dar ciência prévia do ato ao executado”. Assim, a pergunta mais importante a ser feita, e cuja resposta irá determinar o sucesso ou não da medida constritiva, é a seguinte: o ato será feito sem a ciência prévia do executado, porém isso irá acontecer depois de vencido o prazo para o adimplemento nos arts. 523, § 1.º (prazo de 15 dias) e 827, § 1.º (prazo de 3 dias)?

Se o ato de apreensão de ativos financeiros se realizar depois do prazo que o executado tinha para “adimplir espontaneamente”, então manter-se-á o estado de total inoperância da penhora *on-line* de dinheiro, já que todo devedor, sabendo que só depois dessa oportunidade poderá sofrer a constrição judicial, esvaziará suas contas bancárias justamente para que o referido ato seja infrutífero.

Uma vez mantida a posição de que o executado deve primeiro ser citado para a execução de título extrajudicial ou de que primeiro deve ser esgotada a possibilidade de pagamento espontâneo no cumprimento de sentença, é certo e indubitado que tal medida de apreensão de quantia será absolutamente inócua e facilmente driblada pelo executado, já que a grande novidade do art. 854, *caput*, de não dar ciência prévia do ato ao executado, será *posterior*, e, portanto, depois da ciência da própria execução.

A única forma de se imprimir ao instituto a efetividade e a importância que ele merece, e, enfim, “pensar a execução” sob o prisma do direito fundamental do credor à execução civil, é entendendo que o momento de realização do ato de apreensão dos ativos financeiros é feito pelo magistrado tão logo receba a petição inicial do processo de execução ou o requerimento executivo do cumprimento de sentença.

Em nosso sentir, essa interpretação, consentânea com a regra de que a execução é feita em prol do credor (art. 797 do CPC) e com o princípio de que deve o Estado prestar a tutela satisfativa de forma justa e efetiva (arts. 4.º e 6.º), é adequada ao itinerário executivo, pois: (a) quem indica os bens a serem penhorados é o exequente; (b) a impugnação e os embargos do executado não suspendem a execução pela sua mera interposição; (c) com o fato de que o legislador só considerou como ocorrida a penhora no momento em que é rejeitada a defesa (ou esgotado o referido prazo), portanto, o legislador teria antecipado o momento da apreensão dos ativos financeiros, mas só considerando como ocorrida a penhora depois da manifestação do executado; (d) o legislador teria presumido a necessidade de realização antecipada do bloqueio, tendo em vista a reconhecida inoperância do ato quando realizado após a manifestação ou ciência do executado da existência da execução; (e) com o referido bloqueio é mais provável a possibilidade de que o devedor possa proceder ao pagamento da quantia no prazo para o referido adimplemento, usando, inclusive, a própria quantia bloqueada; (f) a hipótese do art. 854 é especial em relação ao itinerário descrito no art. 829 (no mandado de citação constará a ordem de penhora e avaliação), justamente porque o legislador presumiu a inoperância do bloqueio dos ativos quando realizado após a ciência da execução pelo devedor.

4. *Método de realização do bloqueio.* A medida eletrônica bloqueio de ativos financeiros só pode ser feita pelo magistrado por intermédio da autoridade supervisora do sistema bancário, afastando qualquer hipótese de o juiz, diretamente, ordenar ao banco que informe sobre ativos do executado para proceder em seguida à indisponibilidade da quantia. Perceba-se que o controle e o manuseio das informações bancárias do executado são feitos pela entidade supervisora do sistema bancário, ainda que por ordem do juiz.

5. *Controle pelo juiz.* A indisponibilização excessiva (valor bloqueado é acima do que foi determinado pelo juiz) pode ser cancelada de ofício. Enquanto a penhora de dinheiro deve ser requerida pelo exequente, a eventual indisponibilização excessiva, se percebida pelo juiz, deve, de ofício, ser cancelada nos limites do excesso nas 24 horas seguintes ao bloqueio. Não por acaso, na impugnação de que trata o art. 854, § 3.º, II, o legislador fala em “remanesce a indisponibilidade excessiva”. Tal dispositivo é, na verdade, uma resposta contra a enorme quantidade de situações que vinha acontecendo na prática forense em que o executado tinha diversas contas bloqueadas em seu CPF superando o valor do crédito exequendo e criando uma situação de enorme prejuízo para o mesmo.

6. *Impugnação ao bloqueio.* Por intermédio da mini-impugnação do art. 854, § 3.º, o executado poderá arguir tão somente dois vícios do referido ato de indisponibilização: é excessiva e/ou o valor bloqueado é impenhorável. Portanto, não é o exequente nem o juiz, nesse momento, que devem se preocupar em saber se o dinheiro a ser apreendido se refere às hipóteses do art. 833, IV, ou se essas hipóteses estão revestidas de alguma outra forma de impenhorabilidade, cabendo ao executado comprovar tal impedimento em relação às quantias bloqueadas em sua conta bancária pela impugnação do art. 854, § 3.º.

7. *Prazo da mini-impugnação e limites cognitivos.* O prazo para embargar e o prazo para impugnar a execução não se confundem com o prazo da mini-impugnação contra o ato de apreensão, de forma que podem fluir concomitantemente dependendo da hipótese e do caso concreto. Para aqueles que admitem, como nós, que o bloqueio dos ativos pode se dar antes de o executado ter ciência da própria execução, tal como se fosse uma medida urgente antes de ouvir o réu, poderá acontecer de o executado ter sido citado para o processo de execução quando esteja em curso o prazo para que ele se manifeste sobre a apreensão da quantia. Igualmente, pode ter sido intimado para pagar a quantia nos 15 dias do art. 523, § 3.º, e tenha que

impugnar a apreensão. A mini-impugnação tem cognição horizontal limitada às matérias que nela podem ser alegadas e apresentada como prova pré-constituída da suposta impenhorabilidade e da indisponibilidade excessiva.

8. *Mini-impugnação e preclusão.* Uma discussão interessante poderá surgir acerca da preclusão da mesma matéria arguível na mini-impugnação do art. 854, § 3.º, e em oposição do executado que se permite arguir o vício da penhora ou da avaliação (embargos ou impugnação do executado). A matéria é de ordem pública, mas não parece justo e adequado que se permita ao devedor a todo tempo discutir ou rediscutir o mesmo tema protelando e baralhando o feito, agora sob o manto da *penhora incorreta*. É preciso fazer uma releitura da execução, e não só do processo cognitivo, de que as partes devem agir com lealdade e boa-fé e colaborar com a justiça também na tutela satisfativa.

Por fim, deve-se dizer que não existe qualquer pecha de inconstitucionalidade em realizar a penhora de ativos financeiros do executado nos limites estabelecidos pelo legislador e com as cautelas ali previstas. De um lado, há a regra da efetividade do direito do exequente, constitucionalmente assegurada pelo direito de acesso à ordem jurídica justa (art. 5.º, XXXV, da CF/1988), e isso não poderá ser olvidado jamais. Não se pode perder de vista que o dinheiro é o primeiro bem no rol de bens penhoráveis, e que normalmente ele é guardado (e não escondido) em instituições bancárias.

Logo, a penhora por via eletrônica de ativos financeiros é apenas uma forma de permitir a concretização da responsabilidade patrimonial, e por isso nada há que fira a regra constitucional de que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal. Igualmente, não fere o juiz natural, porque a ordem de realização do bloqueio e indisponibilização do bem é do próprio juízo da execução, e o fato de em alguns casos as informações passarem pelo auxílio e supervisão da autoridade bancária em

nada fere o direito constitucional do executado, senão o contrário, porque se preocupa em preservar ao máximo a sua intimidade e vida privada.

8.3 Da penhora de empresa, de outros estabelecimentos e semoventes

Inicialmente, cabe dizer que não é mera coincidência o fato de o CPC ter colocado a penhora de empresa, estabelecimento comercial, edifício em construção, etc. em décimo lugar na ordem de preferência da penhora, pois o art. 865 revela-nos o óbvio: “a penhora de que trata esta Subseção somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação do crédito”. Enfim, se nada houver a penhorar, dever-se-á lançar mão desses bens que compõem o patrimônio do devedor, dada a dificuldade operacional para administrá-los e complexa liquidez.

Se em tópicos precedentes o instituto da penhora recebeu um tratamento especial em função das peculiaridades referentes à apreensão de bens incorpóreos (créditos), nesse tópico a peculiaridade que transforma a penhora em “especial” não está na apreensão do bem, mas sim no seu depósito, pois as hipóteses contempladas nos arts. 862³² e ss. exigirão do depositário cuidados especiais, pois, além de guardar ou conservar a coisa, ele deverá, literalmente, administrar o referido bem. Observe-se que o § 2.º do dispositivo introduz a importante regra, que bem poderia ser tomada como referência em relação às demais hipóteses em que se exige a nomeação de administrador e forma de administração do bem penhorado, de que as partes possam convencionar sobre a escolha do administrador e a forma de administração. Trata-se de negócio jurídico processual (art. 190) que, nesses casos, facilitaria muito o itinerário executivo.

Por isso, quando a penhora recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em dez dias a forma de administração. O plano da administração deve ser

submetido ao contraditório das partes, e só em seguida o juiz decidirá pela aceitação do projeto de administração. Entretanto, o dispositivo afirma que “é lícito, porém, às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação”.

Nos §§ 3.º e 4.º do art. 862 constam as regras referentes a edifícios em construção, caso em que a penhora só poderá recair sobre as unidades não comercializadas, o que nos parece óbvio, sob pena de atingir a esfera patrimonial de terceiros, e de que, se necessário afastar o incorporador da administração da incorporação, será ela exercida pela comissão de representantes dos adquirentes ou, se se tratar de construção financiada, por empresa ou profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a obra. Neste último caso, a comissão de representantes dos adquirentes deve ser ouvida.

Ainda nessa mesma seção VIII do CPC, no art. 863 o Código trata da penhora de empresa concessionária ou permissionária de serviço público.

Em relação a esse tema é preciso dizer que a penhora recai sobre direito patrimonial e disponível, e, na maior parte dos casos, funciona como ato executivo de uma execução singular.

Por isso, o modo de realizar a penhora prevista no art. 863³³ não pode estar em descompasso com o fato de que a dita concessionária ou permissionária prestam um serviço público, de forma que a penhora que sobre elas recai não poderá prejudicar a prestação deste (supremacia do interesse público sobre o privado).

Assim, restringe o legislador ao modo de satisfação do direito do exequente à técnica de *penhora e futura apropriação de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel*, o que será feito mediante a nomeação de administrador depositário (normalmente um dos diretores da empresa) que deverá apresentar ao juiz forma de administração e esquema de pagamento nos termos do que determina o art. 863 do CPC.

Ainda nessa Seção VIII, está prevista a penhora de navio ou aeronave, ou seja, nada obsta a que navios ou aeronaves sejam penhorados, até porque são bens de alto valor econômico. Todavia, é justamente do transporte de bens ou pessoas que os navios ou aeronaves auferem rendas. Daí por que vem o art. 864 informar que “a penhora sobre o navio ou aeronave não obsta a que continue navegando ou operando até a sua alienação; mas o juiz, ao conceder a autorização para tanto, não permitirá que saiam do porto ou aeroporto antes que o executado faça o seguro usual contra riscos”.

Na verdade, a manutenção da incolumidade física do bem penhorado mediante seguro contra riscos é prática comum e exigência corriqueira nesse meio, sendo quase didática a orientação do código. Ainda, atente-se para o fato de que existem regras específicas na legislação comercial que fazem várias exigências à penhora de navios e aeronaves.

8.4 Da penhora de percentual de faturamento de empresa

A penhora de percentual de faturamento de empresa era o sétimo da ordem de preferência da penhora (art. 655, VII) do CPC de 1973. Contudo, era no art. 655-A, que cuidava da penhora *on-line* de quantia em dinheiro, que o legislador reservara no seu parágrafo terceiro a regra de que, “na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida”. Enfim, o legislador tratava essa modalidade como espécie de penhora de dinheiro quando na verdade tratava-se de situação extremamente mais complexa e que exigia muita cautela, fato observado pelo NCPC.

Há que se ter em mente que o faturamento de uma empresa está diretamente relacionado com a sua existência, e o comprometimento desses valores pode significar o comprometimento da própria atividade empresarial, inclusive com reflexos para terceiros de forma direta. Por isso, com acerto o art. 866 que coloca essa modalidade de penhora como subsidiária das outras, com intuito, justamente, de preservar ao máximo a atividade empresarial, evitando que ela possa ter a sua existência comprometida e afetar a vida de diversas pessoas que dela dependem.

A penhora sobre o percentual de faturamento de empresa é perfeitamente possível dentro de lineamentos que devem basilar a referida constrição judicial, como já alertara há algum tempo o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 518.189/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 16.10.2014, *DJe* 28.10.2014). Assim, é preciso que: a) inexistam outros bens passíveis de garantir a execução ou sejam os indicados de difícil alienação; b) seja nomeado administrador/depositário que deverá apresentar formas de administração e esquema de pagamento; c) que o percentual fixado não torne inviável o funcionamento da empresa.³⁴

8.5 Penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel

O art. 675 do CPC de 1973 previa que: “Quando a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas, ou de prestações periódicas, o credor poderá levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositadas, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras da imputação em pagamento”.

O NCPC reservou os arts. 867-869 para tratar pormenorizadamente da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, e, de uma só vez extinguir o usufruto de bem móvel e imóvel para admitir que a percepção paulatina de frutos e rendimentos seria feita de forma mais simples do que pela instituição de usufruto judicial (art. 825, III, do NCPC).

Conquanto a ideia seja a mesma, simplificaram-se a nomenclatura e a disposição da matéria. Assim, não é coincidência a redação do art. 867 do CPC com o art. 716 do CPC de 1973, ou seja, essa alternativa expropriatória depende, primeiro, de que o bem admita frutos e rendimentos, e, segundo, que seja penhorado e que essa hipótese se mostre viável sob a perspectiva do exequente e do executado.³⁵

A operacionalização da *apropriação de frutos e rendimentos* depende, é claro, de o bem ser penhorado, e, como o pagamento será paulatino, então é preciso que exista um administrador/depositário, pois as quantias serão pagas periodicamente e é preciso encontrar um método de trabalho e administração que separe o que será usado para pagar o exequente e o que servirá para a manutenção do executado.

Obviamente que o executado perde o gozo daquele bem e submete-se à administração feita pelo auxiliar do juízo (quando não recair sobre o exequente ou o executado), pelo menos até que seja inteiramente satisfeito o crédito exequendo.

À semelhança do antigo usufruto judicial de bem móvel e imóvel, também aqui se recomenda que o exequente proceda à averbação da penhora de frutos e rendimentos no registro respectivo para que tenha eficácia contra terceiros e não seja o exequente surpreendido no curso de sua execução com algum direito de terceiro sobre a coisa.

Nada impede que o magistrado simplifique a situação e permita que nos casos de penhora do aluguel de imóvel o inquilino pague diretamente ao exequente quando não houver administrador. E, seguindo o que já se previa para o usufruto, desde que tenha autorização judicial, poderá o administrador ou o exequente alugar o imóvel com a autorização do executado, sempre que a situação assim o permitir. À medida que os frutos e rendimentos forem pagos, o exequente deverá dar, nos autos, a quitação das referidas parcelas.

9. DA AVALIAÇÃO³⁶

9.1 Generalidades

Avaliar é atribuir um valor a alguma coisa. “É estabelecer o valor, a valia ou o preço de”.

Para que tal ato aconteça, é preciso que exista uma pessoa, um bem e uma relação entre ambos. Não por acaso, a “avaliação” é uma palavra transitiva e, a rigor, avaliar é um verbo bitransitivo. Enfim, há um sujeito que avalie, um objeto que será avaliado e uma relação entre eles. Esses dois elementos, um subjetivo e outro objetivo, são essenciais para o ato de avaliação. Cada um desses elementos guarda peculiaridades e o legislador processual estabelece regras pertinentes a cada um deles, ou seja, tanto para quem irá proceder à avaliação, quanto sobre o que será avaliado.

Destarte, como todo e qualquer ato processual, a avaliação também tem uma finalidade e um procedimento, ou seja, destina-se a um fim e deve ser feito sob um rito procedimental próprio previsto pelo legislador.

Assim, em tópicos seguintes, ocupa-se o legislador de fixar regras para o sujeito que avalia, o bem a ser avaliado, o procedimento da avaliação e o fim a que se destina.

9.2 Avaliação no CPC

A avaliação é um termo que aparece em diversas oportunidades no Código de Processo Civil. Identifica-se o vocábulo pelo menos 59 vezes nas mais diversas situações do CPC, podendo-se extrair que ora é usado com sentido de “apreciação ou conjectura sobre condições, extensão, intensidade, qualidade etc. de algo”, como no caso do art. 167, § 4.º, ou, ainda, como elemento importante na identificação do valor da causa (art. 292, IV), mas também como uma das modalidades da prova pericial (art. 464), ou, ainda, como elemento necessário para identificar o valor de um bem nos diversos procedimentos de cognição ou execução.

Como veremos adiante, o ato de avaliação no procedimento executivo tanto pode acontecer numa tutela executiva iniciada para pagamento de quantia (cumprimento de sentença ou processo de execução), como numa execução (cumprimento de sentença ou processo de execução) para pagamento de quantia que tenha se iniciado para cumprir uma tutela específica (fazer e não fazer ou entrega de coisa), mas que, em razão da impossibilidade prática de sua realização, tenha se convertido em pagamento de perdas e danos (art. 809, § 1.º).

Também é muito importante dizer que, embora o legislador tenha reservado os arts. 870 e ss. contidos no Livro II da Parte Especial do CPC para cuidar exclusivamente da avaliação como ato instrumental da execução, é fora de dúvidas que tais dispositivos se prestam tanto para o cumprimento de sentença (art. 523, § 3.º), provisório ou definitivo, quanto para o processo de execução para pagamento de quantia. Recorde-se da simbiose entre o Livro I e o Livro II da Parte Especial do CPC, tal como consta nos arts. 771 e 513, ambos do CPC.

9.3 A avaliação e a execução por quantia certa

A execução por quantia certa contra devedor solvente vem descrita nos arts. 824 a 909. Esses 85 artigos estão organizados de acordo com a sequência lógica e sucessiva dos atos executivos dessa espécie de execução.

Assim, os referidos dispositivos se abrigam em cinco grandes seções:

- a) das disposições gerais;
- b) da citação do devedor e do arresto;
- c) da penhora, do depósito e da avaliação;
- d) da expropriação dos bens;
- e) da satisfação do crédito.

Como se pode observar, por intermédio do nome de cada uma dessas subseções, é possível fazer um raio x do itinerário executivo. Cada uma delas, à exceção da primeira, contém um ou mais de um ato processual essencial à execução por quantia certa contra devedor solvente.

Pela simples leitura dos títulos de cada uma dessas seções, é fácil perceber que a seção III e a seção IV são aquelas que abrigam o maior número de dispositivos, simplesmente porque concentram a maior parte dos atos processuais. A seção III, por exemplo, contém nada mais nada menos do que 11 subseções destinadas às regras da penhora e suas especificidades e também à avaliação (à penhora couberam as 10 primeiras subseções e à avaliação, a subseção 11).

Depois de penhorado e avaliado o bem objeto da expropriação, segue-se à seção IV, que trata da expropriação, nas suas diversas formas, e, em seguida, à seção V, que cuida da satisfação do direito exequendo. Como se observa, tudo numa sequência lógica e cronológica dos atos processuais.

A avaliação, portanto, constitui um dos atos instrumentais da execução por quantia certa contra devedor solvente, ou seja, não é um ato final porque não realiza a expropriação, porém é instrumental, essencial, para que a expropriação seja realizada.

Não é demais lembrar que tais dispositivos (assim como as regras da penhora e dos atos de expropriação) devem ser utilizados não apenas no processo de execução, mas também nos casos de cumprimento de sentença para pagamento de quantia (arts. 771 e 513).

9.4 Avaliação como ato executivo e como prova pericial

A avaliação como ato instrumental da execução civil tem por finalidade identificar o valor do bem objeto da execução. Não se trata de uma prova pericial destinada ao convencimento do magistrado para saber se

a razão encontra-se com o autor ou com o réu em relação à *causae petendi* ou *excipiendi*.

Na tutela executiva a avaliação cumpre um papel específico, qual seja, identificar quanto vale o bem penhorado sobre o qual pretende recair o ato de expropriação judicial. Não tem, portanto, qualquer finalidade probatória em relação à lide posta em juízo, pois não é para isso que a avaliação serve, e, por isso mesmo, são inaplicáveis as regras procedimentais da prova pericial para esse ato da execução civil. Tanto isso é verdade que a prova pericial é realizada sempre por um experto com conhecimento técnico específico sobre o objeto a ser avaliado, submetido a um contraditório pleno das partes que poderão ser acompanhadas por assistentes técnicos. Já no caso da execução, por tratar-se de avaliação de um bem objeto da execução, ela é realizada, via de regra, pelo próprio oficial de justiça e, excepcionalmente, por um experto nomeado pelo magistrado quando o oficial de justiça não tiver condições técnicas de fazê-lo.

9.5 O avaliador

Por expressa dicção do Código, o avaliador é, via de regra, o oficial de justiça. O *caput* do art. 870 é claro ao fazer essa afirmação, coadunando-se com o que já disse o CPC em outros dispositivos, como o art. 154, V; o art. 829, § 1.º etc.³⁷

Entretanto, pode ser que o objeto da execução recaia sobre bem cuja avaliação dependa de conhecimento técnico, como, por exemplo, um quadro pintado por um artista famoso, uma escultura etc., ou seja, bens que não são tão simples de serem avaliados como alguns bens móveis que cotidianamente estão em sítios eletrônicos específicos ou jornais de grande circulação. Apenas no caso concreto é que se identificará se é necessário ou não conhecimento especializado que justifique a nomeação de um experto para avaliar o bem penhorado.

Não é correto imaginar que, por ser um veículo, por exemplo, será sempre suficiente um oficial de justiça para proceder à avaliação. Um veículo antigo de um colecionador ou um imóvel em local de rara beleza, arquitetura e localização podem exigir um conhecimento técnico que o oficial não possui e, assim, ser necessária a nomeação de um perito para esse desiderato.

Contudo, é possível que a avaliação não seja feita por um auxiliar do juízo, seja ele o oficial de justiça (padrão) ou um perito nomeado especificamente para avaliar o bem penhorado. Há casos em que o legislador admite que a avaliação seja fruto da concordância da parte em relação à estimativa apresentada pela outra. Nessa hipótese, não haverá um avaliador do juízo. Também é possível que a avaliação recaia sobre a cotação do dia, ou seja, o órgão oficial de publicação dos resultados da bolsa de valores informe qual o valor de negociação do mercado do título mobiliário que eventualmente tenha sido penhorado. Aqui também há avaliação, mas não é feita por pessoa auxiliar do juízo.

Assim, sempre que houver avaliação realizada por oficial de justiça ou por perito nomeado pelo juiz, a regra será de que esse sujeito deve ser imparcial, isento de qualquer interesse na causa em favor de uma das partes, e, por isso mesmo, ele se submete às mesmas regras de suspeição e impedimento, podendo ser arguida pela parte nos termos dos arts. 148, II, e ss. do CPC.

9.6 Requisitos para a nomeação do avaliador especializado

Segundo o art. 870, “se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar”, o juiz nomeará um perito avaliador para estimar o preço do bem penhorado.

O legislador estabelece dois requisitos para que seja realizada a avaliação por um avaliador especializado, ou seja, pessoa diversa do oficial

de justiça.

O primeiro requisito é diretamente relacionado com as características do bem penhorado que “exige”, pelas suas peculiaridades, que a avaliação seja feita por um experto.

O segundo requisito é de ordem pragmática, pois não se procederá à avaliação se o seu custo não for suportável pelo próprio valor da execução. Não é demais lembrar o que dispõe o art. 836: “Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”.

Na verdade, o dispositivo contém uma imprecisão cronológica, mas que não impede a sua melhor aplicação. É que, para se fazer um contraste entre o custo da execução e o custo da avaliação, e, assim, chegar a uma conclusão de que aquele não comporta este, é preciso que o avaliador especializado seja nomeado e que apresente um orçamento pelo seu serviço de avaliação do bem penhorado. Só então será possível saber se o custo da avaliação é compensatório ou não em relação ao valor da própria execução. Portanto, (1) será nomeado o perito avaliador se o objeto exigir conhecimentos especializados e, (2) depois de nomeado o perito avaliador, a avaliação só será feita se o seu custo (orçamento) for adequado ao valor da execução.

Certamente que, se o bem depender de conhecimento especializado, mas não for esta procedida porque o seu custo não compensa diante do valor da própria execução, então o referido bem não poderá ser expropriado, porque nenhum bem pode ser alienado se não lhe for definido um valor. Nesse caso, deverá ocorrer uma mudança qualitativa da penhora, devendo recair sobre outro bem do patrimônio do devedor.

9.7 Prazo para a entrega do laudo

É de 10 dias o prazo para que o experto nomeado pelo juiz entregue o laudo de avaliação. O prazo mínimo de 10 dias é flexível, pois, dependendo do bem, é possível que a avaliação demore mais tempo do que o que foi fixado pelo magistrado. O legislador fixou um parâmetro a ser seguido pelo magistrado e, como tal, deve ser seguido. Excepcionalmente, poderá ser aumentado de forma fundamentada. O nome laudo é adequado porque a avaliação nada mais é do que um ato de perícia realizado por um experto designado pelo juiz. Não se confunde com prova pericial, cujos conceito e fins são absolutamente diferentes do presente caso.

Aqui na execução há um bem penhorado que precisa ser avaliado para ser levado à expropriação. Não há discussões sobre fatos constitutivos ou extintivos, sobre razões de autor e réu em relação ao objeto do litígio. A única discussão que poderá haver é sobre o valor da avaliação, se está correto ou incorreto. Não é, portanto, prova, ainda que a atividade de avaliar seja uma modalidade de perícia, mormente quando realizada por um experto com conhecimentos específicos e especializados que lhe permitem avaliar o referido bem.

9.8 O art. 871 – hipóteses em que não se procede à avaliação por oficial de justiça

9.8.1 Avaliação do bem penhorado e avaliação por oficial de justiça

A avaliação na execução por expropriação (cumprimento de sentença e processo de execução para pagamento de quantia) é ato instrumental e necessário na cadeia de atos executivos que culminam com a satisfação do direito exequendo. Não se deve confundir a necessidade de se avaliar o bem penhorado com a necessidade de se avaliar por oficial de justiça e, por fim, com a necessidade de se avaliar por perito com conhecimentos especializados.

Em apenas uma hipótese o bem penhorado não precisará ser avaliado, que é justamente, por razões óbvias, quando o objeto da penhora recair sobre o dinheiro (arts. 835, I, e 854). Em todas as demais hipóteses haverá a necessidade de se avaliar o bem antes de se realizar os atos de expropriação.

As hipóteses listadas nos referidos incisos do art. 871 tratam da desnecessidade da avaliação do bem penhorado pelo *oficial de justiça*, mas, obviamente, em nenhuma delas está dispensada a avaliação do bem penhorado.

9.8.2 *Estimativa da parte*

O inc. I do art. 871 trata da hipótese de dispensa da avaliação pelo oficial de justiça quando “uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra”. Assim, por exemplo, tal como acontece na hipótese de *substituição do bem penhorado requerida pelo executado* no art. 847, § 1.º, V, do CPC, é possível que o exequente, uma vez intimado para se manifestar sobre o pedido de substituição (art. 847, § 4.º), manifeste sua concordância (inclusive pela sua inércia) com a estimativa apresentada pelo executado.

Curiosamente, é de se observar que o inc. IV também trata de avaliação por estimativa da parte, só que independe da concordância do adversário, e, por isso, o inc. I (estimativa depende da aceitação da outra parte) é gênero do qual o inc. IV (estimativa independe da aceitação do adversário) é espécie.

Nessa hipótese, como em todas as outras dos referidos incisos, o bem penhorado terá um valor e poderá ser expropriado, embora a estimativa não tenha sido feita pelo auxiliar do juízo, mas sim pela aquiescência das partes.

Em boa hora, o legislador previu no parágrafo único do art. 871 que, “ocorrendo a hipótese do inciso I deste artigo, a avaliação poderá ser realizada quando houver fundada dúvida do juiz quanto ao real valor do bem”. Na verdade, o que quis dizer foi que a “avaliação por auxiliar do

juízo poderá ser realizada”, pois, na hipótese do inc. I, existe avaliação, porém ela é fruto da estimativa de uma parte com a aquiescência da outra.

Nada obstante a atecnia do dispositivo, ele é importante porque permite ao magistrado evitar, de ofício, que a avaliação não traduza o real valor do bem, o que poderia comprometer a efetividade da própria execução. Assim, se o magistrado entender, mesmo que sem provocação, que a estimativa feita por uma parte e aceita pela outra não corresponde ao valor real do bem, então pode e deve o magistrado determinar a sua avaliação pelo oficial de justiça, ou, se for o caso, a nomeação de perito para esse desiderato.

A questão referente ao que seja “valor real do bem” é muito interessante, pois, a rigor, o “valor real” de qualquer bem é ditado pelo mercado, ou, em outras palavras, o valor real de um bem é, na verdade, o valor que o mercado paga por ele. O que faz a avaliação do bem penhorado é estimar um valor que seja o mais próximo possível do valor de mercado. Nesse diapasão, portanto, a regra do parágrafo único só poderá ser invocada pelo magistrado quando ele tiver dúvida ou insegurança se o valor atribuído ao bem por uma parte (e aceito pela outra) está realmente o mais próximo possível do valor de mercado (valor real do bem). Assim, por exemplo, quando o magistrado percebe que o valor atribuído pelo exequente e aceito pelo executado (fato que por si só já é incomum) está bem abaixo do valor de mercado e o exequente manifesta interesse na adjudicação do bem penhorado.

9.8.3 Cotação do bem penhorado por órgão oficial

Tratando-se de títulos ou mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial ou, ainda, de títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa, cujo valor será o da cotação oficial do dia, comprovada por

certidão ou publicação no órgão oficial, não se procederá à avaliação pelo oficial de justiça.

Como já se disse, nas hipóteses dos incs. II e III do art. 871 há avaliação do bem penhorado, inclusive comprovado por órgão oficial, mas não será feito pelo oficial de justiça.

Os referidos incisos trazem uma peculiaridade não apenas em relação à forma de avaliação do bem penhorado, mas também no tocante ao momento em que isso se dá. A alienação se dará no mesmo dia e momento em que for realizada a expropriação, justamente porque na bolsa de valores mobiliários, de um dia para o outro, e até de uma hora para a outra, há variações de preços e valores das ações e títulos que nela são negociáveis. Nessas hipóteses em que há uma volatilidade do valor do bem penhorado não será incomum a necessidade de se proceder ao reforço de penhora, pois pode acontecer de o bem penhorado passar a ter um valor inferior ao do crédito exequendo na data da sua expropriação. Mas o inverso também é possível, pois pode ocorrer de o título “subir na bolsa de valores” na data da expropriação e, assim, o que exceder o crédito exequendo ser devolvido ao executado (art. 907).

9.8.4 Veículos automotores e outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação

Algumas das virtudes do CPC são a simplificação e a desburocratização do processo e do procedimento. Eis aí um grande exemplo dessa iniciativa salutar do legislador. Todos sabemos que em sites eletrônicos de venda de veículos (tabelas de seguradoras, tabelas de publicações e periódicos respeitadas, sítios de concessionárias etc.) é

possível, de forma rápida e segura, conhecer o valor de um veículo identificando um modelo, marca, ano, cilindrada etc. com uma precisão bem grande. Aliás, o próprio mercado usa essas tabelas e anúncios e publicações como parâmetro e, por isso mesmo, é a melhor forma de se obter a avaliação do bem.

Fez bem o legislador em determinar que, nessas hipóteses do inc. IV, cabe à parte que indicar o bem penhorado proceder à juntada dos documentos comprobatórios e/ou informar os sítios visitados em suas respectivas datas, pois o dispositivo deixa claro que será seu o referido encargo comprobatório.

Pode acontecer, entretanto, que entre a data da avaliação do bem e a sua expropriação (imaginem-se, por exemplo, a hipótese de suspensão do processo pelo oferecimento de embargos do executado ao qual se atribua efeito suspensivo) passe tanto tempo que o valor de mercado do referido veículo (ou qualquer outro bem nas mesmas condições) tenha se alterado. Nessas hipóteses, poderá ser procedida nova avaliação, o que deve ser feito da forma mais simples possível, evitando desperdício de tempo processual importante à satisfação do direito.

9.9 O art. 872 – a forma de avaliação do bem penhorado

9.9.1 Aspectos gerais

O legislador admite neste dispositivo (art. 872) e no anterior (art. 871) a existência de diversas formas de realização da avaliação do bem penhorado. A maneira mais simples é aquela que é obtida pela *cotação do dia publicada por órgão oficial* se se tratar de títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa. Em seguida, outra forma também bem simples e pouco burocrática é aquela que se dá pela *estimativa do valor do bem penhorado* feita por uma parte e

aceita pela outra. A forma padrão prevista pelo Código é a avaliação realizada pelo oficial de justiça e a maneira mais atípica e complexa é aquela em que se faz necessária a nomeação de um perito para que este entregue um laudo informando o valor do bem penhorado.

9.9.2 A forma de realização da avaliação pelo oficial de justiça e pelo avaliador nomeado pelo juiz

A forma padrão da avaliação é que ela seja feita pelo oficial de justiça, tal como determina o art. 870 do CPC. E, sempre que for realizada pelo oficial de justiça, a avaliação deverá constar de vistoria e de laudo que serão anexados ao auto de penhora, podendo-se concluir que ambos os atos processuais (penhora e avaliação) serão realizados na mesma diligência, sendo um subsequente ao outro.

Há algum tempo, o legislador processual uniu cronologicamente a penhora e a avaliação, estabelecendo esse encargo para o oficial de justiça. Nesse sentido, o presente dispositivo está em consonância com o art. 523, § 3.º, que trata do cumprimento de sentença para pagamento de quantia em que determina que num único mandado conste a ordem de penhora e avaliação. Igualmente o art. 829, § 1.º, que cuida do processo de execução para pagamento de quantia em que no mesmo mandado deve constar, além da própria citação do executado, a ordem de penhora e avaliação.

É claro que haverá situações em que essa união de atos executivos instrumentais (penhora e avaliação) não será realizada no mesmo momento, tal como se dá nas hipóteses em que a nomeação é feita pelo executado, ou, ainda, sempre que for feita por termo nos autos junto ao escrivão. Igualmente, todas as vezes que se fizer necessária a realização da avaliação por um perito nomeado pelo juiz, a avaliação será um ato isolado, devendo o laudo do perito ser apresentado no prazo fixado pelo juiz.

9.9.3 O conteúdo da avaliação

A avaliação é um ato processual de fundamental importância para a execução, seja para o credor, seja para o devedor. Qualquer distorção do valor para maior ou para menor do que realmente valha, o bem poderá causar um enorme prejuízo às partes e à própria tutela executiva. Exatamente por isso, a avaliação deve ser feita com rigor e transparência, de forma que deverá especificar os bens, com as suas características, o estado em que se encontram e o valor que possuem.

9.9.4 Imóvel que admitir divisão

Os §§ 1.º e 2.º do art. 872 estão em plena sintonia com o art. 894, que admite a arrematação de partes do imóvel. Essa é mais uma hipótese de satisfação do direito exequendo pela forma menos gravosa possível para o executado. Assim, se o referido imóvel penhorado admitir cômoda divisão, então o executado poderá requerer que a avaliação seja feita em partes, com a apresentação de memorial descritivo para possível desdobramento para a alienação. Nessa hipótese, se for apresentada e aceita a proposta de desmembramento, as partes poderão dela se manifestar no prazo de cinco dias, tornando possível que a arrematação seja das referidas partes do imóvel, nos termos do art. 894 do CPC.

9.10 A nova avaliação

9.10.1 Generalidades

O art. 873 perdeu ótima oportunidade de melhorar o tratamento do tema da “nova avaliação”. Isso porque, assim como o art. 683 do CPC/1973, manteve a indesejável mistura de situações que justificam a “nova avaliação”. Pode-se ter nova avaliação tanto porque ela apresenta defeito subjetivo ou objetivo, ou, quiçá, por defeito algum. E as diferentes hipóteses poderiam ter sido esclarecidas, porque submetidas a regimes

diferentes em relação ao princípio inquisitivo e dispositivo. Outrossim, deixou de colocar hipótese de nova avaliação descrita no art. 878 do CPC, mantendo o mesmo erro do CPC anterior.

O Código admite que uma nova avaliação seja feita em substituição ou em complemento à anterior, dependendo da hipótese tratada. Da forma como está descrita no dispositivo, a *nova avaliação* será admitida por razões subjetivas (que recaiam sobre o avaliador) ou objetivas (o objeto ou o procedimento de avaliação). A nova avaliação será feita sobre o mesmo bem penhorado e tanto pode ser determinada de ofício, quanto provocada por iniciativa das partes. O art. 878 também prevê outra hipótese de nova avaliação, que é quando se veem frustradas as tentativas de alienação do bem.

9.10.2 *Arguição do defeito da avaliação*

A incorreção da avaliação pode ser alegada pelas partes por intermédio da *impugnação do executado* (art. 525, § 1.º, IV) ou dos embargos à execução (art. 917, II), caso em que, se for acolhida, ocasionará a determinação de realização de nova avaliação.

Contudo, nem sempre a avaliação é realizada em momento anterior ao início do prazo para o devedor impugnar ou embargar a execução, mas nem por isso será prejudicado. O próprio legislador prevê, nos arts. 917, § 1.º, e 525, § 11, que “as questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato. A incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da ciência do ato”.

9.10.3 *Tipos de incorreções arguíveis*

Não será apenas por vício no aspecto subjetivo ou objetivo da avaliação que esta poderá estar incorreta. O legislador admite, aliás, sensatamente, que uma avaliação pode não conter vício algum na sua formação, mas, ainda assim, padecer de incorreção e, por isso, ser requerida a sua substituição por uma nova avaliação.

No primeiro inciso do art. 873 permite-se que qualquer das partes possa, sempre de forma fundamentada, requerer nova avaliação quando tiver ocorrido erro na avaliação ou dolo do avaliador. O erro aí deve ser tomado na forma mais lata possível. Em sentido contrário é a avaliação que não esteja correta, por qualquer motivo, seja ela ligada ao procedimento e técnicas de avaliação, seja ela ligada à incompetência do avaliador, ou, quiçá, os erros materiais que possam comprometer a compreensão do valor atribuído ao bem penhorado. Ainda no primeiro inciso o legislador trata do *dolo* do avaliador. A hipótese, muito antiga no nosso ordenamento, envolve situações em que o avaliador, que deveria ser um sujeito imparcial, acaba atuando de forma intencional para prejudicar uma das partes. A palavra *dolo* deve ser tomada na forma mais lata possível, ou seja, sempre que o avaliador atuar de forma intencional, sem isenção, seja com fraude, dolo, coação ou simulação, a nova avaliação poderá ser requerida. O fundamento desse pedido incidente é o elemento anímico viciado do avaliador e o pedido é a nova avaliação. Certamente que, tendo conhecimento do fato que configura o referido vício, que compromete a isenção do avaliador, deve a parte também oferecer a exceção de suspeição respectiva, prevista no art. 148, II, do CPC.

A segunda hipótese descrita no dispositivo como fundamento para o requerimento de uma nova avaliação não provém de nenhum vício de nulidade na primeira avaliação, ou seja, se “verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem”. Essa situação é bem possível de acontecer quando entre o tempo que medeia a

primeira avaliação e o início da expropriação tem-se um largo espaço temporal. Basta imaginar a hipótese de ter sido suspenso o processo executivo por intermédio de embargos do executado. Nesse caso, a avaliação feita pode não mais corresponder à realidade e, por isso mesmo, ainda que sem defeito ou vício na sua formação, a primeira avaliação ser absolutamente imprestável.

É curioso notar que o legislador fala em “verificar, posteriormente à avaliação...”. Ora, essa verificação deverá ser constatada no próprio pedido de *nova avaliação* em que o requerente deve fundamentar de forma objetiva e clara que o valor atribuído ao bem não mais corresponde à realidade atual, demonstrando, por exemplo, que um imóvel vizinho em iguais condições foi vendido por menor ou maior valor, que a construção de melhorias no bairro alterou o valor de mercado, que o veículo penhorado saiu de linha etc.

Já o terceiro inciso trata da hipótese em que a nova avaliação decorre da fundada dúvida do juiz sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação. Por ser ato processual da maior significância para o processo ou tutela executiva, é óbvio que é informado pelo princípio inquisitivo e pode o juiz entender que o valor atribuído ao bem não esteja adequado à realidade, ou que não esteja suficientemente esclarecida a avaliação apresentada, determinando ele mesmo a realização de uma nova. É dever que o faça de forma fundamentada, e que decida após a cooperação processual, ou seja, que deva o juiz ouvir as partes antes de decidir pela realização do novo ato. Segundo o parágrafo único do art. 873, a esse inciso aplica-se a regra do art. 480 do CPC, que cuida da “nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida”. Na verdade, tanto nessa hipótese, quanto nos outros incisos do art. 873: (a) a segunda avaliação tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu; (b) a segunda avaliação rege-se pelas disposições estabelecidas para a

primeira; e, (c) dependendo do vício ou motivo que justificou o deferimento da segunda avaliação, esta poderá ou não substituir a primeira. Caso se trate de segunda avaliação para complementar a primeira, caberá ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Embora fora do dispositivo, há outra hipótese de *nova avaliação* descrita no art. 878 do CPC, quando o legislador determina que, “frustradas as tentativas de alienação do bem, será reaberta oportunidade para requerimento de adjudicação, caso em que também se poderá pleitear a realização de nova avaliação”. Nessa hipótese, o legislador admite que um dos motivos do insucesso da alienação seja o descompasso do valor do bem estabelecido na avaliação e a realidade. É claro que não apenas um erro de avaliação pode causar a frustração das tentativas de alienação, pois o próprio bem pode não despertar qualquer interesse ainda que corretamente avaliado. De qualquer forma, nos parece que, nessa hipótese, a frustração da alienação é fundamento bastante, objetivo, que justifica o pedido de nova avaliação, caso este seja interesse da parte.

9.11 Avaliação e modificações da penhora

Com a penhora identifica-se o bem sujeito à expropriação e a avaliação fornece o piso e, muitas vezes, o próprio teto do valor pelo qual o bem poderá ser expropriado em alienação ou adjudicação.

Sendo a penhora um ato logicamente anterior à avaliação, é certo que, após a avaliação, pode-se concluir que o bem penhorado, e sujeito à expropriação, seja excessivo ou insuficiente em relação ao valor da execução. Pode-se constatar que o bem possui um valor muito maior ou muito menor do que o valor da execução, permitindo que seja instaurado o incidente processual da *modificação* qualitativa ou quantitativa da penhora.

Assim, uma vez intimadas da avaliação, cabe à parte interessada provocar o incidente de modificação da penhora que tanto pode ser para

substituir o bem penhorado, quanto *para reforçar ou reduzir* a penhora feita.

Nesse diapasão, se a avaliação indicou um valor consideravelmente superior ao crédito exequente, então poderá ser requerida a redução da penhora, o que, muitas vezes, implicará a própria substituição do bem penhorado. Percebe-se que o legislador usa a expressão “consideravelmente superior” porque já admite uma tolerável margem de erro entre o valor da avaliação e o preço pelo qual o bem é arrematado, que, frise-se, só não pode ser vil. Assim, seguindo as diretrizes do art. 891, parágrafo único, considera-se vil o “preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”. Portanto, esse é o parâmetro para o magistrado entender como *consideravelmente superior* o valor da avaliação frente ao valor da execução. Admitindo que o bem possa ser arrematado até por 50% a menos que o valor avaliado, não será *consideravelmente superior* uma diferença entre a execução e a avaliação do bem em que o valor desta seja o dobro do valor daquela.

Por outro lado, se o valor dos bens penhorados for inferior ao valor do crédito, será necessário reforçar a penhora, o que pode se dar pela ampliação dos bens penhorados ou pela substituição por outro bem de maior valor.

É de se dizer, ainda, que, ao cuidar da *modificação da* penhora no art. 850 do CPC, o legislador disse que “será admitida a redução ou a ampliação da penhora, bem como sua transferência para outros bens, se, no curso do processo, o valor de mercado dos bens penhorados sofrer alteração significativa”. Ora, esta é apenas uma das hipóteses em que pode se dar a modificação da penhora, sendo de melhor alcance e técnica o art. 874 ora comentado. Pode-se afirmar que esse art. 874 é gênero do qual aquele art. 850 é espécie, pois a *alteração significativa do valor de mercado dos bens no curso do processo* é apenas uma das hipóteses em que se admite a

ampliação ou redução da penhora. Assim, por exemplo, se, porventura, não houve nenhuma alteração de mercado, mas por qualquer motivo se fez necessária uma nova avaliação (erro ou dolo da anterior), poderá acontecer a regra do art. 874 do CPC.

9.12 A avaliação e a sua relação com a expropriação do bem penhorado

9.12.1 Generalidades

Com melhor redação – mais minudente e mais clara –, o texto do art. 875 do CPC é melhor que o do art. 685. Contudo, não há alterações de substância entre um e outro.

É importante deixar claro que a avaliação é um ato executivo instrumental *sucessivo* à penhora – sempre quando esta não recair sobre dinheiro – e *anterior* ao início dos atos expropriatórios. Sem a penhora, nada há que ser avaliado, e sem a avaliação, não se pode dar início aos atos de expropriação. Isso faz com que a avaliação tenha pontos de contato tanto com o ato que lhe antecede (a penhora) quanto com os atos que lhe sucedem (expropriação). O art. 874 é um bom exemplo disso, pois, depois da avaliação, permite-se a modificação da penhora.

Com isso queremos dizer que, ao tratar da avaliação, não iremos encontrar nessa subseção todos os dispositivos que lhe sejam pertinentes, já que há outros dispositivos, em outras seções, que com ele se relacionam.

9.12.2 Avaliação e adjudicação

Uma das formas de expropriação é a adjudicação do bem penhorado, que, a rigor, é um *resultado prático equivalente ao adimplemento*, uma vez que o exequente inicia a execução para obter um pagamento de quantia, mas dela obtém um bem diverso, porém com valor que lhe corresponda.

A adjudicação do bem penhorado é uma técnica processual expropriatória que o legislador vê com bons olhos porque simplifica o procedimento, evitando a demora e o risco de insucesso de um leilão, e especialmente porque o valor pelo qual se adjudica o bem é aquele estabelecido na avaliação, ou seja, nesse caso, a avaliação fixa o teto e o piso da técnica expropriatória, evitando que o bem penhorado possa ser arrematado pela metade do preço (abaixo disso seria vil).

Eis aí a importância da avaliação nessa situação em particular, pois é ela que fixa o limite pelo qual se permite adjudicar o bem penhorado, seja pelo exequente ou por aqueles que gozam da preferência dos §§ 5.º e 7.º do art. 876 do CPC, tal como determina o *caput* desse dispositivo ao dizer que “é lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados”.

9.12.3 *Avaliação, expropriação e preço vil*

À exceção dos bens com cotação em bolsa que são fixados pelo mercado, todas as demais formas de avaliação, pelas partes, pelo oficial de justiça ou por um perito nomeado pelo juiz, indicarão um valor para o bem penhorado, que tem a intenção de ser o mais próximo possível daquilo que ele realmente vale para o mercado, pois, no momento em que o bem se submete ao leilão judicial, ele poderá ser arrematado tanto por um preço maior ou menor do que o que consta na avaliação, dependendo sempre da *oferta ou procura* de interessados ao leilão judicial.

Portanto, a avaliação do bem penhorado fixa um valor que atua como se fosse um parâmetro que deve guiar os atos de expropriação. Se o ato de expropriação é a adjudicação, por não haver a mesma concorrência de um leilão, a avaliação do bem penhorado é que determina o valor pelo qual deve ser feita a adjudicação do bem. Por outro lado, se o bem penhorado e avaliado submete-se a um leilão judicial, então aquele valor da avaliação atua como patamar para dar início à negociação do bem, admitindo que o

mesmo bem possa ser vendido por valor maior, ou que possa ser vendido por valor menor.

Se for vendido por valor maior do que o avaliado, é certo que a avaliação feita não conseguiu precisar com correção a estimativa do bem, mas, nesse caso, não ocorre nenhum prejuízo, pois, tanto para o exequente, quanto para o executado, é melhor que o bem seja arrematado por um valor superior àquele que foi avaliado. Em tese, há uma vantagem para ambos.

Contudo, se o bem for alienado por um valor menor, existe um risco para ambos os litigantes, sendo mais evidente para o devedor, pois, em tese, terá que submeter outros bens do seu patrimônio para responder pela dívida. Para o exequente, sempre haverá o risco de o executado não ter outros bens e, assim, ficar com uma execução parcialmente infrutífera.

Pensando nessa situação, o legislador – muito preocupado com o devedor (art. 805, *caput*) – acabou por fixar um limite mínimo, que entende como razoável para a alienação do bem penhorado, que é o estabelecido pelo art. 891, que assim dispõe:

Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.

Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

Assim, será vil, e por isso poderá ser invalidada a arrematação que desrespeitar essa regra (art. 904, § 1.º, I), o que nos leva a concluir que é a avaliação do bem penhorado que serve de parâmetro para que se considere vil o preço oferecido à arrematação desse bem em leilão judicial. O preço mínimo fixado pelo juiz é denominado de *preço* mínimo em relação à avaliação, e o percentual de 50% previsto no parágrafo único também terá como parâmetro o valor da avaliação.

9.12.4 Avaliação e expropriação de imóvel de incapaz

Tratando-se de penhora sobre imóvel de incapaz, o legislador também dá um tratamento diferenciado, admitindo que, “quando o imóvel de incapaz não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e à administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano”.

9.12.5 Avaliação e expropriação de imóvel de coproprietário ou cônjuge alheio à execução

Nos termos do art. 843 do CPC, a avaliação do bem penhorado também é tratada como limite para a alienação do bem em leilão quando este também pertença a um coproprietário ou cônjuge alheio à execução. Nessa hipótese, para evitar prejuízos para aquele terceiro que não participa da execução, mas que é coproprietário do bem penhorado, prescreve o art. 843 que:

Art. 843. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

§ 1.º É reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições.

§ 2.º Não será levada a efeito expropriação por preço inferior ao da avaliação na qual o valor auferido seja incapaz de garantir, ao coproprietário ou ao cônjuge alheio à execução, o correspondente à sua quota-parte calculado sobre o valor da avaliação.

Nessa hipótese, a avaliação do bem penhorado atua como fator de garantia do terceiro (cônjuge ou coproprietário) em relação à parte que lhe cabe do bem penhorado.

9.12.6 *Avaliação e o efeito suspensivo nas oposições do executado (impugnação e embargos)*

A impugnação do executado e os embargos à execução não são dotados de efeito suspensivo *ex lege*. Para que tal efeito seja concedido, é necessário que o executado garanta o juízo e embase o seu requerimento de efeito suspensivo da execução (tutela de urgência) com fundamentos relevantes e a demonstração de que o prosseguimento da execução é manifestamente suscetível de lhe causar grave dano de difícil ou incerta reparação. Uma vez convencido do preenchimento desses requisitos, o magistrado atribuirá efeito suspensivo à oposição (embargos ou impugnação do executado dependendo tratar-se de cumprimento de sentença ou de processo de execução).

Todavia, se engana quem imagina que esse efeito suspensivo estancará o itinerário executivo por completo. Não é isso que ocorre. O que fica obstada é a realização dos atos finais da execução, não atingindo os atos instrumentais que continuam o seu caminho normal. Como determinam os arts. 525, § 7.º, e 919, § 5.º, “A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens”.

9.12.7 *Remição do bem penhorado pelo valor da avaliação*

O Código de Processo Civil admite, em restritos casos, a remição do bem adjudicado antes de ser entregue ao adjudicatário (até a assinatura do auto de adjudicação), tal como se enxerga nas hipóteses do art. 877, §§ 3.º e 4.º, do CPC. Assim, como a adjudicação do bem penhorado só pode acontecer pelo valor estabelecido na avaliação, da mesma forma os casos de remição do referido bem. Segundo o art. 877, §§ 3.º e 4.º:

§ 3.º No caso de penhora de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da

avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido.

§ 4.º Na hipótese de falência ou de insolvência do devedor hipotecário, o direito de remição previsto no § 3.º será deferido à massa ou aos credores em concurso, não podendo o exequente recusar o preço da avaliação do imóvel.

¹ A penhora de dinheiro ou ativos financeiros do executado é precedida de um ato executivo instrumental, instrutório denominado de *indisponibilização de ativos financeiros*. Apenas depois de superada a fase de impugnação deste ato é que ele se converte em penhora.

² Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II – títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV – veículos de via terrestre;

V – bens imóveis;

VI – bens móveis em geral;

VII – semoventes;

VIII – navios e aeronaves;

IX – ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X – percentual do faturamento de empresa devedora;

XI – pedras e metais preciosos;

XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII – outros direitos.

§ 1.º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

³ Art. 835, § 3.º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

⁴ Na teoria, são mais restritas as hipóteses de requerimento de substituição de bem penhorado pelo exequente, pois, em tese, a ele cabe a indicação. Na prática, sabemos, não é assim que as coisas funcionam, dada a ocultação provocada pelo executado. Mesmo assim, cabe ao exequente solicitar, por petição, a substituição do bem penhorado (no prazo análogo ao do executado – art. 848), quando – especialmente se a indicação tiver partido do executado – ocorrerem as hipóteses do art. 848, tais como

quando o bem seja de baixa liquidez, quando não esteja na gradação legal, quando fracassar a tentativa de alienação judicial do bem etc.

5 O Código fala em três dias (art. 853), mas o prazo deve ser o mesmo que a parte teve para requerer a substituição do bem penhorado.

6 Tratando-se de penhora de dinheiro do art. 854, há um ato executivo anterior que é a *indisponibilização do ativo financeiro*, que após o prazo de impugnação ou sendo rejeitada esta, convola-se em penhora.

7 Art. 836. Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.

§ 1.º Quando não encontrar bens penhoráveis, independentemente de determinação judicial expressa, o oficial de justiça descreverá na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado, quando este for pessoa jurídica.

§ 2.º Elaborada a lista, o executado ou seu representante legal será nomeado depositário provisório de tais bens até ulterior determinação do juiz.

8 Art. 837. Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico.

9 Art. 846. [...] § 3.º Os oficiais de justiça lavrarão em duplicata o auto da ocorrência, entregando uma via ao escrivão ou ao chefe de secretaria, para ser juntada aos autos, e a outra à autoridade policial a quem couber a apuração criminal dos eventuais delitos de desobediência ou de resistência.

§ 4.º Do auto da ocorrência constará o rol de testemunhas, com a respectiva qualificação.

10 Art. 841. Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o executado. § 1.º A intimação da penhora será feita ao advogado do executado ou à sociedade de advogados a que aquele pertença. § 2.º Se não houver constituído advogado nos autos, o executado será intimado pessoalmente, de preferência por via postal. § 3.º O disposto no § 1.º não se aplica aos casos de penhora realizada na presença do executado, que se reputa intimado. § 4.º Considera-se realizada a intimação a que se refere o § 2.º quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no parágrafo único do art. 274.

11 Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação

do bem. § 1.º É reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições. § 2.º Não será levada a efeito expropriação por preço inferior ao da avaliação na qual o valor auferido seja incapaz de garantir, ao coproprietário ou ao cônjuge alheio à execução, o correspondente à sua quota-parte calculado sobre o valor da avaliação.

¹² Art. 835. [...] § 3.º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

¹³ Há uma correspondência lógica entre os sujeitos intimados da penhora (art. 799, I a VII) e a intimação prévia à alienação (art. 889, I a VIII) para que aqueles sujeitos que são terceiros em relação ao processo, mas que possuem relação jurídica envolvendo o objeto penhorado, possam exercer o seu direito de preferência. A ausência da hipótese das pessoas mencionadas no art. 889, VIII, no rol do art. 799, não impede, antes o contrário, que elas também sejam intimadas da penhora.

¹⁴ Art. 841, § 2.º Se não houver constituído advogado nos autos, o executado será intimado pessoalmente, de preferência por via postal.

¹⁵ Art. 874. Após a avaliação, o juiz poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar: I – reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios; II – ampliar a penhora ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos bens penhorados for inferior ao crédito do exequente.

¹⁶ Art. 873, II – se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem [...].

¹⁷ Art. 850. Será admitida a redução ou a ampliação da penhora, bem como sua transferência para outros bens, se, no curso do processo, o valor de mercado dos bens penhorados sofrer alteração significativa.

¹⁸ Havendo situação superveniente a esses momentos de defesa do executado, é claro que poderá alegar e defender a nova avaliação que justifique modificação da penhora. Deve-se ter cuidado para não transformar essa oportunidade em momento para o devedor obstaculizar o itinerário executivo.

¹⁹ A redução não é tão simples como faz crer o legislador no art. 874, I, já que é perfeitamente possível que o objeto penhorado seja único e indivisível, sendo impossível reduzir ao valor da execução. Nesse caso, deverá haver a troca do bem, se o devedor possuir outros que possam ser substituídos, sem prejuízos para a execução.

Nesse sentido, a troca deve atender à gradação legal prevista no art. 840, sob pena de prejuízo para o exequente.

20 Tratando-se de substituição do bem penhorado por dinheiro (ou a ele equiparado, art. 835, § 2.º), entendemos que esta deve acontecer a qualquer tempo antes de ocorridos os atos de expropriação final, ou seja, enquanto a penhora existir, simplesmente porque o dinheiro encurta a execução, e faz que a tutela satisfativa outorgue o resultado mais próximo, e, em menor tempo, para o exequente. O legislador estimula a penhora e/ou a substituição do bem penhorado por dinheiro, tal como se vê nos arts. 835, I, §§ 1.º e 2.º, e 848, parágrafo único.

21 Art. 848. As partes poderão requerer a substituição da penhora se: I – ela não obedecer à ordem legal; II – ela não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III – havendo bens no foro da execução, outros tiverem sido penhorados; IV – havendo bens livres, ela tiver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; V – ela incidir sobre bens de baixa liquidez; VI – fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou VII – o executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações previstas em lei. Parágrafo único. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

22 Art. 218. [...] § 3.º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

23 Art. 847, § 1.º O juiz só autorizará a substituição se o executado: I – comprovar as respectivas matrículas e os registros por certidão do correspondente ofício, quanto aos bens imóveis; II – descrever os bens móveis, com todas as suas propriedades e características, bem como o estado deles e o lugar onde se encontram; III – descrever os semoventes, com indicação de espécie, de número, de marca ou sinal e do local onde se encontram; IV – identificar os créditos, indicando quem seja o devedor, qual a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e V – atribuir, em qualquer caso, valor aos bens indicados à penhora, além de especificar os ônus e os encargos a que estejam sujeitos. § 2.º Requerida a substituição do bem penhorado, o executado deve indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e a certidão negativa ou positiva de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora. § 3.º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge, salvo se o regime for o de separação absoluta de bens. § 4.º O juiz intimará o exequente para manifestar-se sobre o requerimento de substituição do bem penhorado.

- 24 Assim, não nos parece justa a regra do art. 853 do CPC que prescreve que: quando uma das partes requerer alguma das medidas previstas nesta Subseção, o juiz ouvirá sempre a outra, no prazo de 3 (três) dias, antes de decidir. Parágrafo único. O juiz decidirá de plano qualquer questão suscitada.
- 25 Art. 826. Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios.
- 26 Art. 849. Sempre que ocorrer a substituição dos bens inicialmente penhorados, será lavrado novo termo.
- 27 Muito comum quando se está diante de produtos perecíveis, como alguns alimentos que se estragam com a ação do tempo, ainda que corretamente acondicionados. Por exemplo, quando evidente a vantagem econômica a ser obtida com ações ou títulos negociáveis na bolsa de valores.
- 28 Art. 855. Quando recair em crédito do executado, enquanto não ocorrer a hipótese prevista no art. 856, considerar-se-á feita a penhora pela intimação: I – ao terceiro devedor para que não pague ao executado, seu credor; II – ao executado, credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito.
- Art. 856. A penhora de crédito representado por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não este em poder do executado. § 1.º Se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será este tido como depositário da importância. § 2.º O terceiro só se exonerará da obrigação depositando em juízo a importância da dívida. § 3.º Se o terceiro negar o débito em conluio com o executado, a quitação que este lhe der caracterizará fraude à execução. § 4.º A requerimento do exequente, o juiz determinará o comparecimento, em audiência especialmente designada, do executado e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos.
- 29 Nesse caso, prescrevem os parágrafos do art. 857 do CPC que: “§ 1.º O exequente pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará sua vontade no prazo de 10 (dez) dias contado da realização da penhora. § 2.º A sub-rogação não impede o sub-rogado, se não receber o crédito do executado, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens”.
- 30 Art. 655. § 1.º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

31 Apenas nas hipóteses em que o credor exerce o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia, quando o direito material assim o permite nessas hipóteses, como no caso do art. 1.423, é que existe um contradireito do executado de que, prioritariamente, essa coisa seja primeiramente executada nos termos do art. 793 do CPC, o que, frise-se, aplica-se em restritas situações e se e somente se o credor exercer o direito de retenção quando isso for possível.

32 Art. 862. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifícios em construção, o juiz nomeará administrador-depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias o plano de administração.

§ 1.º Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§ 2.º É lícito às partes ajustar a forma de administração e escolher o depositário, hipótese em que o juiz homologará por despacho a indicação.

§ 3.º Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador.

§ 4.º Sendo necessário afastar o incorporador da administração da incorporação, será ela exercida pela comissão de representantes dos adquirentes ou, se se tratar de construção financiada, por empresa ou profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a obra, devendo ser ouvida, neste último caso, a comissão de representantes dos adquirentes.

33 Art. 863. A penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, e o juiz nomeará como depositário, de preferência, um de seus diretores.

§ 1.º Quando a penhora recair sobre a renda ou sobre determinados bens, o administrador-depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento, observando-se, quanto ao mais, o disposto em relação ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

§ 2.º Recaindo a penhora sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução em seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o ente público que houver outorgado a concessão.

34 Art. 866. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

§ 1.º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

§ 2.º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 3.º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

35 Art. 867. O juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado.

Art. 868. Ordenada a penhora de frutos e rendimentos, o juiz nomeará administrador-depositário, que será investido de todos os poderes que concernem à administração do bem e à fruição de seus frutos e utilidades, perdendo o executado o direito de gozo do bem, até que o exequente seja pago do principal, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

§ 1.º A medida terá eficácia em relação a terceiros a partir da publicação da decisão que a conceda ou de sua averbação no ofício imobiliário, em caso de imóveis.

§ 2.º O exequente providenciará a averbação no ofício imobiliário mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Art. 869. O juiz poderá nomear administrador-depositário o exequente ou o executado, ouvida a parte contrária, e, não havendo acordo, nomeará profissional qualificado para o desempenho da função.

§ 1.º O administrador submeterá à aprovação judicial a forma de administração e a de prestar contas periodicamente.

§ 2.º Havendo discordância entre as partes ou entre essas e o administrador, o juiz decidirá a melhor forma de administração do bem.

§ 3.º Se o imóvel estiver arrendado, o inquilino pagará o aluguel diretamente ao exequente, salvo se houver administrador.

§ 4.º O exequente ou o administrador poderá celebrar locação do móvel ou do imóvel, ouvido o executado.

§ 5.º As quantias recebidas pelo administrador serão entregues ao exequente, a fim de serem imputadas ao pagamento da dívida.

§ 6.º O exequente dará ao executado, por termo nos autos, quitação das quantias recebidas.

36 A avaliação como ato executivo no procedimento para pagamento de quantia deveria passar por uma revisitação de fins e fundamentos. Em nosso sentir, é mais um mecanismo de proteção injustificada do devedor, que dele sempre se utiliza para impedir ou retardar a expropriação judicial (sob o fundamento de que a demora processual teria sido tão grande que teria acontecido uma defasagem da avaliação feita anteriormente). A avaliação só deveria ser feita por auxiliar do juízo como técnica prévia às situações muito peculiares, como na adjudicação do bem penhorado. Fora essas situações peculiares, a avaliação deveria ser haurida a partir de uma estimativa dada pelas partes e o tal preço vil (art. 891) ser um percentual relacionado com o essa estimativa feita. Recorde-se que, afinal de contas, o preço do bem é o mercado, o leilão judicial, que irá dizer.

37 Não nos parece adequado que o avaliador seja o oficial de justiça. A avaliação requer conhecimento técnico sobre métodos de avaliação em relação ao objeto a ser avaliado. Tomando-se por exemplo um imóvel, é difícil crer que uma pessoa sem conhecimento técnico, tal como um corretor de imóveis, possa, com alguma precisão, identificar o valor de mercado, ou melhor, do mercado de leilões judiciais.

Capítulo XI

ATOS DE EXPROPRIAÇÃO DOS BENS DO EXECUTADO

1. INTRODUÇÃO

A terceira, e última, fase do procedimento executivo para pagamento de quantia certa contra devedor solvente, aplicável tanto à execução fundada em título extrajudicial como ao cumprimento de sentença, é a da expropriação judicial, que, por sua vez, caracteriza-se pela *finalidade* de se transferirem bens ou valores do patrimônio do executado para o patrimônio do exequente nos limites do crédito exequendo.

A fase expropriatória para satisfação do crédito exequendo pode apresentar diversas variantes, dependendo da ocorrência de certas condições previstas na lei processual. Essas “variantes” correspondem, precisamente, às diferentes formas (técnicas e procedimentos) de realizar a expropriação judicial para se alcançar a satisfação do crédito exequendo. Obviamente, são excludentes entre si. Seguindo um determinado caminho, outro não poderá ocorrer.

Pode-se afirmar que existe um itinerário sugerido pelo Código, mas que a rigor não é vinculativo do caminho a ser tomado pelo procedimento executivo para realizar a expropriação judicial. A preferência do Código extrai-se da redação dos arts. 878, 880 e 881 do CPC.

Tudo leva a crer, por razões de economia processual, que o Código tenha privilegiado a adjudicação, depois a alienação por iniciativa particular, em seguida a alienação por leilão judicial eletrônico e presencial, nessa ordem.¹ E, no tocante à apropriação de frutos e rendimentos de bem móvel ou imóvel (art. 905), entendemos que, sempre que for possível, ou seja, sempre que o bem comporte essa modalidade de expropriação, poderá ser preferencial às demais formas de expropriação.

Fica clara a ordem pretendida pelo Código em relação à adjudicação (art. 880), à alienação por iniciativa particular e à alienação por leilão público.

Observe-se que, embora seja, hoje, a técnica expropriatória residual do Código, alienação de bem penhorado em leilão público sempre foi a mais tradicional forma de se expropriar o executado, e poderá apresentar diversas variantes, dependendo da ocorrência de diversas condições, que culminará na escolha de um ou outro caminho.

Com essa ordem de preferências, dois problemas parecem ter sido definitivamente sanados em relação à sistemática que durante anos esteve vigente no CPC de 1973.

É que, no sistema processual revogado, a adjudicação de bem penhorado só poderia ser feita após o insucesso da alienação em leilão público, e, no silêncio da lei, existia certa dúvida em saber se a adjudicação poderia ser feita logo após a primeira hasta pública infrutífera, ou apenas após a segunda.

Com a redação do art. 880, esse problema acabou, afinal de contas é claro o art. 878 ao dizer que, “frustradas as tentativas de alienação do bem, será reaberta oportunidade para requerimento de adjudicação, caso em que também se poderá pleitear a realização de nova avaliação”.

O segundo problema era que havia um “desestímulo” à adjudicação do bem penhorado, não só pelo seu caráter subsidiário em relação à alienação em leilão público, mas especialmente porque, para o exequente,

qual seria a vantagem de se adjudicar o bem penhorado pelo valor da avaliação se a partir do segundo leilão público ele poderia arrematar o bem por preço inferior ao da avaliação?

Com a regra sedimentada no NCPC, esse problema também não existe, pois, sendo a adjudicação a forma preferencial, então é sempre um estímulo ao exequente caso esteja interessada no bem, evitando o risco de “perdê-lo” num leilão posterior.

Deve-se deixar claro que a opção de escolher o procedimento é do credor, pois é em favor dele e em seu interesse a execução. Nesse sentido, aliás, a redação dos arts. 876 e 880 do CPC ao mencionar a expressão “requerimento do exequente”. Assim, caso o exequente silencie e não postule nem a adjudicação ou a alienação por sua iniciativa, ou, ainda, permaneça inerte em relação ao despacho do juiz questionando por qual meio pretende expropriar, não haverá aí nenhuma nulidade. E será perfeitamente válida a realização da expropriação em leilão público, que é a regra subsidiária de expropriação.

Assim, em seguida, cuidaremos das três formas expropriatórias previstas pelo Código: a adjudicação do bem penhorado, a alienação do bem penhorado (que pode ser feita por iniciativa particular ou em leilão público, analisadas cada uma em separado) e, por fim, ainda, a apropriação de frutos e rendimentos de bem imóvel ou móvel visando à satisfação do crédito exequendo.

2. ADJUDICAÇÃO DO BEM PENHORADO

2.1 A adjudicação do bem penhorado e resultado prático equivalente

A adjudicação do bem penhorado constitui uma das formas de se expropriar o devedor na execução de quantia certa contra devedor solvente. Isso é o que diz o art. 825, I, e, por sua vez, reza ainda o art. 904, II, que

uma das formas de se realizar o pagamento ao credor se dá pela “adjudicação do bem penhorado”.

Definitivamente, adjudicar o bem penhorado não é o que esperava o exequente, quando iniciou a execução para pagamento de quantia. A pretensão executiva para pagamento de quantia, como o nome mesmo já diz, é justamente o recebimento do dinheiro que lhe é devido. Entretanto, há casos em que o recebimento da quantia em pecúnia se apresenta como algo difícil de acontecer, (i) seja pela dificuldade, antevista pelo exequente, de se alienar a contento o bem penhorado, (ii) seja porque lhe é interessante receber o bem penhorado como forma de pagamento do valor devido ou parte dele, ou ainda porque (iii) não se mostra possível nem mesmo de forma paulatina, por intermédio de rendas periódicas, o recebimento do crédito que lhe é devido (apropriação de frutos e rendimentos de bem pertencente ao executado).

Considerando o Código que existe uma maior economia de tempo e dinheiro na opção da adjudicação do bem penhorado, estabeleceu uma ordem de prioridade entre as técnicas executivas, ou seja, sempre que possível e viável a adjudicação do bem penhorado, esta deve ser a técnica expropriatória para satisfação do exequente.

Com ela, evitar-se-á desperdício de tempo e custo processual. Como a adjudicação do bem penhorado não é exatamente aquilo que pretendia o exequente, dissemos, então, que teve, ele, a satisfação do seu direito por intermédio de um “resultado prático equivalente” ao pagamento em dinheiro.

Aqui, na adjudicação do bem penhorado, acontece uma atenuação do princípio processual da fidelidade da tutela jurisdicional prestada com a pretensão veiculada, admitindo que seja dada ao autor (exequente) uma tutela jurisdicional de resultado prático equivalente ao recebimento da quantia, de forma muito semelhante ao que ocorre com a tutela específica do art. 536 do CPC.

2.2 Adjudicação e pagamento ao credor

Conquanto a adjudicação do bem penhorado seja uma das maneiras de expropriação judicial e o Código a coloque como uma das formas de pagamento ao credor, a verdade é que tal instituto difere da entrega do dinheiro angariado pela apropriação de frutos e rendimentos do bem penhorado ou pela alienação do bem (por iniciativa particular ou em leilão público), porque, na verdade, nessas duas modalidades o pagamento se faz com a entrega do dinheiro arrecadado, e não propriamente com a realização do usufruto ou com a arrematação, que servem apenas de instrumento processual para obtenção da quantia e ser entregue ao exequente.

Na adjudicação, ao contrário, o que ocorre é a transferência da propriedade que funciona como pagamento ao credor, e o próprio ato de adjudicar já é bastante em si mesmo.

2.3 Momento para requerer

Existe um compromisso axiomático entre a tutela a ser prestada pelo Estado, na formulação e na atuação da norma concreta, e o resultado pretendido e esperado pelo jurisdicionado, de modo que exista a maior coincidência possível entre o que se pleiteia em juízo e o que é outorgado pelo Estado.

Entretanto, sempre que isso se mostre inviável, ou quando o próprio exequente se satisfaça com o recebimento do bem penhorado, para esses casos, o Estado oferta ao jurisdicionado soluções que, se não são iguais às que ele teria caso tivesse ocorrido o adimplemento espontâneo, pelo menos servem como forma de compensar o prejuízo sofrido pelo jurisdicionado, evitando, ainda, maior desperdício e inutilidade de tempo e dinheiro.

Bem sabemos que, dependendo do bem penhorado, é melhor ficar com ele do que tentar aliená-lo, pois o valor de mercado (para compra) seria irrisório, perto da função e utilidade que poderia ter para o exequente.²

Nunca é demais lembrar que a efetividade da tutela jurisdicional executiva há muito reclamava uma solução mais lépida e menos burocrática para o uso da adjudicação como meio para se obter a satisfação do pagamento ao credor.

Isso porque o dito caminho, ao contrário da alienação (particular ou em leilão público), simplifica o procedimento, na medida em que o pagamento é feito diretamente pelo devedor ao credor, sem a necessidade do demorado e complicado itinerário de uma alienação, mormente a leilão público, que, bem se sabe, é cheio de percalços e acidentes de percurso.

Da forma como está prevista no Código, a adjudicação do bem penhorado pode ser realizada como técnica executiva alternativa e prioritária à alienação, ou seja, antevendo o desperdício de tempo e dinheiro, e, verificando que o bem lhe pode ser útil, o exequente poderá fazer uso do pedido de adjudicação do bem penhorado como técnica expropriatória antecedente às demais.

Nesse passo, verifica-se que a satisfação da execução por quantia certa contra devedor solvente por meio da “adjudicação de bem penhorado” constitui uma hipótese de solução alternativa à tutela originariamente pretendida (recebimento de dinheiro), e, por isso mesmo, em geral, só será admitida se pretendida (aceita) pelo exequente, quando se mostrar (antevisto) inviável do ponto de vista prático e econômico o recebimento da quantia em dinheiro, ou, por qualquer outra razão de ordem pessoal, o exequente pretenda para si o bem penhorado do executado.

Assim, o momento para se requerer a adjudicação de bem penhorado, que poderá inclusive ser sugerida de ofício pelo juiz, por razões de economia processual, deverá ser feito antes de terminada outra forma de expropriação. Daí por que, tão logo termine a fase de avaliação do bem, e desde que não exista oposição do devedor com efeito suspensivo, deve-se postular a adjudicação do bem penhorado, que é regida pelos arts. 876 e ss.³

Por isso, o art. 876 prescreve que: “É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados”. Registre-se que, pelo Código, essa técnica expropriatória deve ser precedida de qualquer outra, motivo pelo qual é de bom alvitre que o juiz, até mesmo de ofício, apresente essa possibilidade ao credor para que ele se pronuncie a respeito, afinal de contas, se aceita a técnica, haverá enorme economia de tempo e dinheiro na prestação da tutela. Em tempo, o bem será adjudicado por preço, que poderá ser corrigido monetariamente, dependendo do tempo que isso demore, não inferior ao da última avaliação.

Já dissemos anteriormente que não existe uma preclusão processual ao requerimento da adjudicação, ou seja, enquanto não realizada nenhuma outra forma de expropriação, lícito será o requerimento da adjudicação (art. 878).

2.4 Bens móveis ou imóveis

A adjudicação do bem penhorado pode ser feita quando se tratar de bens móveis ou imóveis, e isso decorre da simples leitura do art. 877, I e II, do CPC ao dizer: “transcorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contado da última intimação, e decididas eventuais questões, o juiz ordenará a lavratura do auto de adjudicação. §1.º Considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a lavratura e a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe de secretaria, e, se estiver presente, pelo executado, expedindo-se: I – a carta de adjudicação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel; II – a ordem de entrega ao adjudicatário, quando se tratar de bem móvel”.

2.5 Procedimento e legitimação para requerer a adjudicação do bem penhorado

A adjudicação do bem penhorado não pode ser de ofício *determinada* pelo juiz, porque este não pode impor um pagamento de forma diversa daquela que foi pretendida pelo credor, mas poderá ser, de ofício, sugerida ou arguida ou até estimulada pelo magistrado, caso exista tal oportunidade, porque é forma de trazer enorme economia de tempo e dinheiro ao processo. Enfim, por ser forma diversa de satisfação do crédito – não é dinheiro –, cabe ao credor concordar com ela, pois, muitas vezes, a adjudicação poderá representar, quiçá, um grande encargo ou ônus para o exequente, que talvez não tenha condições financeiras de manter o bem ao longo do tempo.

Assim, a adjudicação do bem penhorado depende de provocação da parte interessada, que poderá ser, além do exequente, o credor hipotecário ou demais credores que tenham penhorado o mesmo bem nas suas respectivas execuções, e ainda pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes e ascendentes do executado (art. 876, § 5.º) e também pelos sócios da empresa, quando a penhora recair sobre cotas desta (art. 876, § 7.º).⁴

Assim, uma de duas: a) só houve um pretendente à adjudicação, caso em que a adjudicação reputa-se perfeita e acabada com a assinatura do auto e independentemente de sentença, expedindo-se a respectiva carta (imóvel) ou mandado de entrega (móvel) do bem com observância dos requisitos exigidos pelo art. 877 e seus parágrafos; b) para os casos em que tenha havido “mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; e, em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem” (art. 876, §6.º). Para esses casos, de concurso de pretendentes, constará da carta de adjudicação a decisão que tiver julgado o incidente (concorrência de pretendentes, art.877, §3.º), além das peças exigidas pelos demais dispositivos do art. 877.

Deve-se notar que a antiga figura da remição de dívidas, antes prevista nos inteiramente revogados arts. 787 a 790 do CPC de 1973, em

que se permitia que parentes do executado resgatassem o bem alienado ou adjudicado no exíguo prazo de 24 horas antes da assinatura do auto de arrematação ou adjudicação, deixou seus rastros no art. 876, § 5.º, que cuida da adjudicação de bem penhorado.

Isso porque incluiu entre aqueles que poderão requerer a adjudicação *o cônjuge, os descendentes ou os ascendentes*, e, ainda mais, dispôs que, no caso de concorrência de pretendentes à adjudicação em igualdade de oferta, a preferência é dos membros da família do executado, na ordem descrita *supra*. Registre-se, todavia, que o resgate do bem penhorado pela família por meio da adjudicação deve ser feito pelo preço da avaliação.

Por fim, deve-se dizer que, no caso de penhora de cota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando-se a preferência aos sócios (art. 876, § 7.º). Tal regra merece aplausos, porque a intenção do legislador foi permitir que a empresa consiga manter em seus quadros uma homogeneidade societária, evitando-se o ingresso de terceiros na sociedade.

2.6 Adjudicação, oposição do executado e ação anulatória

A adjudicação gera efeitos no plano material e no plano processual, que se igualam aos produzidos pela arrematação. Como diz o art. 877 do CPC: “Transcorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contado da última intimação, e decididas eventuais questões, o juiz ordenará a lavratura do auto de adjudicação. § 1.º Considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a lavratura e a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe de secretaria, e, se estiver presente, pelo executado, expedindo-se: I – a carta de adjudicação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel; II – a ordem de entrega ao adjudicatário, quando se tratar de bem móvel [...]”.

Portanto, o CPC dá o prazo de cinco dias para que as partes possam impugnar a adjudicação. Caso não seja oferecida nenhuma objeção, então seguem-se a lavratura e a assinatura do auto de adjudicação. É interessante notar que, se a adjudicação for realizada pelo exequente e, depois disso, forem julgados procedentes os embargos ou a impugnação do executado reconhecendo o seu direito e reputando como injusta a execução, então a sentença declaratória terá efeito de tornar ineficaz a adjudicação do exequente, fazendo que o bem retorne ao patrimônio do executado, devendo o exequente arcar com os custos e prejuízos da execução injusta. Isso se dá porque o exequente foi o titular da adjudicação, e, como tal, torna-se possível o retorno ao *status quo ante* com a procedência da oposição do executado.

Se tiver ultrapassado o prazo para a impugnação ou defesa ou objeção a que alude o art. 877, então restará ao executado a propositura de ação autônoma que vise à invalidação, declaração de ineficácia ou resolução da adjudicação se não for pago o preço.

3. ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

Prevista nos arts. 879, II, e 880 do CPC, a *alienação por iniciativa particular* nasceu da antiga alienação de bem imóvel com intermediação de corretor (nos arts. 700 e ss. do CPC de 1973 e no art. 973 do CPC/1939). A ideia era excelente, mas inoperante na prática em razão das diversas minúcias exigidas pelo dispositivo para que se efetivasse a alienação.⁵

Absorvida a ideia contida naqueles dispositivos dos Códigos anteriores, e de alguma forma influenciado pela maleabilidade experimentada com sucesso no § 2.º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.009/1995), o legislador da Lei 11.382/2006 criou, ainda na vigência do CPC revogado, a *alienação por iniciativa particular*, tratando-a, autonomamente, como uma espécie de técnica expropriatória, que, na prática, acaba sendo uma modalidade de alienação de bem penhorado

(alienação antecipada; alienação em leilão público presencial ou eletrônico; alienação a cargo de corretores da bolsa de valores, e alienação por iniciativa particular), tal como descrita nos arts. 879, II, e 880 do atual CPC.

Tendo sido descartada a adjudicação de bem penhorado – nos artigos precedentes –, então a primeira da fila entre as técnicas de alienação forçada de bem penhorado passa a ser a alienação por iniciativa particular, que, em tese, teve essa preferência pelo legislador, em razão da economia de tempo e dinheiro quando comparada com a alienação em leilão público.

Tentando ser o máximo sintético e direto o legislador evitou colocar no texto do art. 880 minúcias que pudessem atrapalhar e engessar esta técnica expropriatória. Acertadamente, o legislador estabeleceu os requisitos básicos, bem genéricos, para essa modalidade de alienação, e o restante deixou ao alvedrio do magistrado, que, diante de cada caso concreto, poderá estabelecer regras da referida alienação.

O nome do instituto poderia sugerir tratar-se de um negócio privado ou uma compra e venda gerenciada pelo exequente. Nada disso. A alienação por iniciativa particular é um ato expropriatório público, realizado pelo Estado e com cooperação do exequente, mas que em nada se assemelha e uma compra e venda privada.

A rigor, o art. 880 contempla duas formas de alienação por iniciativa particular: a primeira quando o próprio exequente promove a alienação do bem penhorado, sob a supervisão do magistrado, é claro; e a outra quando o exequente requer ao magistrado a alienação por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o poder judiciário. Em ambas, as regras e as exigências são as mesmas fixadas no art. 880 do CPC.

Os requisitos básicos para essa modalidade de alienação são: (a) que tenha sido descartada a adjudicação de bem penhorado; (b) que seja requerida essa modalidade pelo exequente; (c) fixação de preço mínimo pelo juiz do bem a ser alienado; (d) fixar o prazo em que ela deve ser feita;

(e) sua publicidade; (f) as condições de pagamento; (g) as garantias; e, se for o caso, (h) a comissão de corretagem.⁶

Deve-se notar que o juiz não poderá dispensar nenhum dos itens listados, mas apenas decidir sobre eles, não lhe sendo lícito, por exemplo, não exigir nenhuma garantia por parte do adquirente.

Outrossim, no tocante à comissão de corretagem, ela só será exigida se houver participação de corretores de imóveis (eventualmente credenciados por regra expedida pelo tribunal competente, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de três anos); daí por que o dispositivo (art. 880, § 1.º) fala em “se for o caso”.⁷

É de dizer, ainda, que, nessa “liberdade” conferida ao magistrado para ditar o *modus operandi*, prevista no art. 880 do CPC (seguindo eventuais provimentos do respectivo tribunal – art. 880, § 3.º), deve-se incluir, é claro, a possibilidade de o magistrado decidir acerca do depósito judicial (art. 840), se entender que em cada caso concreto o sucesso da alienação depende de que o exequente seja depositário do bem. Basta imaginar, por exemplo, a alienação por iniciativa particular de veículos que estejam depositados sob guarda do executado para se perceber, regra geral, que não será possível proceder à alienação se o devedor permanecer como depositário do bem, usando-o normalmente.

Outra questão muito sutil, mas deveras importante, diz respeito à fixação do preço mínimo do valor do bem. No art. 685-C do CPC revogado previa o legislador que o preço mínimo era o da avaliação, e o CPC 2015 não faz mais essa exigência. E, a nosso ver, trata-se de inovação bastante lúcida porque, se na própria alienação por leilão público admite-se que o preço da arrematação seja inferior ao da avaliação (desde que não seja vil), então, não faz sentido algum que a mesma regra não seja estendida a essa forma de alienação.

Uma vez realizada a alienação do bem penhorado (móvel ou imóvel) por iniciativa particular, com ou sem o auxílio do corretor, ela será

“formalizada por termo nos autos, com a assinatura do juiz, do exequente, do adquirente e, se estiver presente, do executado, expedindo-se: I – a carta de alienação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel; II – a ordem de entrega ao adquirente, quando se tratar de bem móvel”.

4. ALIENAÇÃO EM LEILÃO PÚBLICO

4.1 Considerações gerais

Depois de ter sido descartada a adjudicação de bem penhorado ou a alienação por iniciativa particular, resta ao exequente a utilização da expropriação por alienação em leilão público.⁸ Destarte, para facilitar a compreensão da alienação do bem penhorado por intermédio da arrematação em leilão público, é importante que se enxergue, macroscopicamente, a execução forçada para pagamento de quantia certa contra devedor solvente, como se estivéssemos diante de uma licitação pública, só que feita pelo Poder Judiciário, com peculiaridades que envolvem o procedimento executivo.

Ora, é preciso transformar os bens afetados (penhorados) do executado em dinheiro, posto que este servirá para pagamento da quantia devida ao exequente. Se assim é, a forma mais eficaz de obter o melhor preço é por meio de uma licitação, por uma concorrência pública, na qual o interessado que pagar o melhor preço leva para si o bem afetado. Para tanto, existem regras anteriores (preparação) e posteriores à licitação pública.

Essa *licitação* é feita por intermédio de um leilão público, que fica a cargo de um auxiliar da justiça denominado *leiloeiro público*.⁹ Esse leilão público tanto pode se dar pela forma eletrônica quanto pela presencial, havendo preferência quanto ao primeiro modo em razão da simplicidade, economicidade e concorrência de licitantes.¹⁰

4.2 Edital

4.2.1 *Considerações gerais*

Como toda e qualquer licitação por concorrência pública, aqui, na expropriação forçada dos bens do executado, deve haver a ampla divulgação e a individualização dos bens que serão postos à venda. Por isso mesmo, deve ser publicamente anunciada a venda judicial dos bens penhorados, com farta divulgação, para que ela possa alcançar o maior êxito possível. Por isso, a alienação judicial dos bens penhorados deve ser precedida de edital, cuja finalidade é servir de instrumento de divulgação da referida venda, permitindo que o maior número possível de compradores (incertos e desconhecidos) se interesse em arrematar os bens postos à venda.

A finalidade secundária do edital é permitir que demais credores interessados possam comparecer à venda e exercer seus direitos no concurso de exequentes (art. 889).

Assim, o Código preocupa-se em regular o local de anúncio, a sua forma, o que e como deve ser anunciado, quem deverá promover o anúncio etc.

4.2.2 *O que deve constar no edital*

O art. 886 do CPC regula o que deverá conter o edital, a saber: a) a individualização completa do bem que será posto em leilão público, com todas as suas características, estado de conservação, modelo, tipo etc., enfim, aspectos que sirvam para que as pessoas se interessem ou não pelo que será colocado em leilão público. O bem penhorado deve ser descrito com suas características e, tratando-se de imóvel, é necessário que se informem ainda as divisas e a transcrição aquisitiva da inscrição (art. 886, I); b) obviamente, deverá constar do edital o valor do bem, ou seja, qual o

valor avaliado e por quanto, no mínimo, espera-se que seja alienado no primeiro leilão público.¹¹ O valor deve ser atualizado, e é essencial para dissuadir ou atrair interessados (art. 886, II); c) tratando-se de bens móveis e semoventes, o local onde se encontram, e, tratando-se de direito e ação, os autos do processo em que foram penhorados (art. 886, III); d) deve informar quando (dia, local e hora) vai se realizar o leilão (seja ele presencial ou eletrônico), o que é essencial para o sucesso da licitação (art. 886, IV e V); e) também deverá constar no edital a eventual informação se sobre o bem pesa algum ônus ou gravame jurídico, por exemplo, se, embora o bem esteja sendo levado a leilão público (execução definitiva), ainda estaria pendente de julgamento eventual recurso do executado relativamente à execução contra si proposta (art. 886, V).

4.2.3 *A publicidade do edital*

Uma das peças-chave para o sucesso do leilão público, com grande número de interessados, não está só no objeto a ser arrematado, mas também na forma com que se divulga o edital. A forma mais simples e eficiente de divulgação se dá por meio da rede mundial de computadores, em sítio designado pelo juízo da execução, contendo a suma do edital, se possível a ilustração dos bens e informando se o leilão será eletrônico ou presencial. Além disso, se o magistrado entender conveniente, poderá determinar a publicação do edital pela fixação do mesmo no local de costume do fórum, onde se colocam publicações desse tipo, mas não só aí, afinal de contas, é restrito o público que frequenta o fórum. Portanto, deve ser publicado e divulgado o edital, ou melhor, a sua suma (resumo) – para evitar custos altos – em jornais de grande circulação local com antecedência mínima de cinco dias.¹²

Ora, o prazo e a forma de publicação do edital prevista pelo legislador podem não ser os melhores, e, para isso, em boa hora se introduziu a regra do art. 887, § 4.º: “Atendendo ao valor dos bens e às

condições da sede do juízo, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar publicar o edital em local de ampla circulação de pessoas e divulgar avisos em emissora de rádio ou televisão local, bem como em sítios distintos do indicado no § 2.º”.

O magistrado deve tomar essa atitude em cada caso concreto, verificando qual seria o meio de divulgação (jornal, televisão, rádio, Internet, mala direta etc.) mais eficaz, considerando o binômio custo-benefício. A melhor interpretação desse dispositivo que dá certa margem de liberdade ao juiz só pode ser aquela que concede, a este, esses poderes para que decida, em cada caso concreto, e atendendo aos postulados do custo-benefício, implantar o meio que seja mais eficaz e econômico para divulgação do edital. Nesse passo, também se faz desnecessário o § 5.º do art. 887, porque quase didático, já que prevê que a divulgação dos editais do leilão (veículos e imóveis), quando publicados em jornais de grande circulação, deve, preferencialmente, ser feita no caderno de classificados específicos, por razões óbvias.

Como a finalidade é baratear o custo da publicação, então é possível que o juiz acumule alguma quantidade de editais para serem publicados, referentes a execuções diversas, para promover uma divulgação única de vários editais no mesmo dia e no mesmo periódico, não só porque assim chamaria mais a atenção dos interessados, mas também porque diminuiria o custo da publicação. (art. 887, § 6.º).

Como já dissemos, o edital não serve apenas para que interessados sejam atraídos para uma licitação pública, mas também para que os interessados diretos na execução tenham ciência de sua ocorrência. Nesse caso, porque existe um interesse direto no objeto que será levado a leilão público, seria extremamente arriscado que a ciência do devedor e dos credores de garantia real sobre o bem se desse igualmente por edital, que é forma de comunicação ficta. Por isso mesmo, para essas pessoas, devedor e demais credores hipotecários, anticrético e pignoratício, o CPC reserva uma

regra diferenciada e específica, ao salientar que “o executado, por meio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por carta registrada, mandado, edital ou outro meio idôneo”, terá ciência da alienação judicial (art. 889, I).

Igualmente, determina o art. 804 c/c o art. 903, II,¹³ que “a alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado. § 1.º A alienação de bem objeto de promessa de compra e venda ou de cessão registrada será ineficaz em relação ao promitente comprador ou ao cessionário não intimado. § 2.º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído direito de superfície, seja do solo, da plantaçoão ou da construção, será ineficaz em relação ao concedente ou ao concessionário não intimado. § 3.º A alienação de direito aquisitivo de bem objeto de promessa de venda, de promessa de cessão ou de alienação fiduciária será ineficaz em relação ao promitente vendedor, ao promitente cedente ou ao proprietário fiduciário não intimado. § 4.º A alienação de imóvel sobre o qual tenha sido instituída enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso será ineficaz em relação ao enfiteuta ou ao concessionário não intimado. § 5.º A alienação de direitos do enfiteuta, do concessionário de direito real de uso ou do concessionário de uso especial para fins de moradia será ineficaz em relação ao proprietário do respectivo imóvel não intimado. § 6.º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído usufruto, uso ou habitação será ineficaz em relação ao titular desses direitos reais não intimado”.

Entretanto, imagine a hipótese de, depois de tanto trabalho para realizar a divulgação, ou mesmo depois de cumpridos todos os procedimentos exigidos pela lei para a realização da praça ou leilão, nos exatos dia e hora em que devam ser realizados, o funcionário do fórum não levar a chave para abrir o átrio onde seria realizada a praça; ou, então, em outro exemplo de infortúnio impeditivo, imagine a hipótese de haver falha

de comunicação na rede mundial de computadores etc.; enfim, é possível que ocorram situações alheias à vontade do juízo, que acabam impossibilitando a realização do leilão no dia e hora anteriormente previsto.

Nesse caso, prescreve o Código que: “Não se realizando o leilão por qualquer motivo, o juiz mandará publicar a transferência, observando-se o disposto no art. 887” (art. 888). Lembramos que todos os elementos constantes do edital devem estar na nova comunicação de transferência daquele que não foi realizado, pois, se é necessário fazer a publicação da transferência, esta deve ter a mesma amplitude da publicação anterior. Se, porventura, a transferência ocorreu por culpa do juiz ou dos serventuários da justiça, não poderá a parte (credor) ser onerada pelo custo da nova publicação, devendo recair sobre tais pessoas as despesas pelo novo ato de divulgação.

Claro que essa imputação de responsabilidade por culpa deve ser apurada em regular procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, perante o juiz da causa (ou na corregedoria, se o juiz, com culpa, deu azo à transferência do ato), que poderá aplicar a pena de suspensão por cinco a 90 dias, além das despesas da nova publicação, é claro (art. 888, parágrafo único).

4.3 A arrematação

4.3.1 Conceito

Arrematar é palavra que está ligada à ideia de conclusão, de fim, de término, sinônimo de rematar, finalizar, ou, em um sentido mais direto, *acabar de matar*. O seu sentido processual não discrepa muito do seu sentido etimológico, já que a arrematação é ato de execução que fecha a cadeia executiva para pagamento de quantia (nos casos de alienação do bem penhorado), nas hipóteses em que é necessário fazer a conversão de bens penhorados em dinheiro para pagamento ao credor da importância devida.

Portanto, processualmente falando, a arrematação marca o “início do fim” do itinerário executivo que se dá com a “compra” de bens penhorados em leilão público. Com o produto (dinheiro) arrecadado pela alienação forçada de seus bens haverá o pagamento da quantia devida ao exequente, aí incluídos todos os custos e despesas processuais.

4.3.2 *A arrematação como ato processual executivo*

Para o Código, a arrematação é um ato do processo de execução que se perfaz pela compra do bem penhorado, como se diz corriqueiramente. Todavia, o estudo da arrematação envolve não só a aquisição do bem penhorado em leilão público, mas também todos os atos necessários, anteriores e posteriores, à realização do arremate do bem. Observe-se que a arrematação ou venda pública do bem penhorado não é o fim do processo, mas apenas um meio (expropriação forçada) para se alcançar o dinheiro que será entregue ao exequente. Aliás, não foi por acaso que o CPC colocou, no art. 904, I, que uma das formas de pagamento ao credor é pela entrega do dinheiro, e não pela arrematação.

4.3.3 *Legitimados à arrematação*

Todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que, comparecendo, por si ou por seu procurador, na hora e local (sítio eletrônico) do leilão, poderão arrematar o bem em leilão público. Entretanto, certamente a dita regra comporta exceções, que parecem óbvias, mas que ainda assim o Código preocupa-se em citar. Por isso, embora todas as pessoas possam fazer propostas (lançar), apenas aquelas que estejam na livre administração dos seus bens é que poderão fazê-lo; portanto, a primeira exclusão recai para o insolvente civil, para o interditado, para o incapaz etc. Igualmente, por razões não menos óbvias, prevê o Código que não poderão lançar, além dos casos ditos supracitados, o próprio juiz da

causa, o escrivão, o depositário do bem, membros do *Parquet*, o avaliador e o oficial de justiça e os auxiliares de justiça em geral; também não poderão lançar os mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; os tutores, os curadores, os testamentários, os administradores, os síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade (art. 890).¹⁴

E o exequente? Poderia ele – que está executando o crédito que se pretende seja pago com a quantia obtida com a venda do bem penhorado – lançar, ser o arrematante do bem? Sim, o exequente pode ser o arrematante, e não estará obrigado a exibir o preço; “mas se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de três dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, nesse caso, realizar-se-á novo leilão, à custa do exequente” (art. 892, § 1.º).

Obviamente, sendo o credor um licitante como qualquer outro, a expressão “valor dos bens” aí descrita não significa que ele, em um segundo leilão, deva oferecer lance que corresponda ao valor da avaliação do bem. Na verdade, havendo segundo leilão, poderá licitar por valor inferior e condições de igualdade com os demais licitantes, sendo o limite mínimo o *preço vil* (art. 891 do CPC).

Outrossim, diga-se que, se o leilão público for de diversos bens e houver mais de um lançador, “terá preferência aquele que se propuser a arrematá-los todos, em conjunto, oferecendo, para os bens que não tiverem lance, preço igual ao da avaliação e, para os demais, preço igual ao do maior lance que, na tentativa de arrematação individualizada, tenha sido oferecido para eles” (art. 893).

E, à medida que os bens forem parceladamente arrematados, será imediatamente suspensa a arrematação, “logo que o produto da alienação dos bens for suficiente para o pagamento do credor e para a satisfação das despesas da execução” (art. 899). Tem-se aí a regra de proteção do

executado relativamente ao princípio da menor gravosidade possível (art. 805).

4.3.4 *O ato de arrematar*

O ato de arrematar provém de a, re, mactare, que se relaciona a matar, imolar como prover, lançar, e, portanto, pressupõe, na execução civil ao ato processual complexo de aquisição do bem penhorado em leilão judicial. Assim, “salvo pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico” (art. 892).

Em boa hora o legislador prevê a regra do art. 895 para os casos em que o pagamento à vista e imediato pode ser fator de inibição para a aquisição do bem penhorado (especialmente de bens imóveis, que, normalmente, têm um preço elevado).

Por isso, tentando se aproximar mais da realidade e do cotidiano, o legislador estabeleceu que:

Art. 895. O interessado em adquirir o bem penhorado em prestações poderá apresentar, por escrito:

I – até o início do primeiro leilão, proposta de aquisição do bem por valor não inferior ao da avaliação;

II – até o início do segundo leilão, proposta de aquisição do bem por valor que não seja considerado vil.

§ 1.º A proposta conterà, em qualquer hipótese, oferta de pagamento de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 (trinta) meses, garantido por caução idônea, quando se tratar de móveis, e por hipoteca do próprio bem, quando se tratar de imóveis.

§ 2.º As propostas para aquisição em prestações indicarão o prazo, a modalidade, o indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo.

§ 3.º (Vetado).

§ 4.º No caso de atraso no pagamento de qualquer das prestações, incidirá multa de dez por cento sobre a soma da parcela inadimplida com as parcelas vincendas.

§ 5.º O inadimplemento autoriza o exequente a pedir a resolução da arrematação ou promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos ser formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação.

§ 6.º A apresentação da proposta prevista neste artigo não suspende o leilão.

§ 7.º A proposta de pagamento do lance à vista sempre prevalecerá sobre as propostas de pagamento parcelado.

§ 8.º Havendo mais de uma proposta de pagamento parcelado:

I – em diferentes condições, o juiz decidirá pela mais vantajosa, assim compreendida, sempre, a de maior valor;

II – em iguais condições, o juiz decidirá pela formulada em primeiro lugar.

§ 9.º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes, ao executado.

Segundo o Código, nessas hipóteses a proposta deve ser por escrito, respeitando os limites do valor do bem tratando-se de primeiro ou segundo leilão, e, é muito importante ter o Código previsto que tais propostas não suspendem o leilão, de forma que, se ao final deste houver mais de uma proposta, o juiz decidirá pela proposta mais vantajosa, e, em igualdade de condições, segue a regra cronológica daquela que se deu em primeiro lugar.

E tais propostas devem especificar o valor do sinal e das prestações acatando os limites impostos pelo dispositivo. Deve ainda constar a caução indicada pelo arrematante, tratando-se de bem móvel, e, no caso de bem imóvel, a garantia é a hipoteca sobre o próprio bem. As prestações poderão ser pagas por meio eletrônico, com correção mensal pelo índice definido na proposta.

Se houver atraso no pagamento de qualquer das prestações, incidirá multa de dez por cento sobre a soma da parcela inadimplida com as parcelas vincendas, e o referido inadimplemento permite que o exequente requeira a resolução da arrematação ou promova, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos ser formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação.

E, se o arrematante ou o seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a novo leilão, do qual não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos (art. 897). Contudo, caso o fiador pague o valor do lance e a multa pelo inadimplemento, então se sub-rogará no direito do arrematante e poderá requerer que a arrematação lhe seja transferida. Aqui não se trata de arrematação pelo fiador, posto que já havia sido definido o vencedor da licitação, e, portanto, há sub-rogação ao fiador do direito existente em favor do arrematante (art. 898).

4.3.5 *O auto de arrematação*

A arrematação se concretiza com a assinatura do respectivo auto (auto de arrematação), de forma que “qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos” (art. 903, *caput*).

O momento de assinatura desse auto é determinado pelo art. 901, *caput*, no qual se lê que deverá ser lavrado de imediato e poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, nele mencionadas as condições nas quais foi alienado o bem.¹⁵

A determinação judicial de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel, com o respectivo mandado de imissão na

posse, será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante, bem como realizado o pagamento da comissão do leiloeiro e das demais despesas da execução (art. 901, § 1.º).

Para que o arrematante possa fazer o registro do bem em seu local comum de registro é preciso que a carta de arrematação contenha elementos necessários à realização do registro. Assim, a carta de arrematação deve conter a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula ou individuação e aos seus registros, a cópia do auto de arrematação e a prova de pagamento do imposto de transmissão, além da indicação da existência de eventual ônus real ou gravame (art. 901, § 2.º).

4.3.6 *A arrematação de bens imóveis indivisíveis e de incapaz*

O sagrado direito de propriedade sobre bens imóveis recebeu tratamento diversificado até mesmo no tocante à forma de sua alienação quando se trate de bem de incapaz ou de bem imóvel indivisível.

A primeira hipótese de tratamento diferenciado dispensado pelo Código à alienação judicial de bem imóvel não se dá, propriamente, pelo imóvel em si mesmo, mas sim por causa do seu titular, que se presume ser uma pessoa que requer atenção especial do legislador: o incapaz.¹⁶

Prevista no Código no art. 896, a regra se apresenta como verdadeiro “privilégio” para o executado incapaz. Reza o Código que o imóvel do incapaz não poderá ser arrematado por valor abaixo de 80% da avaliação. Obviamente, a limitação refere-se ao segundo leilão, pois, no primeiro, o piso mínimo é estabelecido pelo valor da avaliação (constante no edital). Perceba-se que o devedor comum é protegido na segunda praça pela regra do art. 891, que impede que o bem seja alienado por preço vil. Já o devedor incapaz (art. 3.º do CC) é protegido pelo limite de 80% do valor do edital na segunda praça, ou seja, não poderá haver a arrematação do imóvel do incapaz, na segunda praça, por valor inferior a 80% da avaliação.

Assim, não alcançado o referido patamar, determina o Código que o bem retornará à guarda e administração do depositário. A nova alienação deverá ser promovida em prazo não superior a um ano. Entretanto, é claro que, se durante esse período em que o bem estiver com o depositário surgir algum pretendente que assegure pagar o preço da avaliação e preste caução idônea, o juiz determinará, então, a alienação em leilão. Contudo, se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz lhe imporá a multa de 20% sobre o valor da avaliação em favor do incapaz, valendo como título executivo.

No final, deve-se dizer que, se durante o período em que o bem estiver depositado existir a possibilidade de ele ser alugado, é permitido que o administrador o faça. Ora, essa regra nos remete àquilo que já temos dito no sentido de que não existe uma regra abstrata que determine ser esta ou aquela forma expropriatória a que deve ser tomada pelo juiz, que, diante do caso concreto e verificando as imposições e peculiaridades do direito material, deve adotar a melhor medida expropriatória para a satisfação do direito do exequente.

A segunda hipótese de regramento especial para a alienação de imóvel prevista no CPC nada mais é do que a aplicação dos postulados constitucionais da “efetividade da tutela executiva com a menor onerosidade possível para o executado”.

Por conta disso, prescreve o Código (art. 894) que, se o imóvel pode ser dividido e isoladamente as partes dele podem ser alienadas – desde que isso não cause prejuízo ao credor –, nada impede, mas recomenda-se, que essa providência seja tomada.

Enfim, v.g., se todo o prédio foi penhorado e a dívida pode ser paga com a venda de apenas uma parte do imóvel que admite cômoda divisão, então é claro que a regra deve ser aplicada. Portanto, prevê o dispositivo que, “quando o imóvel admitir cômoda divisão, o juiz, a requerimento do executado, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente

para o pagamento do exequente e para a satisfação das despesas da execução” (art. 894, *caput*). Contudo, “a alienação por partes deverá ser requerida a tempo de permitir a avaliação das glebas destacadas e sua inclusão no edital, e, nesse caso, caberá ao executado instruir o requerimento com planta e memorial descritivo subscritos por profissional habilitado” (art. 894, § 2.º).

É evidente que se essa não for a melhor alternativa e não houver lançador, “far-se-á a alienação do imóvel em sua integridade” (art. 894, § 1.º).

4.3.7 *Desfazimento da arrematação*

Muito embora o art. 903 diga expressamente que a assinatura do auto de arrematação implica ato jurídico perfeito e acabado, e por isso irretratável, é claro que dito ato, como qualquer outro, aliás, não fica imune às causas de invalidação, ineficácia e resolução e que são arroladas nos incisos do § 1.º do próprio art. 903.

O desfazimento pode se dar por provocação da parte interessada pleiteando um provimento judicial que reconheça a invalidação, ineficácia e resolução do referido ato.

A impugnação/questionamento do ato de arrematação poderá ser feita de ofício ou por provocação da parte ou terceiro interessado, dependendo se a hipótese for de ordem pública ou dispositiva.

A forma de requerer a impugnação do ato de arrematação é por petição simples em até dez dias após a realização da arrematação. Assim, por exemplo, pode o executado arguir o vício da invalidação da arrematação porque teria sido o imóvel vendido por preço vil. Em outra hipótese, pode o senhorio direto do bem alienado (credor hipotecário) requerer a declaração de ineficácia da arrematação e ainda o próprio executado requerer a resolução da aquisição do bem feita em prestações, quando, por exemplo, a

proposta para aquisição do bem móvel penhorado não tenha sido feita com a prestação de caução.¹⁷

É claro que deve ser oportunizado o contraditório nesse incidente cognitivo e nele devem figurar o arrematante o exequente e o executado.

Fora essa oportunidade, o CPC admite no art. 903, § 2.º, que, ultrapassado o prazo previsto de dez dias do aperfeiçoamento da arrematação sem que tenha havido alegação de qualquer das situações previstas no § 1.º, será expedida a carta de arrematação e, conforme o caso, a ordem de entrega ou mandado de imissão na posse. A partir daí, ou seja, após a expedição da carta de arrematação ou da ordem de entrega, a invalidação da arrematação poderá ser pleiteada por ação autônoma, em cujo processo o arrematante figurará como litisconsorte necessário, limitando-se essa demanda aos prazos para seu exercício nos termos do CCB.

4.3.8 *A carta de arrematação*

Se o art. 901 do CPC nos informa que o auto de arrematação é título de propriedade em favor do arrematante, uma vez que se considera ato perfeito, acabado e irrevogável, por que então seria necessária uma ordem de entrega ou uma “carta” de arrematação?

A regra decorre do fato de que, no nosso sistema jurídico, a transferência da propriedade só se opera com a tradição, que só se dá com a efetiva entrega dos bens, quando eles sejam móveis, ou com a transcrição do título no registro imobiliário, quando se tratar de bens imóveis. Portanto, com a entrega dos bens móveis pelo depositário em atendimento ao mandado expedido pelo juiz (ordem de entrega), opera-se a tradição. No caso dos bens imóveis, para proceder ao registro imobiliário, é necessário que se tenha a carta de arrematação, que cristaliza a expropriação forçada e permite o referido registro.

A dita carta de arrematação conterà a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula ou individuação e aos seus registros, a cópia do auto de arrematação e a prova de pagamento do imposto de transmissão, além da indicação da existência de eventual ônus real ou gravame (art. 901, § 2.º).

É importante destacar que, no caso – atípico e anômalo – de terem ocorrido duas arrematações de um mesmo bem que tenha sido penhorado em mais de uma execução, deverá prevalecer a arrematação que se tornou perfeita e acabada em primeiro lugar (art. 694, *caput*), ainda que a segunda carta tenha sido registrada primeiro. Enfim, prevalece o critério cronológico de formação da carta (ato perfeito e acabado), e não o seu registro.¹⁸

4.3.9 *Efeitos da arrematação*

Antes de qualquer coisa, é necessário dizer que a arrematação é um dos possíveis atos executivos expropriatórios finais da espécie executiva para pagamento de quantia contra devedor solvente por alienação em leilão público, e que visa obter dinheiro que será entregue ao exequente. Assim, a arrematação perfeita e acabada leva à constituição das seguintes situações jurídicas:

- ✓ transfere ao arrematante o domínio do bem arrematado, conservando-se as limitações e os gravames que incidiam sobre o bem penhorado (usufruto, enfiteuse, servidão etc.);
- ✓ o arrematante e o fiador passam a ser responsáveis (suportam a execução) pelo preço do lance nas arrematações a prazo (art. 898);
- ✓ obriga o depositário a entregar a posse dos bens arrematados. Conquanto a arrematação outorgue o domínio ao arrematante, a posse dos bens depende de entrega a ser efetivada pelo depositário, e este é, portanto, um efeito conatural da própria

arrematação. O novo titular do bem passa a ter direito de exercer todos os poderes inerentes ao domínio do bem arrematado;

- ✓ extinção das hipotecas e penhores que recaiam sobre o imóvel, segundo as regras dos arts. 1.436, V, e 1.499, VI, ambos do CC. Todavia, o ônus real permanece sobre a coisa arrematada, sendo ineficaz para o credor hipotecário e pignoratício a alienação em leilão público se este não foi informado ou se informado não exerceu a preferência que lhe conferem os arts. 905 e ss. Nesse caso, o credor hipotecário ou pignoratício pode até mesmo desfazer a arrematação, se tiver ocorrido o vício previsto nos referidos dispositivos que exigem que sejam previamente intimados da alienação (arts. 799 e 804); transferência para o produto da alienação do vínculo da penhora. É importante dizer que a expropriação do bem em leilão público é realizada para conversão do bem em dinheiro, porque é exatamente o dinheiro que será entregue ao exequente. Assim, a expropriação do bem transformando-o em dinheiro faz que o vínculo da penhora antes existente sobre o bem alienado agora recaia sobre o dinheiro que foi arrecadado com a sua venda, pois, do contrário, o executado estaria livre para usar a referida quantia. Essa expropriação em leilão público é “liquidativa” e “instrumental”, porque visa tão somente converter determinado bem em dinheiro, que, embora esteja no patrimônio do executado, está vinculado pela penhora à entrega ao exequente. Essa entrega do dinheiro é a segunda expropriação – “satisfativa” –, que é posterior à liquidativa e visa transferir o dinheiro ao exequente. O vínculo da penhora só se extingue quando o credor é satisfeito plenamente.

4.3.10 *Arrematação e evicção*

Segundo o art. 447 do CC, “nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste essa garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública”.

Evicção é a perda da coisa por sentença judicial transitada em julgado. Evicto é a pessoa que perde, e evecente, quem a adquire.

Nos tempos atuais, não parece justo admitir que alguém, de boa-fé, perca um bem que julgava seu por causa de uma sentença judicial transitada em julgado sem que a dita situação pudesse ficar sem remédio algum para ressarcir o evicto.

Ora, o alienante deve ser responsabilizado por isso, sob pena de que, se assim não fosse, se estaria admitindo o locupletamento ilícito do alienante, o que também é inadmitido pelo Código Civil.

Por isso, se o arrematante vem a perder a coisa que foi por ele adquirida em um leilão público, ou perder o dito bem por intermédio de uma sentença judicial (v.g., proferida em uma ação reivindicatória posterior), caberá buscar o seu ressarcimento por meio de ação de evicção em face do executado e, quiçá, do próprio exequente que figuravam no leilão público em que foi feita a arrematação.¹⁹

Em nosso sentir, boa parte da discussão acerca do cabimento da garantia contra a evicção para os bens adquiridos em leilão público perdeu a razão de ser com o advento do novo CC, art. 447, que, expressamente ao contrário do Código revogado, assegura tal direito mesmo quando o bem é adquirido em leilão público.²⁰

Ademais, a própria regra do art. 903, *caput*, de que a “arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos”, já é motivo de segurança jurídica para que o arrematante não seja desencorajado a participar e arrematar em leilões públicos.

Ainda assim, prescreve o § 5.º do art. 903 que o arrematante poderá desistir da arrematação, sendo-lhe imediatamente devolvido o depósito que tiver feito: I – se provar, nos 10 (dez) dias seguintes, a existência de ônus real ou gravame não mencionado no edital; II – se, antes de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado alegar alguma das situações previstas no § 1.º; III – uma vez citado para responder a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, desde que apresente a desistência no prazo de que dispõe para responder a essa ação (art. 903, § 5.º).

4.3.11 A entrega do dinheiro resultante da arrematação

A satisfação do exequente faz-se mediante a expropriação satisfativa do executado. Ela se dá com a entrega do dinheiro ao exequente por ordem do juiz ao depositário. A ordem pode ser decretada de ofício ou a requerimento da parte, e é dever legal do depositário cumpri-la.

A entrega do dinheiro pode não ser algo tão simples, e novas surpresas podem ser apresentadas ao exequente nesse momento. Como se verá oportunamente, há a possibilidade de se instaurar um incidente de pluralidade de credores ou exequentes, como se tratará adiante.

Não havendo esse concurso, o juiz autorizará que o exequente levante, até a satisfação integral de seu crédito, o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados, bem como do faturamento de empresa ou de outros frutos e rendimentos de coisas ou empresas penhoradas, quando: I – a execução for movida só a benefício do exequente singular, a quem, por força da penhora, cabe o direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados; II – não houver sobre os bens alienados outros privilégios ou preferências instituídos anteriormente à penhora.²¹

4.4 Apropriação de frutos e rendimentos de bem penhorado

4.4.1 *Características*

Uma vez superada a fase da penhora, da avaliação segue-se ao caminho dos atos expropriatórios, que será definido pelo juiz não sem antes ouvir as partes, caso em que sopesará os postulados constitucionais do devido processo legal na execução.

Isso implica, concretamente, que a definição do itinerário pelo juiz do ato executivo expropriatório final deve ser feita levando-se em consideração, principalmente, a provocação do exequente, mas com os seguintes aspectos: (i) o princípio da menor gravosidade possível para o executado; (ii) a razoável duração do processo e a economia processual; e, ainda, (iii) a efetividade da tutela jurisdicional executiva, não necessariamente nessa ordem.

Não é sempre que o patrimônio do executado oferta a possibilidade de se expropriarem rendimentos por intermédio da técnica da apropriação de frutos e rendimentos de bem penhorado, e isso já constitui um limitador natural para a escolha da técnica executiva a ser empregada.

Todavia, para os casos em que a penhora recair sobre imóvel ou móvel (medida executiva típica), ou, ainda, sobre bem móvel ou semovente que permita auferir rendimentos (medida executiva atípica), poderá o juiz, em vez de alienar o bem, e considerando os valores constitucionais mencionados no parágrafo anterior, determinar a adoção da técnica executiva prevista nos arts. 867-869 do CPC.

Observe-se, portanto, que a apropriação de frutos e rendimentos do bem penhorado é uma técnica expropriatória que não se submete à ordem preferencial estabelecida pelos arts. 880 e 881, mas exatamente o contrário.

A rigor, as hipóteses que justificam a *apropriação* são as mesmas que permitiriam valer-se do revogado instituto do usufruto judicial, ou seja, naqueles casos em que o objeto da penhora recai sobre os frutos e rendimentos que ainda serão produzidos pelo bem que foi constricto, ou seja, há realmente uma *apropriação de valores que ainda serão produzidos*.

A hipótese do art. 825, III, está diretamente relacionada com os arts. 867 e ss., que tratam da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

Feita a penhora, o executado perde o gozo do bem e será nomeado administrador/depositário do bem (art. 868), que, munido de todos os poderes de administração e fruição dos frutos e rendimentos, procederá paulatinamente à transferência dos valores percebidos para o credor até a satisfação integral do direito exequendo.

4.4.2 *A entrega do dinheiro*

O Código prevê nos arts. 867 e ss. do CPC o procedimento da apropriação de frutos e rendimentos de bem móvel ou imóvel, considerando que essa é uma das formas de se realizar a execução por expropriação (art. 825, III), visando ao pagamento da quantia devida ao exequente.

A satisfação do direito exequendo nesse caso se dá pela “entrega do dinheiro”, tal como prevê o art. 904, I, do CPC. O que não diz esse dispositivo é que essa entrega do dinheiro é apenas uma das modalidades de pagamento ao credor, o que, na verdade, deve ser entendido como um dos meios pelos quais se realiza, paulatinamente, a entrega da quantia devida ao exequente. O instituto funciona como se fosse uma satisfação a prazo, em prestações periódicas.

4.4.3 *A iniciativa para a decretação da apropriação de frutos e rendimentos de bem móvel e imóvel*

Se é de ordem pública, e se são, basicamente, três, os postulados constitucionais que regulam a escolha da técnica executiva final para realização da expropriação forçada, certamente ela poderá ser tomada de ofício pelo juiz, ouvido o exequente, devendo-se considerar, nesse sentido, o art. 867 que diz “o juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de

coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado”.

O fato de esse ato expropriatório poder ser decretado de ofício não descarta a observação de dois aspectos importantes. O primeiro, de que nada impede que a iniciativa pela sua decretação seja feita pelo credor, ou pelo devedor, ou até mesmo por ambos, em um típico acordo sobre o pagamento. O segundo aspecto que não pode ser olvidado é que, independentemente da origem da iniciativa – se pelo juiz ou não – para a decretação dessa forma expropriatória, o que importa é que o magistrado estabeleça o contraditório antes de decidir, pois assim terá maiores condições de verificar, em cada caso concreto, se esse caminho atende melhor aos postulados da duração razoável do processo, da efetividade da tutela executiva e, ainda, da menor onerosidade possível ao executado.

No entanto, se a adoção desse instituto depende de uma decisão (interlocutória) judicial que o estabeleça, pergunta-se: é possível que a mera recusa do devedor (executado) seja óbice à decretação da penhora e futura apropriação de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel?

Decerto que não, e, nesse particular, o art. 867 deve ser lido *cum grano salis*, afinal de contas o processo de execução é público, e, embora pretenda satisfazer interesses patrimoniais e disponíveis, o que está em jogo é também o exercício público de uma função estatal, de forma que o executado não se encontra em posição que lhe permita recusar, sem razões jurídicas, que o usufruto seja decretado. O exequente deve, sim, municiar o magistrado sobre qual o melhor caminho a ser percorrido (uma das técnicas do art. 825 do CPC), aduzindo suas razões, para que se chegue à tutela executiva com maior efetividade e satisfação. É o juiz que decide qual medida executiva deve ser tomada, e, dessa decisão, as partes poderão oferecer agravo de instrumento, ao qual, dependendo das circunstâncias, poderá ser atribuído efeito suspensivo.

4.4.4 *Momento*

Obviamente, superado o momento da penhora e da avaliação dos bens penhorados, e superada ainda a eventual suspensão causada pelos embargos ou impugnação do executado, o magistrado se vê diante de uma encruzilhada, em que deverá tomar um caminho rumo à expropriação forçada.

Um desses caminhos é a apropriação de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel do usufruto judicial, que requer, como condição lógica para a sua efetivação, que a penhora tenha recaído sobre um bem (móvel, imóvel ou semovente) do qual seja possível auferir frutos ou rendimentos, pois do contrário será impossível pensar nessa forma de satisfação do crédito exequendo.

Assim, a escolha dessa forma de apropriação já deverá ter sido feita no momento de realização da penhora, portanto, quando se identifica o bem do patrimônio do executado que forneça frutos e rendimentos que possam ser penhorados e posteriormente entregues para satisfação do exequente.

Não é por acaso que a penhora e a apropriação de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel estão tutelados no mesmo dispositivo, ou seja, para satisfazer o exequente com essa forma de expropriação, é preciso que tenha ocorrido a penhora específica descrita nos arts. 867 e ss. do CPC.

4.4.5 *A decretação da penhora para a apropriação de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel*

É interlocutória a decisão do juiz que decreta a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, estabelecendo desde então um regime jurídico de apropriação pelo exequente de rendimentos do bem do executado. Ressalte-se que o bem penhorado são os frutos e os rendimentos do bem, e não o próprio bem de onde se extraem os frutos. E, por isso

mesmo, serão os bens penhorados (renda) entregues ao exequente como forma de satisfação, paulatina, de seu crédito.

Na medida em que se pretenda fazer a expropriação dos frutos e rendimentos da coisa móvel ou imóvel, parece óbvio que a decretação dessa medida expropriatória fará com que o devedor perca “o gozo do móvel ou imóvel, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios”, devendo o juiz nomear administrador para que possa extrair da referida coisa os frutos e os rendimentos. Ao nomear um administrador, o devedor perde o gozo do bem, ainda que sobre si recaia a função, que é pública, de administrá-lo.

4.4.6 *O objeto*

O requisito número um é que o bem objeto da penhora e da avaliação seja passível de auferir rendimentos ou frutos. O Código fala de móvel ou imóvel, porque de tais bens, tipicamente, se extraem rendimentos. A ausência no texto legal da possibilidade de se estabelecer a apropriação de frutos e rendimentos de bens semoventes não constitui óbice à sua ocorrência, porque admite-se no nosso Código a atipicidade dos meios executivos, podendo o juiz determinar que tal método de expropriação seja feito pelos meios típicos (imóvel ou móvel) ou pelos meios atípicos (semoventes), e, na prática, é bastante comum que muitos semoventes sejam mais rentáveis que determinados bens imóveis ou móveis.

4.4.7 *O procedimento*

Uma vez decidida a realização da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, já se sabe que a satisfação do direito exequendo se dará pela apropriação dos frutos e rendimentos penhorados.

Portanto, o regime jurídico de apreensão e depósito do referido bem é fixado pelos arts. 867 e ss. do CPC, em que consta a necessidade de que o

juiz nomeie um administrador depositário, de modo a extrair do bem os frutos e rendimentos necessários à obtenção de verba a ser paulatinamente paga ao credor. É claro que, se do bem já estiver sendo auferidos frutos ou rendimentos, uma vez decretada essa medida executiva, o pagamento do rendimento ou dos frutos do bem deverá ser feito diretamente ao exequente. Todavia, se houver um administrador nomeado pelo juiz que a este submeterá a forma com que pretende administrar, prestará contas periodicamente, entregará ao exequente as quantias recebidas para liquidar o crédito devido ao credor, desde que ele mesmo não seja o próprio administrador.²²

5. CONCURSO DE CREDORES E/OU EXEQUENTES

5.1 Introdução

Como visto anteriormente, o procedimento executivo para pagamento de quantia, fundado em título judicial ou extrajudicial, pode ser didaticamente compartimentado em fases, que nada mais são do que uma “divisão acadêmica” do itinerário executivo determinado pelo legislador.

Assim, vimos que a fase final do procedimento executivo para pagamento de quantia, instaurado contra devedor solvente, é caracterizada com o pagamento ao exequente, que, segundo o art. 904 do CPC, poderá ser feito pela entrega do dinheiro (inc. I), pela adjudicação dos bens penhorados (inc. II).

Todavia, para desespero do exequente, que em tal momento (fase final) já percorreu uma longa e quase interminável *via crucis* até a chegada do epílogo executivo, ainda existe o risco de um novo obstáculo, que poderá impedi-lo de receber o esperado crédito. Esse risco é causado por um incidente processual denominado “concurso de exequentes ou credores”, previsto nos arts. 908 e 909 do CPC, que é caracterizado, como o nome

mesmo já diz, por uma disputa entre credores/exequentes para receber a verba pecuniária oriunda da alienação dos bens.

5.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica do “concurso de credores” instaurado nos arts. 908 e 909 do CPC é de “incidente processual”, e não de “processo incidental”.

Essa explicação é importante porque durante muito tempo o CPC de 1973 mencionava que por sentença o juiz decidiria esse incidente. O uso da palavra sentença decorria de uma herança haurida do CPC de 1939 (art. 947), em que a cumulação de penhoras sobre o mesmo bem se resolvia em concurso de credores, com alteração da execução de singular para coletiva. Contudo, no sistema vigente, a referida cumulação de penhoras sobre um mesmo bem não enseja a mudança da natureza singular da execução para a coletiva, e o que ocorre nessa situação descrita nos arts. 908 e 909 do CPC é apenas um incidente cognitivo, incrustado na fase final do procedimento executivo, prévio à entrega do dinheiro, que irá definir a ordem do pagamento do dinheiro arrecadado. Essa ordem de entrega do dinheiro leva em consideração a ordem de preferência estabelecida pela lei material e processual.

Assim, tanto a decisão que admite o concurso de credores quanto a que define a ordem de preferência no recebimento do crédito são agraváveis, porque resolvem questão incidente na relação jurídica processual executiva. Enquanto não resolvido esse incidente, o procedimento executivo fica paralisado (na verdade, obstado), pois primeiro deve ser definido qual o credor tem o direito de preferência para em seguida proceder à entrega do dinheiro.

5.3 Concurso de exequentes *versus* concurso de credores no processo de insolvência

O incidente processual gerado pelo concurso de preferências previsto nos arts. 908 e 909 do CPC tem lugar nas hipóteses de execução por quantia certa contra devedor solvente, não havendo de confundir com o concurso de credores ocorrido no processo de insolvência, nos casos de execução universal (art. 768 do CPC/1973).

É importante que fique bastante clara a diferença entre ambos os institutos, que, embora de origem comum, não podem ser confundidos.

Na execução singular, na qual tem lugar o instituto ora em estudo, pressupõe-se a existência de mais de uma penhora sobre um mesmo bem ou quando sobre este mesmo bem penhorado e alienado existam privilégios ou preferências instituídas antes da penhora.

Em outras palavras, significa que é preciso que exista um devedor que tenha sido executado (processo de execução ou cumprimento de sentença) por credores diversos, e que nessas execuções singulares diversas um mesmo bem do devedor foi penhorado mais de uma vez, quando então se verificará em qual execução a penhora foi anterior, para assim descobrir qual dos exequentes (ou credores com privilégio e preferência sobre o bem alienado) tem primazia (direito de preferência) no recebimento do dinheiro.

Como não existe, nessa hipótese dos arts. 908 e 909 do CPC, um processo de insolvência, porque o incidente tem lugar nos casos de execução contra devedor solvente, então se pressupõe que o patrimônio do executado seja bastante ou suficiente para “satisfação integral de todos os credores concorrentes; e, se isso realmente se der, não haverá, em regra, do ponto de vista prático, diferença muito considerável entre a situação do credor preferente e a dos restantes, reduzindo-se tudo a uma questão de prioridade na obtenção do mandado de levantamento, sem que haja, porém, *redução* na importância devida a cada credor por insuficiência dos meios de pagamento”.²³

É muito importante esse registro, porque o concurso de preferências não pressupõe que as dívidas do executado sejam antecipadas, já que não

existe nenhuma declaração judicial de insolvência e nenhum de seus efeitos (vencimento antecipado das dívidas, arrecadação de todos os bens suscetíveis de penhora, execução por concurso universal de credores).

Por isso, o incidente processual dos arts. 908 e 909 e ss. do CPC não pressupõe insolvência judicial declarada, e, portanto, não existe no incidente processual em estudo uma situação de antecipação de vencimento das dívidas do executado, de forma a gerar uma execução universal e arrecadação do patrimônio em uma massa única a ser partilhada para todos os credores, mediante a classificação e verificação dos créditos (art. 768 do CPC/1973).

Ora, então, o que existe no presente incidente é um concurso de exequentes e/ou credores que: a) exequentes que promoveram execuções contra um devedor comum a todos eles, e que o mesmo bem serviu de garantia para a satisfação de todos os créditos executados (mesmo bem com várias penhoras); e/ou b) sobre o bem penhorado e alienado existiam privilégios ou preferências legais anteriores à penhora. Nessas situações incidirá, mediante provocação na forma e modo legal, o concurso aludido nos arts. 908 e 909 do CPC.

5.4 Duas ou mais penhoras sobre o mesmo bem

Uma das hipóteses do concurso de exequentes/credores tem lugar nas situações em que um mesmo bem tenha sido penhorado em mais de uma execução, criando, assim, um direito de garantia para cada um dos respectivos credores-exequentes. Assim, em respeito a esse direito – que, segundo Alfredo Buzaid, constitui “um direito real sobre os bens penhorados, a exemplo do que dispõe o § 804 do Código de Processo alemão”²⁴ –, é que o legislador processual previu a regra desse incidente para recebimento do dinheiro obtido com a alienação do bem penhorado, que será decidido mediante o confronto temporal do nascimento da preferência adquirida por cada exequente com a penhora sobre o bem.

É importante ressaltar que, não obstante a execução singular ser realizada em benefício de um único credor (individual ou coletivo), não é impossível (senão até comum) acontecer de dois ou mais credores executarem ao mesmo tempo o mesmo devedor, vindo as penhoras respectivas a cada uma das execuções a incidir sobre o mesmo bem, o que os levará a disputar a prioridade (preferência) na satisfação do seu crédito com o valor obtido com a venda judicial do bem penhorado. Com isso, instala-se entre eles o que se denomina “concurso particular de preferência”, com a finalidade de obter um pronunciamento jurisdicional que decida sobre a ordem em que deverão ser satisfeitos os diversos créditos, de acordo com as respectivas prelações.

5.5 O exercício do direito de preferência

A redação do art. 905 é clara ao dizer que o juiz autorizará o levantamento da quantia a ser entregue sempre que “I – a execução for movida só a benefício do exequente singular, a quem, por força da penhora, cabe o direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados; II – não houver sobre os bens alienados outros privilégios ou preferências instituídos anteriormente à penhora”. E, segundo o que dispõe o art. 908 “havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências”. E, nos termos dos parágrafos seguintes, tem-se que, “no caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza *propter rem*, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência”. “Não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora”.

5.6 Objeto

O objeto de julgamento (mérito) do presente incidente processual é identificar, dentre os exequentes e/ou credores que penhoraram o mesmo bem do devedor nas suas respectivas execuções singulares, ou que tenham privilégios ou preferências legais anteriores à penhora, aquele que tem primazia no levantamento da quantia obtida com a arrematação do bem penhorado. Essa primazia se verifica pelo direito de preferência previsto na lei civil e na lei processual.

Assim, são várias as leis civis que estabelecem crédito com natureza privilegiada ou preferencial, destacando-se os créditos fiscais, os trabalhistas, os decorrentes de honorários advocatícios e de direito real de garantia (hipoteca, penhor ou anticrese) etc. Também a lei processual estabelece que a penhora – ato de constrição judicial – cria um direito de preferência para o credor exequente em relação à satisfação de seu crédito.

5.7 Legitimidade

São legitimados ativos para requerer o incidente os exequentes de outros processos/cumprimento de sentença que tenham penhorado o mesmo bem arrematado no processo em que foi arrecadado o dinheiro. Igualmente, também são legitimados os credores que possuam algum tipo de preferência ou privilégio sobre o bem alienado. A legitimidade passiva enseja a formação de litisconsórcio entre os todos os demais exequentes que penhoraram o mesmo bem arrematado ou credores com privilégio ou preferência.

5.8 Procedimento

O procedimento desse incidente processual inicia-se por provocação de qualquer credor-exequente nas condições descritas no art. 905, I e II.

Essa provocação se faz por petição simples, expondo-se as razões de fato e de direito que dão suporte ao direito de preferência. O prazo para

requerer o incidente – que está embutido no procedimento executivo – situa-se entre a arrematação e a entrega do dinheiro. Feito o pagamento, não existirá mais o momento para a realização do incidente.

Realizada a provocação por qualquer credor exequente, todos os demais credores-exequentes do mesmo bem penhorado deverão ser notificados (intimação do advogado) para impugnar a pretensão formulada no prazo de cinco dias, pois outro não foi estabelecido nos dispositivos que cuidam do incidente. Esgotado o prazo de impugnação e havendo questões de fato a serem resolvidas, o juiz designará audiência se necessário e, em seguida, decidirá o incidente.

Em relação ao incidente, é importante deixar claro que o tema objeto de discussão e debate é apenas o concurso de preferências sobre o produto obtido com a arrematação do bem penhorado. Não há espaço para qualquer outra discussão que não seja relativa à primazia do recebimento do crédito.

Outro aspecto digno de registro é que, nesse incidente, o executado não é convidado a participar, porque seu direito não está sendo discutido, falecendo interesse jurídico mesmo na intervenção do feito.

Por fim, é importante mencionar ainda que, uma vez instaurado o presente incidente processual, o procedimento executivo é impedido de ter prosseguimento, posto que, enquanto não identificada a ordem de recebimento do dinheiro, a referida quantia não poderá ser entregue.

Logo, não há, no rigor da palavra, uma “suspensão” do processo ou módulo executivo, mas sim uma paralisação causada por um obstáculo que precisa ser superado.

A resolução desse incidente processual se faz por meio de decisão interlocutória cuja finalidade é identificar qual dos requerentes tem a primazia no recebimento do dinheiro.

6. A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO

A satisfação do crédito exequendo far-se-á pela *entrega do dinheiro* ou pela *adjudicação do bem penhorado*. O dinheiro a ser entregue pode ser resultante da arrematação do bem penhorado ou pela apropriação de rendimentos e frutos de coisa móvel ou imóvel. Neste último caso, a entrega do dinheiro se faz de forma paulatina e não de uma só vez, como tende a ser no caso do produto da arrematação. Já a adjudicação de bem penhorado é tutela jurisdicional diversa da que foi inicialmente pretendida pelo exequente (dinheiro), ou seja, uma espécie de resultado prático equivalente.

Não sendo caso de concurso de exequentes ou de credores, já explicado no tópico anterior, “o juiz autorizará que o exequente levante, até a satisfação integral de seu crédito, o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados, bem como o faturamento de empresa ou de outros frutos e rendimentos de coisas ou empresas penhoradas” (art. 905, *caput*).²⁵ É de se lembrar que o NCPC veda a concessão de pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores ou de liberação de bens apreendidos.²⁶ Ao receber o mandado de levantamento, o exequente dará ao executado, por termo nos autos, quitação da quantia paga. Pagos ao exequente o principal, os juros, as custas e os honorários, a importância que sobrar será restituída ao executado (arts. 906 e 907 do CPC).

¹ Art. 878. Frustradas as tentativas de alienação do bem, será reaberta oportunidade para requerimento de adjudicação, caso em que também se poderá pleitear a realização de nova avaliação.

(...)

Art. 880. Não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.

Art. 881. A alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.

§ 1.º O leilão do bem penhorado será realizado por leiloeiro público.

§ 2.º Ressalvados os casos de alienação a cargo de corretores de bolsa de valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público.

Art. 882. Não sendo possível a sua realização por meio eletrônico, o leilão será presencial.

§ 1.º A alienação judicial por meio eletrônico será realizada, observando-se as garantias processuais das partes, de acordo com regulamentação específica do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2.º A alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

§ 3.º O leilão presencial será realizado no local designado pelo juiz.

² Basta imaginar um caminhão velho que seja objeto de penhora. Se o exequente é comerciante e utiliza o referido bem, pode lhe ser conveniente que, em vez de tentar obter uma quantia em um demorado procedimento de alienação, receba, desde logo, em adjudicação, o bem penhorado.

³ Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

§ 1.º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:

I – pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II – por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;

III – por meio eletrônico, quando, sendo o caso do § 1.º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos.

§ 2.º Considera-se realizada a intimação quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no art. 274, parágrafo único.

§ 3.º Se o executado, citado por edital, não tiver procurador constituído nos autos, é dispensável a intimação prevista no § 1.º.

§ 4.º Se o valor do crédito for:

I – inferior ao dos bens, o requerente da adjudicação depositará de imediato a diferença, que ficará à disposição do executado;

II – superior ao dos bens, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente.

§ 5.º Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incs. II a VIII, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado.

§ 6.º Se houver mais de um pretendente, proceder-se-á a licitação entre eles, tendo preferência, em caso de igualdade de oferta, o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem.

§ 7.º No caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada realizada em favor de exequente alheio à sociedade, esta será intimada, ficando responsável por informar aos sócios a ocorrência da penhora, assegurando-se a estes a preferência.

4 Os sócios da empresa são os maiores interessados em obter a adjudicação das cotas ou ações penhoradas, pois evitam que terceiro, alheio à sociedade, adquira os referidos direitos. Não é por acaso que existe a regra do art. 861 que diz que, “penhoradas as quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz assinará prazo razoável, não superior a 3 (três) meses, para que a sociedade: I – apresente balanço especial, na forma da lei; II – ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual; III – não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro. [...] § 5.º Caso não haja interesse dos demais sócios no exercício de direito de preferência, não ocorra a aquisição das quotas ou das ações pela sociedade e a liquidação do inc. III do *caput* seja excessivamente onerosa para a sociedade, o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas ou das ações”.

- ⁵ Essa modalidade de alienação não é estranha ao direito alienígena. Citem-se, por exemplo, a *venda por negociação particular* dos arts. 904 e 905 do CPC português ou ainda a *venda alheia à hasta pública (senza incanto)* descrita no art. 532 do CPC italiano (*vendita a mezzo di comissionario*).
- ⁶ No tocante ao *modus operandi* da alienação por iniciativa particular, permite o Código que os tribunais possam “editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação prevista neste artigo, admitindo, quando for o caso, o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos que 3 (três) anos” (art. 880, § 3.º).
- ⁷ Art. 880, § 4.º Nas localidades em que não houver corretor ou leiloeiro público credenciado nos termos do § 3.º, a indicação será de livre escolha do exequente.
- ⁸ Art. 881. A alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.
- § 1.º O leilão do bem penhorado será realizado por leiloeiro público.
- § 2.º Ressalvados os casos de alienação a cargo de corretores de bolsa de valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público.
- ⁹ Art. 883. Caberá ao juiz a designação do leiloeiro público, que poderá ser indicado pelo exequente.
- Art. 884. Incumbe ao leiloeiro público:
- I – publicar o edital, anunciando a alienação;
- II – realizar o leilão onde se encontrem os bens ou no lugar designado pelo juiz;
- III – expor aos pretendentes os bens ou as amostras das mercadorias;
- IV – receber e depositar, dentro de 1 (um) dia, à ordem do juiz, o produto da alienação; V – prestar contas nos 2 (dois) dias subsequentes ao depósito.
- Parágrafo único. O leiloeiro tem o direito de receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz.
- ¹⁰ Art. 882. Não sendo possível a sua realização por meio eletrônico, o leilão será presencial.
- § 1.º A alienação judicial por meio eletrônico será realizada, observando-se as garantias processuais das partes, de acordo com regulamentação específica do Conselho Nacional de Justiça. § 2.º A alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital. § 3.º O leilão presencial será realizado no local designado pelo juiz.

11 Compete ao juiz da execução estabelecer, antes de publicado o leilão público, o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias que poderão ser prestadas pelo arrematante (art. 885).

12 Art. 887 do CPC.

13 Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

[...]

II – considerada ineficaz, se não observado o disposto no art. 804;

[...].

14 Art. 890. Pode oferecer lance quem estiver na livre administração de seus bens, com exceção:

I – dos tutores, dos curadores, dos testamentários, dos administradores ou dos liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e à sua responsabilidade;

II – dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados;

III – do juiz, do membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, do escrivão, do chefe de secretaria e dos demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem ou a que se estender a sua autoridade;

IV – dos servidores públicos em geral, quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

V – dos leiloeiros e seus prepostos, quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados;

VI – dos advogados de qualquer das partes.

15 Não há necessidade de se fazer um auto para cada execução, quando o mesmo bem arrematado estava penhorado e servia a diversas execuções.

16 Art. 896. Quando o imóvel de incapaz não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e à administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano.

§ 1.º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em leilão.

§ 2.º Se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz impor-lhe-á multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo.

§ 3.º Sem prejuízo do disposto nos §§ 1.º e 2.º, o juiz poderá autorizar a locação do imóvel no prazo do adiamento.

§ 4.º Findo o prazo do adiamento, o imóvel será submetido a novo leilão.

¹⁷ É sábia a advertência do art. 903, § 6.º, que “considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem”.

¹⁸ Nesse sentido, o REsp 12.439/MG do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁹ REsp 625.322/SP, publicado no *DJ* de 14.06.2004, p. 184: “[...] 4. A natureza da arrematação, assentada pela doutrina e pela jurisprudência, afasta a natureza negocial da compra e venda, por isso que o adquirente de bem em leilão público não tem a garantia dos vícios redibitórios nem da evicção. 5. O arrematante lesado pode desfazer a arrematação, investir contra o devedor que se liberou com alienação juridicamente interdita ou voltar-se mesmo contra o credor que se pagou de modo indevido, mas jamais sub-rogar-se em crédito do processo de expropriação cuja própria execução ultimou-se com o pagamento do precatório. 6. Ao arrematante reserva-se o acesso à justiça amplo a evitar o locupletamento sem causa, podendo constringir o crédito do expropriado, em medida acautelatória que lhe garanta o pagamento *a posteriori*. Deveras, outra alternativa não se lhe reserva, por isso que o tribunal *a quo* bem decidiu ao assentar: ‘desapropriação. Indireta. Agravo de instrumento. Levantamento. Não se adquire por meio de arrematação em leilão público, realizada em execução contra o antigo proprietário, bem já entregue ao uso público, nem há sub-rogação apenas no crédito, depois de já exercido o direito à indenização e reconhecido por acórdão transitado em julgado, além de já satisfeito com o depósito, em cumprimento de precatório destinado ao autor da demanda. Negado provimento ao recurso, cancelado o efeito suspensivo. [...]”.

²⁰ Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

21 O art. 905, parágrafo único, prescreve importante regra de que, durante o plantão judiciário, veda-se a concessão de pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores ou de liberação de bens apreendidos.

22 Art. 868. Ordenada a penhora de frutos e rendimentos, o juiz nomeará administrador-depositário, que será investido de todos os poderes que concernem à administração do bem e à fruição de seus frutos e utilidades, perdendo o executado o direito de gozo do bem, até que o exequente seja pago do principal, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

§ 1.º A medida terá eficácia em relação a terceiros a partir da publicação da decisão que a conceda ou de sua averbação no ofício imobiliário, em caso de imóveis.

§ 2.º O exequente providenciará a averbação no ofício imobiliário mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Art. 869. O juiz poderá nomear administrador-depositário o exequente ou o executado, ouvida a parte contrária, e, não havendo acordo, nomeará profissional qualificado para o desempenho da função.

§ 1.º O administrador submeterá à aprovação judicial a forma de administração e a de prestar contas periodicamente.

§ 2.º Havendo discordância entre as partes ou entre essas e o administrador, o juiz decidirá a melhor forma de administração do bem.

§ 3.º Se o imóvel estiver arrendado, o inquilino pagará o aluguel diretamente ao exequente, salvo se houver administrador.

§ 4.º O exequente ou o administrador poderá celebrar locação do móvel ou do imóvel, ouvido o executado.

§ 5.º As quantias recebidas pelo administrador serão entregues ao exequente, a fim de serem imputadas ao pagamento da dívida.

§ 6.º O exequente dará ao executado, por termo nos autos, quitação das quantias recebidas.

23 José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense. p. 253.

24 Alfredo Buzaid. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. n. 22. Registre-se que, no parágrafo citado do ZPO alemão, as alíneas 1.ª e 2.ª asseveram que “pela penhora adquire o credor um direito de garantia pignoratícia sobre as coisas embargadas”, que acaba sendo equiparado ao direito decorrente do penhor contratual; já na alínea 3.ª apresenta a exegese que foi adotada pelo nosso CPC, de que “o direito

de garantia por penhora anterior terá preferência sobre o derivado de uma penhora posterior”.

²⁵ O art. 905 usa a expressão “dinheiro depositado para segurar o juízo”. A rigor, a segurança do juízo não é mais requisito para o oferecimento das oposições do executado (impugnação e embargos), e só haveria que falar nessa figura (segurança do juízo) quando o executado pretenda obter efeito suspensivo à respectiva oposição, caso em que não só deve garantir o juízo, como ainda demonstrar a plausibilidade do direito e a necessidade da medida urgente para evitar dano irreparável ao seu direito.

²⁶ Art. 906, parágrafo único. “A expedição de mandado de levantamento poderá ser substituída pela transferência eletrônica do valor depositado em conta vinculada ao juízo para outra indicada pelo exequente.”

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E PROCESSO
DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA:
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (PROVISÓRIO E
DEFINITIVO) E O PROCESSO DE EXECUÇÃO**

1. INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas de direito público possuem, em todas as ramificações do direito, um regime jurídico repleto de peculiaridades (limites e prerrogativas) que decorrem de dois princípios ou postulados básicos insculpidos na CF/1988. São os princípios da “supremacia do interesse público sobre o privado” e da “legalidade”.

Tais postulados funcionam, a um só tempo, como pressupostos e fins da atuação do Poder Público nas diversas searas do direito. Por conta disso, esses princípios acabam criando, nas diversas áreas de atuação do Poder Público, nos âmbitos administrativo, judiciário ou legislativo, uma série de regras especiais que tanto podem assumir o papel de “limites” como de “prerrogativas” da Fazenda Pública.

Assim, são exemplos de limites as restrições existentes à celebração de contratos pela Administração Pública, e, por sua vez, são exemplos de prerrogativas o poder desapropriatório, a impossibilidade de usucapir bem público, as regras especiais para alienação de bem público que depende de

autorização legislativa etc. Enfim, todos esses “limites” ou “prerrogativas têm suporte nos dois postulados constitucionais que foram mencionados *supra*: supremacia do interesse público sobre o privado e princípio da legalidade”.

É justamente essa a fonte das chamadas “prerrogativas da Fazenda Pública em juízo”, que correspondem, pelo menos na teoria, a uma série de posições processuais, ativas e passivas, que o legislador processual outorgou à Fazenda Pública, na expectativa de assim atender à supremacia do interesse público e ao princípio da legalidade.

Basta uma rápida passada de olhos sobre o CPC para observar que nos quatro cantos do Código o legislador se fartou de criar prerrogativas para a Fazenda Pública – e quase nenhum limite –, que muitas vezes tornam-se verdadeiros privilégios com inegável colorido absolutista e cheiro inconfundível de inconstitucionalidade. Críticas à parte, a Fazenda Pública tem a seu favor, dentre inúmeras prerrogativas, a vantagem de executar e de ser executada, nas obrigações de pagar quantia, por um regime jurídico processual bastante especial. Por isso, quando “executa” a obrigação de pagar quantia, a regra especial é estabelecida pela Lei Federal 6.830/1980. No entanto, quando ocupa o papel de “executado” na execução por quantia certa que contra si é movida, submete-se ao regime especial do art. 100 da CF/1988, c/c os arts. 534 (cumprimento de sentença) e 910 (processo de execução) do CPC. É destes que cuidaremos neste capítulo.

2. REGIMES EXECUTIVOS ESPECIAIS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

O Código de Processo Civil prescreve para as prestações de pagar (dar) quantia um regime executivo de “expropriação” dos bens do executado; para as prestações de entrega (dar) de coisa que não seja dinheiro, o Código oferta a execução por “desapossamento” da coisa em

poder do executado; e para as prestações de fazer e não fazer, a execução por “transformação” com intuito de obter o resultado do fazer ou não fazer.

Como foi dito no tópico anterior, existe um regime jurídico processual especial *in executivis* para a Fazenda Pública quando ela se encontra no polo ativo ou passivo da execução de uma obrigação de pagar quantia. Quando é exequente de uma obrigação de pagar quantia o regime jurídico é o previsto na Lei 6.830/1980, que se encontra fora do CPC. É conhecida como Lei de Execução Fiscal. Já quando ocupa o polo passivo de uma obrigação de pagar quantia, o regime jurídico é estabelecido pelo art. 100 da CF/1988,¹⁻² combinado com os arts. 534 e 910 do CPC. No primeiro caso, trata-se de cumprimento de sentença para pagar quantia contra a Fazenda Pública. No segundo caso, cuida-se de processo de execução para pagamento de quantia contra a Fazenda Pública.

Assim, nas execuções por desapossamento e por transformação, a Fazenda submete-se ao regime normal do Código de Processo Civil como se fosse um cidadão comum, e, portanto ao cumprimento de sentença e ao processo de execução para a satisfação das obrigações específicas.

3. RAZÃO DO REGIME ESPECIAL DOS “PRECATÓRIOS” CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Não é de todo correto falar em “execução” contra a Fazenda Pública, porque “execução” propriamente dita não há, uma vez que nenhum ato de sub-rogação é praticado nessa modalidade de “execução”. Os bens que compõem o patrimônio público são legalmente impenhoráveis, e a sua alienação depende de um regime legal específico, em que uma lei específica deverá desafetá-los da função pública, e, com a devida autorização legislativa específica, poderão ser alienados (arts. 100 e 101 do CC, c/c a Lei 8.666/1992).

Pelo que descreve o art. 100 da CF/1988, não se admitem penhora e expropriação dos bens fazendários, devendo o pagamento do crédito devido pela Fazenda Pública ser feito por intermédio dos ofícios requisitórios, denominados “precatórios judiciais”.

É político-constitucional a razão pela qual se impedem “a penhora e a expropriação” dos bens da Fazenda Pública. Cabe ao legislador definir sobre a alienação dos bens públicos, e uma eventual “expropriação” feita pelo “Poder Judiciário” feriria o princípio da legalidade, podendo causar um choque de funções entre os Poderes do Estado.

Entretanto, não é só: caso isso fosse possível, poderia haver um descontrole nas expropriações judiciais, e, como se sabe, há normas jurídicas que determinam como deve ser o uso dos bens públicos, que poderia ser prejudicado com as “expropriações judiciais”.

Tem-se aí uma prerrogativa do Poder Público, estabelecida no texto maior, e, por isso mesmo, só admite exceções se estas estiverem previstas no próprio texto, tal como se vê no § 3.º do próprio art. 100 da CF/1988.

Frise-se, mais uma vez, que, nas outras modalidades de tutela satisfativa (fazer e não fazer e entrega de coisa) que não envolvem “expropriação”, a Fazenda se submete ao mesmo regime do cidadão comum, e, por isso mesmo, às mesmas técnicas de coerção e provimentos mandamentais.

4. CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO PREVISTO NO ART. 100 DA CF/1988 C/C OS ARTS. 534 E 910 DO CPC

4.1 Execução fundada em título judicial ou extrajudicial

Como o art. 100 da CF/1988 usa a expressão “sentença judiciária” para designar o título executivo que enseja a execução contra a Fazenda

Pública, em um primeiro momento acreditava-se que apenas o título judicial poderia fundamentar a execução contra ela. Argumentava-se que apenas as execuções com controle jurisdicional prévio (processo de cognição) é que permitiriam a dita execução, sustentando-se ainda na regra de que o duplo grau obrigatório seria uma das justificativas para que o título fosse judicial. Todavia, a jurisprudência sedimentou corretamente no sentido ampliativo, na medida em que não lê na expressão “sentença judiciária” uma vedação aos títulos extrajudiciais contra a Fazenda Pública – o que é uma vitória, considerando-se o intocável campo das prerrogativas da Fazenda Pública.³

Os argumentos favoráveis ao cabimento de execução de créditos fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública fundamentam-se em algumas premissas. Uma delas é de que o texto constitucional não fala em “sentença de mérito”, afastando, portanto, a restrição de que ali estaria incluída apenas a sentença condenatória, e, portanto, admitindo que a sentença que rejeita os embargos da Fazenda também serviria como título executivo.

Outro aspecto é que o fato de o título ser extrajudicial não altera a inexistência de qualquer constrição prévia aos bens da Fazenda, já que não se impõe contra a Fazenda nenhuma medida sub-rogatória na execução que lhe seja oposta, e a execução é feita igualmente por precatórios.

Por fim, argumenta-se que a prerrogativa do duplo grau obrigatório não teria sido usurpada em razão de que a improcedência dos embargos do executado também levaria à mesma consequência da exigência do duplo exame obrigatório.

4.2 O regime jurídico dos precatórios

Independentemente da natureza do título que embasa a execução contra a Fazenda Pública para pagamento de quantia, sempre incidirá a regra de que o crédito pecuniário devido pela Fazenda Pública se submete ao regime dos precatórios judiciais, nos termos do art. 100 da CF/1988.

Assim, depois de iniciado o processo de execução ou o cumprimento de sentença, e superadas as oposições oferecidas pela Fazenda Pública, caberá à parte interessada requerer ao juiz que este requisite o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente.

Ficam fora dessa regra os créditos de “pequeno valor”, nos termos do § 3.º do art. 100 da CF/1988: “O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda federal, estadual, distrital ou municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

A lei mencionada no dispositivo é a Lei Federal 10.259/2001, que assim dispõe sobre o pagamento de créditos de pequeno valor, no art. 17: “Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de 60 dias, contados da entrega da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório”.

Então, excluída a hipótese de requisição de pequeno valor (RPV), depois de a parte requerer ao juiz e este requerer ao presidente do tribunal, este irá requisitar à Fazenda Pública executada. Tal requisição tem o nome de precatório judicial. Obviamente, depois de superados os obstáculos processuais e findo o cumprimento de sentença e o processo de execução, esse procedimento de requisição do precatório perante o Presidente do Tribunal tem índole administrativa, e não cabe a este rever o conteúdo do título, mas apenas corrigir erros materiais (valores maiores ou menores), nos termos do art. 1.º-E da Lei 9.494/1997, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 2.180-35.⁴

Assim, cabe ao presidente do tribunal⁵ competente requisitar o pagamento à Fazenda devedora, e apenas os erros materiais deverão ser por ele consertados. Logo, as eventuais discussões envolvendo o precatório, tais

como o não cumprimento da decisão pela Fazenda (desobediência), atualização de valor e pedido de precatório complementar, deverão ser decididas pelo juiz da causa.

É óbvio – e infelizmente comum ao extremo – que o retardamento no cumprimento do precatório normalmente gera uma defasagem monetária entre o valor que o credor deveria receber e o valor efetivamente recebido, ainda que o § 5.º do art. 100 da CF/1988 determine que os precatórios terão seus valores atualizados monetariamente na época do pagamento. Nesses casos, poderá ser solicitado o saldo remanescente ao juiz, que abrirá um incidente executivo a ser resolvido por simples decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento, sendo descabido falar em remessa necessária ou em embargos do executado para impugnar a decisão do juiz que resolver esse incidente. Não se trata de um novo precatório, mas de simples complementação do saldo devido.

Assim, reza o § 5.º do art. 100 da CF/1988 que é “obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes dos precatórios judiciais apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão os seus valores atualizados monetariamente”.

Uma vez reservadas as referidas verbas orçamentárias para pagamento dos precatórios, prescreve o § 6.º do art. 100 que as ditas dotações e os créditos abertos serão “consignados diretamente ao Poder Judiciário” nas suas repartições competentes.

No momento devido, o pagamento será feito ao credor na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito (art. 100, § 6.º).

A “ordem de apresentação do precatório” não corresponde à ordem em que o mesmo é requisitado ao presidente do tribunal nem à ordem cronológica em que este requer o pagamento à Fazenda, mas sim a quando o precatório é por este inscrito no orçamento. Essa ordem de apresentação

do precatório é cronológica, e, em decorrência disso, acaba por surgir uma “lista em fila cronológica de apresentação dos precatórios”, na qual cada um terá direito de receber o seu crédito na respectiva ordem de preferência. Excetuam-se dessa lista ou ordem os débitos de natureza alimentícia, que acabam formando uma lista à parte só para os créditos dessa natureza, tal como determina o § 1.º do art. 100 da CF/1988.⁶

O pagamento deve ser feito cumprindo-se, rigorosamente, a regra de preferência estabelecida pela ordem dos precatórios. A quebra dessa ordem, com pagamento a credor em posição posterior (com a quebra do direito de precedência), levará ao credor preterido a possibilidade, excepcional e restrita a essas hipóteses, de requerer ao presidente do tribunal que determine, depois de ouvido o procurador-geral de justiça, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito, nos termos do art. 100, § 2.º, da CF/1988.⁷

Esse “sequestro” não corresponde, genuinamente, ao sequestro conservativo previsto nas medidas provisórias cautelares do CPC, pois a medida contida no art. 100 da CF/1988 tem finalidade satisfativa (não cautelar) e, ainda por cima, não guarda as mesmas características do sequestro disposto nas medidas provisórias do CPC.

Nem há propriamente um arresto, porque, como se disse, pretende-se a satisfação do débito. Ainda assim, desprezando a preocupação conceitual, questiona-se de que forma seria exercido o pedido de sequestro e quem deverá ocupar o polo passivo desse requerimento. Certamente, a figura em foco é de natureza executiva, e deve ser requerida por simples petição, formando um incidente à execução da qual ele se refere. A quantia a ser sequestrada deveria ser exatamente aquela que originou a inversão do precatório e, no polo passivo, deveria estar o credor indevidamente beneficiado pelo pagamento com preterição. Todavia, a jurisprudência admite que recaia sobre renda da Fazenda Pública em quantia suficiente

para satisfazer o crédito exequendo, e, nesse caso, o contraditório será por ela mesma exercido.

5. PROCEDIMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA POR QUANTIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O regime jurídico da tutela satisfativa contra a Fazenda Pública está determinado no art. 100 da CF/1988. No Código de Processo Civil constam regras e técnicas processuais que gravitam em torno do que determina a CF/1988.

Alguns dispositivos do *cumprimento de sentença para pagamento de quantia contra a Fazenda Pública* merecem alguma reflexão.

O primeiro aspecto é deixar claro que não é possível falar em expropriação forçada e, portanto, nenhuma regra referente aos atos de sub-rogação ou coerção tem aplicabilidade contra a Fazenda Pública, simplesmente porque ela tem um regime próprio de adimplir o crédito exequendo.

Por isso, não há que falar em *remição*, tampouco na multa do art. 523, § 1.º, já que a Fazenda não poderia adimplir no prazo daquele dispositivo, entre tantas regras processuais que passam ao largo dessa espécie de execução.

No requerimento executivo deve o credor – e, se houver mais de um, todos eles – instruir tal petição com a memória discriminada do cálculo, que deverá conter (art. 534): I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; o índice de correção monetária adotado; os juros aplicados e as respectivas taxas; o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Uma vez recebido o requerimento inicial e dado início ao cumprimento de sentença, então a Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

É claro, portanto, que a Fazenda Pública não é intimada do requerimento executivo para pagar ou nomear bens à penhora, porque os bens fazendários são impenhoráveis e o pagamento depende de dotação e previsão orçamentária dos créditos devidos pela Fazenda.

Por isso, ela é intimada do cumprimento de sentença para no prazo de 30 dias opor a sua impugnação do executado nos próprios autos, nos termos do art. 535 do CPC. Sendo parcial a impugnação, sobre a parte incontroversa poderá prosseguir o cumprimento de sentença.⁸

Caso a Fazenda alegue em sua defesa o *excesso de execução*, então deverá declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada: I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal; II – por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de dois meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

Todas as demais regras do art. 525 se aplicam à Fazenda Pública no que for cabível.

6. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Por imperativo constitucional não é possível o cumprimento provisório da decisão que impõe à Fazenda Pública o dever de pagar quantia. A verdade é que pensamos que não é possível a execução provisória por créditos, e não só por causa da redação da Lei 9.494/1997, art. 2.º-B (com a redação da Medida Provisória 2.180-35), que expressamente fala que, na sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, a execução somente será possível após o trânsito em julgado.

Outro fundamento decorre do próprio art. 100 da CF/1988, e, mais precisamente, do § 1.º, em que se lê, expressamente, que os créditos alimentares dependem de que a sentença tenha sido transitada em julgado. Ora, se os créditos alimentares sofrem essa restrição, não parece legítimo que outros (de natureza menos importante) não sofram.⁹ Ademais, considerando-se que o pagamento dos créditos seja feito por precatórios judiciais, que deverão constar de dotação orçamentária expressa e previamente prevista em lei para isso, não se admite um tipo diferente de “precatório provisório”.

Considerando-se ainda que não exista penhora de bens públicos, questionar-se-ia: qual a vantagem de uma execução provisória, se não há necessidade de garantia do juízo contra a Fazenda Pública?

Por tais razões, entendemos não ser cabível a execução provisória de créditos contra a Fazenda Pública, dadas as limitações do art. 100 da

7. PROCEDIMENTO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O CPC reservou um pequeno dispositivo – art. 910 – para tratar do processo de execução para pagamento de quantia contra a Fazenda Pública. Segundo ele:

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1.º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2.º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3.º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535.

Por se tratar de execução fundada em título extrajudicial, os embargos da Fazenda Pública podem versar sobre qualquer matéria que poderia ser alegada numa contestação.

O prazo para oferecimento dos embargos é o mesmo, ou seja, são 30 dias, mas, como no processo de execução há uma relação jurídica processual nova, então será citada a Fazenda para embargar no referido prazo.

Nos termos do regime jurídico do art. 100 da CF/1988, apenas depois de transitada em julgado a sentença que rejeitar os embargos da Fazenda Pública, ou caso estes não sejam opostos, é que será determinada a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.¹⁰

Ainda, por serem os embargos uma faculdade da Fazenda Pública, nada impede que promova depois do prazo dos embargos, caso não tenha interposto essa oposição, uma ação autônoma que pretenda declarar a inexistência da relação jurídica obrigacional supostamente contida no título executivo.

-
- ¹ Há exceções ao regime do art. 100 da CF/1988, que, obviamente, estão previstas na CF/1988. Uma é o pagamento da indenização “prévia e em dinheiro” nas desapropriações movidas pelo Poder Público (art. 5.º, XXIV, da CF/1988, c/c o Decreto-lei 3.365/1941), e outra corresponde às execuções de quantia consideradas de pequeno valor previstas no art. 100, § 3.º, da CF/1988, que acabou sendo regulamentada pela Lei 10.259/2001.
- ² A Lei Federal 5.021/1966 não cria propriamente um regime jurídico diverso de execução por quantia contra a Fazenda Pública, mas permite que, nos casos previstos nessa lei, o mandado de segurança – remédio típico para a obtenção de uma prestação *in natura* – funcione como uma ação de cobrança (condenatória) em relação às parcelas pretéritas à efetivação da segurança. Também nesse caso submete-se à regra do art. 100 da CF/1988.
- ³ A Súmula 279 do STJ consolidou que “é cabível a execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”. Certamente aí estaria incluída a obrigação de pagar quantia, pois é justamente nesse caso (art. 100 da CF/1988) que reside a celeuma contra os títulos extrajudiciais.
- ⁴ Nesse sentido, o STJ (Primeira Turma, REsp 385.413-0/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 19.12.2002), ao afirmar que: “Os embargos à execução constituem meio de impugnação incabível contra a conta de atualização apresentada pelo exequente para a expedição de precatório complementar, sob pena de enxertar-se uma infinidade de processos de execução para um único processo de conhecimento, perpetuando-se, assim, a dívida da Fazenda Pública.
- ⁵ Segundo o art. 100, § 7.º, da CF/1988, incide em crime de responsabilidade o presidente do Tribunal que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular do precatório.
- ⁶ Art. 100, § 1.º, da CF/1988: “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundados na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.
- ⁷ “[...] III – A Egrégia Primeira Turma desta Corte tem afirmado a impossibilidade de sequestro de verbas públicas, exatamente em face das disposições peremptórias do art. 730 do CPC. IV – ‘Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa,

está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730, e CF, art. 100), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante sequestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis' (REsp 784.188/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 14.11.2005). V – Recurso especial provido.”

- 8 Havendo preclusão processual de parcela devida pela Fazenda Pública (parte incontroversa da demanda), da qual não caiba mais recurso, parece-nos ser permitida a execução definitiva da mesma, pois à preclusão máxima poderia ser aplicado regime jurídico de trânsito em julgado, mormente se se tratar de capítulos diferentes de uma demanda em que tenha havido cumulação de pedidos. Nesse sentido, ver o excepcional voto do min. Luiz Fux, ao dizer que: “Processual civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Efeitos infringentes. Impossibilidade. (Execução provisória de valores incontroversos. Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000. Trânsito em julgado. Possibilidade.) 1. Assentando o arresto recorrido que: 1. É cediço que, na obrigação de pagar quantia certa, o procedimento executório contra a Fazenda é o estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC que, em se tratando de execução provisória, deve ser compatibilizado com as normas constitucionais. 2. Os §§ 1.º, 1.º-A, ambos com a redação da EC 30, de 13.9.2000, e 3.º do art. 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. 3. A Corte Especial decidiu nos Embargos de Divergência, em Recurso Especial 721.791/RS, de relatoria do Ministro Ari Pagendler, que restou vencido, tendo o Ministro José Delgado sido designado para lavrar o acórdão, no sentido de ser possível a expedição de precatório da parte incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública. 4. Naquela oportunidade, manifestei o seguinte posicionamento, precursor da divergência acolhida pela Corte: Como se trata de parcela incontroversa, efetivamente, dela sequer cabe recurso. Se não cabe recurso é porque a decisão transitou em julgado; não há controvérsia sobre isso. Por um lado, confesso que tenho severas dificuldades de admitir que uma decisão de mérito não transita em julgado enquanto não acabar o processo que tratará de outra questão completamente diferente. Por outro lado, também sempre foi cediço no Tribunal o fato de que a sentença sujeita à apelação dos embargos não retira a definitividade da execução tal como ela era na sua origem. Se ela era definitiva, continua definitiva; se era provisória, continua provisória. Por fim, em uma conversa lateral com a Ministra

Nancy Andrighi, verifiquei que, na prática, bem pode ocorrer que, muito embora a parcela seja incontroversa, haja oferecimento de embargos protelatórios, completamente infundados, exatamente com o afã de impedir a expedição de precatório complementar. Observe V. Exa. que é a causa de uma luta já antiquíssima de um funcionário público para receber uma parcela que o próprio Superior Tribunal de Justiça entendeu devida e incontroversa. O fato de o resíduo ser eventualmente controvertido não pode infirmar a satisfação imediata do direito da parte, mas, em virtude do princípio da efetividade do processo, peço vênias para abrir a divergência. Conheço dos embargos de divergência, mas os rejeito. 5. Inadmitir a expedição de precatórios para aquelas parcelas que se tornaram preclusas e, via de consequência, imodificáveis, é atentar contra a efetividade e a celeridade processual. 6. Destarte, *in casu*, a execução não definitiva não implica risco ao executado, restando prescindível a garantia. Precedentes: REsp 182.924/PE; recurso especial, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11.03.2002; REsp 30.326/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 28.09.1998”.

9 Excluem-se desse contexto as causas de pequeno valor, cujo pagamento não se faz por precatório, sendo em tese possível admitir a execução provisória fundada na urgência da execução.

10 Tratando-se de execução por créditos contra a Fazenda Pública que enseja ao credor a apresentação de memória de cálculo, nos termos do art. 910 do CPC, deve-se dizer que, por se tratar de pagamento de quantia que sairá dos cofres públicos, poderá o juiz, antes da citação, que os valores sejam calculados pelo contabilista do juízo; poderá o juízo inclusive, dada a natureza dos bens indisponíveis, caso os embargos não sejam ofertados (ou sejam intempestivos), não determinar a imediata requisição de precatórios, como aparentemente se poderia imaginar em razão da redação do art. 910 do CPC, sob pena de que a inércia da Fazenda poderia gerar absurdos inomináveis em detrimento do dinheiro público. Por se tratar de dinheiro público, no caso de inércia da Fazenda Pública ou dúvida do magistrado, deverá este determinar que os valores sejam calculados pelo contador do juízo ou outro órgão que lhe faça as vias, e só depois disso aplicará a regra do art. 910 dentro dos limites e *quantum* que apurar dessa investigação.

Capítulo XIII

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA¹

1. INTRODUÇÃO

Tarefa árdua é o estudo da execução da prestação alimentícia. Nem tanto pela execução em si mesma, mas principalmente pelo fato de que há uma enorme confusão legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, que em geral fornecerá o título que permitirá a execução da referida obrigação alimentícia. Para tanto, em um primeiro momento decantaremos as origens do dever de prestar alimentos. Em seguida, passaremos ao estudo relativo às modalidades de execução da prestação alimentícia.

2. O CRÉDITO ALIMENTAR (CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS)

Todos têm direito à vida (art. 5.º da CF/1988), sendo este um valor inviolável, como sói dizer a norma constitucional citada. Ora, partindo desse raciocínio, o “direito à subsistência” é corolário daquilo que podemos chamar de direito à vida. Portanto, além de garantir o direito à vida, a Constituição procurou também proteger não só esse direito, na medida em

que estabeleceu a tutela de outros direitos que permitissem a efetivação do bem maior: vida. Assim, tutelou o meio ambiente, a família, a infância, o lazer, a segurança, a informação, o desporto etc., que se constituem ora como direitos essenciais, ora como um *plus* ao direito à vida, ou seja, algo que lhe dê qualidade e sentido lógico, pois não haveria de admitir apenas a proteção da sobrevivência, mas, ainda, a sobrevivência digna, como estabelece o art. 1.º, III, da CF/1988.

Ainda constitucionalmente falando, procurou-se assegurar a proteção do trabalho, incluindo-o como direito social difuso, dispondo que todos têm o direito de possuir um trabalho, e que, além de todas as benesses que pode trazer ao homem, cultural e socialmente falando, o trabalho constitui a mais importante “fonte de subsistência” do ser humano, pois é com o produto do seu trabalho que ele deveria, em tese, manter a si e a sua família, permitindo-lhe exercer todos os direitos sociais que propiciam não só existir, mas viver com qualidade.

Todavia, existem situações em que uma pessoa não pode prover a sua subsistência, e, justamente por isso, o direito não descuidou da sua tutela, espraiando o seu tratamento e proteção a essas pessoas que não conseguem prover o seu sustento, pelo vínculo de parentesco, matrimônio, legal, convencional etc.

Assim, quando se fala em “obrigação alimentícia” (o direito a alimentos), por qualquer dos vínculos que o direito admite, precisamos delimitar o sentido que a palavra alcança. Partindo daí, e na esteira preconizada por Clóvis Beviláqua,² temos que a noção e o conceito vulgar de alimentos não encontram similitude com o conceito jurídico dado ao vocábulo. Por isso, podemos dizer que, além da acepção fisiológica do termo, “alimentos”, para o direito, compreende não só isso, mas tudo o que for necessário à manutenção do indivíduo, dentro daquela concepção constitucional em que não só a sobrevivência estaria tutelada, mas a vida com qualidade.

Se é assim, os alimentos podem ser divididos em “naturais ou necessários” (alimentação, vestuário, habitação) e “civis ou cômmodos” (educação, instrução, assistência). Portanto, os primeiros relacionam-se com tudo o que disser respeito à necessidade básica do alimentado (alimentando). O segundo, por sua vez, concerne a tudo o que lhe trará um *plus*, que é a proteção da sua qualidade de vida, permitindo, com isso, “retomar o patamar que se reputa desejável à recuperação e à conservação do seu *status* social”.

Diante desse amplo conceito de alimentos, eles podem ser classificados quanto à sua causa:

- ✓ Legítimos: os devidos por força de lei.
- ✓ Testamentários: instituídos por disposição de última vontade.
- ✓ Convencionais: instituídos por estipulação negocial inter vivos.
- ✓ Judiciais: estabelecidos por decisão judicial.

A doutrina civilista aponta,³ ainda, as seguintes características inerentes ao direito aos alimentos, ou, melhor dizendo, ao direito decorrente da “obrigação de alimentar”. São elas:

- ✓ Necessidade: quando o suposto credor de alimentos não pode prover (nem por bens nem pelo trabalho ou fonte de renda) a sua manutenção. É irrelevante o porquê da impossibilidade, se é por causa da menoridade, caso fortuito, prodigalidade, falta de emprego etc.
- ✓ Possibilidade: parece um pressuposto lógico, pois só pode prestar alimentos quem não necessita de alimentos.
- ✓ Proporcionalidade: os alimentos serão fixados levando-se em consideração as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentado, ou seja, na proporção das necessidades do credor e das possibilidades do devedor de alimentos.

- ✓ Personalíssimo: os alimentos possuem a finalidade de garantir o sustento, portanto a vida com qualidade (côngruos). Justamente por esse caráter de necessidade, relacionado com a vida, possui regime jurídico de direito de “ordem pública”. Portanto, não pode ser renunciado (irrenunciável), que muito se difere do não exercício do direito. Não pode ser cedido (incessibilidade), pois o crédito é inerente à pessoa. Sendo o direito aos alimentos imprescritível (que se difere das prestações vencidas) e impenhorável, dado que se destina ao sustento, não recai sobre ele a penhora, salvo para pagamento de dívidas alimentícias.

3. ALIMENTOS E A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, os alimentos podem ser legais ou voluntários. Para identificarmos se legais ou necessários, é condição *sine qua non* que saibamos a *ratio essendi* do vínculo que cria o dever de alimentos.

3.1 *Ratio essendi* da relação jurídica material alimentícia

3.1.1 *Parentesco*

É a própria Constituição Federal que determina ser a relação de parentesco uma das razões de existência da obrigação alimentícia. Diz o art. 227 da CF/1988: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização...”. Adiante, determina o art. 229 da Carta Magna: “Os pais têm o dever de assistir, criar

e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Assim, nem precisaríamos citar os arts. 1.694 e ss. do Código Civil, ou ainda o art. 20 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA – Lei 8.069/1990), pois a própria Lei Maior determinou que o vínculo de parentesco é pressuposto para o dever de alimentar, seja no grau descendente, seja no grau ascendente.

Problema maior reside quando não se tem, ainda, a certeza do parentesco, e o indivíduo necessita de alimentos para sua manutenção. A Lei 8.560, de 29.12.1992, veio regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Para tanto, restou expressamente determinado no seu art. 7.º que, para os casos de reconhecimento judicial da paternidade (já que no art. 1.º há outras formas de reconhecimento), sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite. Portanto, como veremos, essa norma não impede que sejam devidos alimentos antes da sentença (provisionais), apenas estabelecendo que é obrigatória a sua fixação na sentença de primeiro grau quando esta for favorável à concessão de alimentos.

3.1.2 *Matrimônio*

Já dispunha o quase centenário Código Civil que são deveres dos cônjuges a mútua assistência (art. 226, § 5.º, da CF/1988), além do sustento, guarda e educação dos filhos (art. 231, III e IV, do CC revogado, e arts. 1.694 e 1.703 do CC atual). Aliás, já dizia o próprio art. 19 da Lei 6.515/1977 (de divórcio) que o cônjuge responsável pela separação judicial deverá prestar ao outro, se necessitar, uma pensão a ser fixada pelo juiz. Assim, aqui também a natureza alimentícia possui a obrigação existente.

Todavia, o problema maior não ocorre quando estamos diante da dissolução de um casamento, mas sim de uma união estável, pois, como

sabemos, foi a própria Constituição Federal que pretendeu a equiparação da união estável com o casamento, consoante determinou o art. 226, § 3.º. Inicialmente, com a Lei 8.971/1994, já se tinha o reconhecimento do direito a alimentos para os filhos havidos dessa sociedade, como bem determinava o art. 1.º dessa lei, obviamente, se demonstrada a existência de união estável. Entretanto, a Lei federal 9.278/1996 regulou o tema, regulamentando o art. 226, § 3.º, da CF/1988, e espancando as dúvidas que ainda existiam com relação à união estável, agora denominada entidade familiar.

Deixa-se a denominação concubinos para serem conviventes (homem e mulher); há a exigência da convivência duradoura (sem prazo preestabelecido, que será fixado pela jurisprudência); deve ser pública e contínua a relação e com a finalidade de constituição de uma família. Resta estabelecido no art. 2.º dessa lei que são direitos e deveres iguais dos conviventes a assistência moral e material recíproca, além do que determina o art. 7.º quando diz que, dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nessa lei será prestada por um dos conviventes àquele que dela necessitar, a título de alimentos (Lei 9.278/1996). Assim, na medida em que equiparada ao casamento, a união estável também confere o direito à percepção de alimentos.

3.1.3 *Voluntários*

Alimentos voluntários são aqueles que são convencionados pelas partes, gerando efeitos nos limites do que foi avençado. Também desse vínculo negocial decorre o direito de perceber alimentos.

3.1.4 *Ressarcitórios (ato ilícito)*

O dever de prestar alimentos pelo autor do ato ilícito à vítima ou aos seus dependentes decorre da conjugação do art. 186 c/c o art. 948 do CCB.

Esses alimentos decorrentes do ato ilícito não se confundem com o benefício previdenciário denominado “pensão por morte”, pois eles têm natureza indenizatória, o que não impede que sejam cumulados.

O débito alimentar decorrente de ato ilícito guarda diferenças com os alimentos devidos pelo vínculo familiar. Assim, por exemplo, “segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito” (HC 182.228/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 01.03.2011, *DJe* 11.03.2011). Outra diferença reside no fato de que no direito de família os alimentos podem ser alterados caso as condições financeiras do alimentante ou do alimentado se modifiquem com o tempo, dando ensejo à possibilidade de *revisão da prestação* alimentícia. Tratando-se de alimentos indenizatórios, essa possibilidade não existe.

4. EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

4.1 Considerações gerais

A execução da prestação alimentícia nada mais é do que uma execução para pagamento de quantia (execução por expropriação), só que com regras especiais em relação ao modelo comum previsto no Código de Processo Civil.

Essas “regras especiais” estão na Carta Magna (art. 5.º, LXVII), nos arts. 528 e ss. e 911 e ss. do CPC e ainda em alguns dispositivos da Lei 5.478/1968.

Tais “regras especiais” referem-se a técnicas de expropriação diferenciadas, técnica de coerção da prisão civil, procedimento processual executivo diferenciado etc., variando a incidência de cada técnica de acordo com a situação jurídica material apresentada.

Assim, tratando-se de alimentos revelados em título executivo judicial, o Código de Processo Civil disponibiliza o *cumprimento de sentença* provisório (inclusive na forma de tutela provisória urgente) ou definitivo,⁴ bem como o *processo de execução* quando se tratar de alimentos previstos em título executivo extrajudicial.

Não é muito comum a utilização do processo de execução para recebimento dos alimentos pelo simples fato de que é absolutamente atípica a situação de alguém que decida, de forma convencional e sem vínculos de parentesco ou familiar, o compromisso de prestar alimentos a um terceiro.

A situação corriqueira é que os alimentos sejam devidos em razão de uma relação familiar ou decorrente de indenização. E, quanto às familiares, ou porque são exigidas partindo da premissa de que já existe o reconhecimento prévio dessa relação de direito material (casamento, filiação etc.), ou porque tal relação (união estável ou filiação) foi reconhecida em juízo, em que também se reclama a tutela alimentícia.

4.2 Cumprimento de sentença da prestação de alimentos e a aplicação subsidiária ao processo de execução

No que concerne à execução por quantia certa para a prestação de alimentos fundadas em título judicial, é preciso fazer alguma digressão.

O CPC prevê os arts. 528-533, que têm por objeto o “cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos”, deixando claro que tanto o regime do título provisório quanto o definitivo se submetem a esse regramento.

Tratando-se de título executivo judicial haurido em ação de alimentos que segue o rito da Lei 5.478/1968, o art. 1.072, V, do CPC revogou os arts. 16-18 da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, de forma que

as técnicas expropriatórias da referida lei estão, agora, compatíveis com a do CPC.

É de dizer ainda que os arts. 911 e ss., que cuidam do processo de execução da prestação alimentícia (fundado em título extrajudicial), determinam que, superada a fase postulatória dessa modalidade de execução, segue-se no que couber nos §§ 2.º a 7.º do art. 528, que tratam do cumprimento de sentença da prestação de alimentos.

4.3 Técnicas executivas aplicáveis à execução da prestação alimentícia

4.3.1 Introito

O legislador (constitucional e processual) oferta variadas técnicas executivas a serem aplicadas na efetivação do crédito alimentício, e sua aplicação varia de acordo com a situação jurídica material e processual em jogo. Podem ser arroladas as seguintes técnicas executivas: técnica da coerção pela prisão civil do executado; técnica da coerção pela multa processual a ser aplicada pela unidade de tempo (dia, mês etc.); técnicas sub-rogatórias de desconto em folha, adjudicação de bem penhorado, usufruto de imóvel ou bem móvel, alienação por iniciativa particular ou em hasta pública. A aplicação de cada uma dessas técnicas irá variar de acordo com a situação jurídica processual ou material que esteja em jogo.

4.3.2 O desconto em folha

A técnica processual executiva do desconto em folha é uma medida processual sub-rogatória e pode ser utilizada no cumprimento de sentença⁵ ou no processo de execução.⁶

Embora o legislador não tenha dito, parece-nos claro que a técnica do desconto em folha precede à utilização da técnica coercitiva, pois sempre

que possível será mais eficaz para o exequente e menos onerosa para o executado.

Todavia, só é possível a sua utilização quando se tratar de devedor funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, caso em que o juiz mandará (ordem) descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

É, pois, uma técnica que serve ao pagamento das prestações vencidas e vincendas com alguma diferença em relação à sua eficácia e regime jurídico para um e outro caso (vencidas e vincendas).

Tratando-se de parcelas vincendas, independentemente da origem do título executivo, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

No entanto, se for o caso de parcelas vencidas, a regra do art. 528, § 3.º, que serve também ao processo de execução, determina que, “sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do *caput* deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos”. O limite total, portanto, dos vincendos com o desconto dos vencidos não pode ultrapassar 50%, devendo sempre privilegiar essa forma para os vincendos. Assim, por exemplo, se restar fixado em decisão judicial o dever de prestar alimentos no valor de 40% do salário, então o que já constituir débito alimentar (vencido) só poderá ser descontado, mês a mês, na proporção de 10% do salário do alimentante, já que as parcelas vincendas

comprometerão 40% do respectivo salário a ser descontado em folha de pagamento.

É de recordar que o art. 833, IV, do CPC prevê a impenhorabilidade dos “os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2.º”.

Todavia, prescreve o § 2.º desse mesmo artigo que “o disposto nos incs. IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8.º, e no art. 529, § 3.º”.

Logo, o desconto em folha coaduna-se com a exceção prevista no § 2.º do art. 833 do CPC.

4.3.3 *Constituição de capital para pagamento de indenização por ato ilícito*

A técnica processual do art. 533 do CPC destina-se a *constituir capital como garantia da prestação alimentar decorrente de indenização por atos ilícitos*. Não se aplica a qualquer outra modalidade de alimentos, ou seja, seu vínculo é indenizatório, que, regra geral, deverá ser lastreada em títulos executivos judiciais.

Essa técnica não pode ser determinada de ofício pelo juiz, ou seja, deve haver requerimento da parte em favor de quem serão prestados os alimentos por expressa dicção do art. 533 do CPC.⁷

Dada a importância da prestação de alimentos e considerando as variabilidades e incertezas econômicas que possam colocar em risco o cumprimento da obrigação alimentar indenizatória, o legislador prescreve a

constituição de capital para essa modalidade de prestação alimentícia. Enfim, a finalidade dessa técnica é assegurar para o futuro o cumprimento da obrigação pelo devedor do pagamento do valor mensal da pensão.

O capital a ser constituído advém do patrimônio do executado, que, embora continue a ter o seu domínio, estará sujeito ao regime de inalienabilidade para o executado e impenhorabilidade para os demais credores, e assim perdurará enquanto durar a obrigação do devedor. Esse capital será representado por bens imóveis, títulos da dívida pública, e, segundo a novidade introduzida pelo dispositivo em comento, *aplicações financeiras em banco oficial*.

Como diz o dispositivo, é mister que o capital constitua renda que sirva ao pagamento mensal das prestações alimentícias. Portanto, quando o texto fala em imóveis, títulos da dívida pública e aplicações financeiras em bancos oficiais, deve restar claro que tudo isso só será útil se e somente se puder constituir renda que assegure o pagamento mensal da pensão alimentícia.

Talvez fosse melhor se o legislador não tivesse discriminado qual o objeto do capital a ser constituído, deixando ao alvedrio do juiz a escolha do melhor meio para se formar renda mensal que satisfaça a pensão alimentícia, pois, dependendo da aplicação financeira, o seu resgate pode não ser mensal. Ademais, os títulos da dívida pública nem mesmo são aceitos pelo Poder Público nas execuções de dívidas ativas. Assim, embora não citados, é perfeitamente possível que bens imóveis e semoventes (máquinas/carros e animais) possam fornecer a renda necessária ao pagamento mensal da pensão alimentar, mas nem por isso foram comentados no dispositivo.

O dispositivo permite que o capital constituído seja substituído pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade

econômica. Mas o que vem a ser *empresa de notória capacidade econômica*?

O conceito é vago e exigirá um trabalho de interpretação, analisando o juiz cada caso concreto, pois a capacidade de a empresa suportar um aumento na sua folha de pagamento (com a inclusão do exequente) deverá ser apreciada segundo o valor das pensões, o lucro e a contabilidade da empresa. Não se tem aí um conceito fixo, devendo ser razoavelmente analisado em cada caso concreto, sob pena de o magistrado criar um risco de endividamento da empresa, e, por conseguinte, com essa decisão, criar problemas sociais irreversíveis para a empresa e seus funcionários.

O novo dispositivo admite também que a constituição de capital poderá ser substituída, a requerimento do próprio devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. Não nos parece que tal dispositivo tenha muitas vantagens práticas, porque tanto a fiança bancária quanto a garantia real devem obedecer ao que está prescrito no *caput* do dispositivo, ou seja, devem servir para o pagamento mensal da pensão alimentícia. Se para isso não servir, deve-se questionar a utilização da garantia real ou da fiança bancária. Outro aspecto que precisa ser questionado diz respeito à regra de que o juiz *arbitrará de imediato* o valor da garantia real a ser prestada. Ora, já comentamos em diversas ocasiões sobre a necessidade de contraditório na prestação de caução, pois só assim conseguirá obter elementos bastantes para arbitrar um valor adequado e suficiente à satisfação do crédito exequendo.

Sendo a prestação de alimentos uma relação jurídica continuativa, está sujeita a alterações ao longo do tempo. É possível que o executado não tenha (ou tenha mais) condições econômicas de continuar prestando alimentos na proporção fixada, e, nesse caso, existirá uma causa justa para que a forma de prestar seja revista (aumentadas ou diminuídas as parcelas) pelo juiz, mediante requerimento da parte interessada. É, no fundo, um

pedido de revisão, não do valor cuja indenização já foi fixada, mas da forma de seu cumprimento.

Se houver a cessação do dever de prestar alimentos, então o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas pelo devedor.

4.3.4 A técnica da prisão civil

4.3.4.1 Noções preliminares

Verdadeira exceção à regra de que o patrimônio é a garantia geral das obrigações contraídas pelo devedor, a prisão civil do devedor de alimentos encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Tal instituto não tem por escopo punir o devedor por aquilo que teria feito ou deixado de fazer, mas, bem pelo contrário, possui a sua finalidade distante da mencionada: decreta-se a prisão civil do devedor com o intuito de pressioná-lo a pagar, isto é, adimplir a prestação alimentícia. Dessa forma, apesar de a lei processual se referir a pena, não deve ser assim considerado.

Fazendo um esforço histórico de índole constitucional, tínhamos na Constituição anterior, em seu art. 153, § 17, a previsão da prisão civil do devedor das prestações de alimentos: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

Já na Constituição atual temos o seguinte preceito contido no art. 5.º, LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Grande foi a alteração entre o texto constitucional anterior e o atual, pois é clara a vontade do legislador constituinte de tratar a prisão civil por dívida como algo excepcional, no exato sentido que invoca a necessidade de que o descumprimento da prestação alimentícia seja voluntário e

inescusável. Há de dizer ainda que a prisão civil pode ser decretada em qualquer caso de não pagamento de alimentos, fundados em título judicial (provisório ou definitivo) e extrajudicial,⁸ não admitida apenas nos casos de alimentos devidos em razão de ato ilícito.⁹

No CPC a regra do art. 911, parágrafo único, deixa dúvidas quanto à possibilidade de utilização da prisão civil pelo débito alimentar fundada em título extrajudicial, pois a expressão “no que couber” não esclarece se as regras dos §§ 2.º a 7.º do art. 528 são aplicáveis.

A tendência, como mostra o aresto citado anteriormente e mais recente, é a de que, quando os alimentos estão previstos em título executivo extrajudicial a partir de um reconhecimento feito perante um órgão público, como a defensoria pública ou o ministério público, e seja derivada de uma relação de família, parece-nos que a técnica da prisão civil possa ser utilizada. Ou seja, excluem-se da prisão civil aqueles casos fundados em título extrajudicial em que a obrigação de alimentar deriva de liberalidade de terceiro sem vínculo familiar.

4.3.4.2 Competência para decretar a prisão civil

Conforme foi dito anteriormente, como a prisão civil é meio de coerção, a regra da competência é a do juízo em que se processa o cumprimento de sentença ou o processo de execução, ou seja, é competente para decretar a prisão o juízo em que se processa a tutela satisfativa dos alimentos, pois se trata de medida executiva coercitiva no curso do procedimento executivo ou de cumprimento de sentença.

Se for caso de precatória, somente o juiz deprecante é que poderá decretar a prisão, pois, sendo um mero cumpridor da carta precatória, é defeso ao juiz deprecado determinar a prisão do devedor de pensão alimentícia e fixar o respectivo prazo.

4.3.4.3 Decretação da prisão

O art. 528, § 3.º, do CPC determina que, “se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1.º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

É clara a regra do dispositivo no sentido de que, uma vez provocado o magistrado da tutela satisfativa dos alimentos, não haverá mais nenhuma necessidade de formular novo pedido apenas para decretação da prisão, ou seja, poderá o magistrado fazer de ofício, desde que verificadas as condições impostas no referido dispositivo legal.

Dentre esses requisitos, o requerimento expresso do pedido de prisão *não* é um deles. Há de se lembrar que a prisão civil é meio de coerção a ser utilizado pelo magistrado para dar efetividade ao pagamento da prestação alimentícia, portanto um direito fundamental relacionado à existência da pessoa.

Certamente que a prisão civil é residual ao desconto em folha, porque esta é técnica que permite a efetivação do direito de forma menos gravosa ao executado.

4.3.4.4 Alimentos pretéritos e prisão civil

Segundo a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”. Nesse mesmo sentido prescreve o § 7.º do art. 528 ao afirmar que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Concordamos com o alvitre dado pelo Superior Tribunal de Justiça e reconhecido pelo CPC porque ele conseguiu temperar o uso da medida extrema – prisão civil – para os casos ou situações que realmente são justificados pela urgência.

Se os alimentos são pretéritos, em tese, embora credor da quantia não paga, o exequente pôde se alimentar, ainda que tenha sido com máxima dificuldade. Para o Superior Tribunal de Justiça, a urgência dos alimentos que justifica a prisão deve ser atual e potencial, e não em relação aos débitos que passaram e se sedimentaram no tempo. O acerto da súmula, segundo pensamos, está em dar um tratamento especial à prisão civil, colocando-a em uma posição de destaque e excepcional na execução de alimentos, e assim evitando que a medida seja desvirtuada da sua função coercitiva para punitiva.

4.3.4.5 Prazo e regime jurídico da prisão

O art. 528 regulamenta o prazo e o regime jurídico da prisão civil do devedor de alimentos. Ao revogar os artigos que tratavam do tema na Lei 5.478/1968, é no CPC que a matéria passa a ser regulamentada. Consoante o art. 528, § 3.º, o prazo é de um a três meses e a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. Determina o dispositivo que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas, e, uma vez paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

4.3.4.6 Do protesto do título judicial

O art. 517 do CPC permite que a sentença transitada em julgado seja objeto de protesto sempre que o exequente assim desejar, e somente depois de ultrapassado o prazo do art. 523, sem que o devedor cumpra espontaneamente a obrigação.

Enquanto no art. 517 o protesto judicial é ato que depende da voluntariedade do exequente, no caso da prestação de alimentos o legislador prevê que, se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for

aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1.º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses.

4.3.4.7 O procedimento do cumprimento de sentença e do processo de execução

O cumprimento de sentença ou de decisão interlocutória para efetivação da prestação de alimentos inicia por requerimento do exequente,¹⁰ devendo conter a memória discriminada do cálculo do que for devido. Em seguida, o executado será intimado *pessoalmente* para, em três dias: a) pagar o débito; b) provar que o fez; ou c) justificar a impossibilidade de fazê-lo.

É de notar que a intimação é pessoal justamente porque, dependendo da conduta do executado, o juiz decretará a sua prisão civil, o que seria inadmissível caso a intimação fosse feita pelo seu advogado.

Caso o executado, no prazo referido no *caput*, não efetue o pagamento, não prove que o fez ou não apresente justificativa da impossibilidade de realizá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517. Portanto, verifica-se que o protesto da decisão exequenda é medida coercitiva de ofício determinada pelo juiz, fato que na hipótese do art. 517 não acontece, justamente em razão da importância do bem tutelado.

Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1.º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses.

Essa justificativa mencionada no art. 538 não substitui a impugnação do executado, que tem sua incidência nos termos do art. 525 do CPC. Trata-se, na verdade, de uma defesa com matéria restritíssima e que deverá ser de plano decidida pelo juiz da causa.

Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e ss. do CPC.

Tratando-se de processo de execução, este se inicia por petição inicial devidamente fundamentada com a memória descritiva dos cálculos, e o devedor será citado para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o realizou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Tudo o que foi explicado para o cumprimento de sentença vale também para o processo de execução, exceto a regra do protesto que é exclusiva para os títulos judiciais.

4.3.4.8 As técnicas do procedimento comum para pagamento de quantia (penhora e demais atos expropriatórios)

Já dissemos que nem sempre a opção do desconto em folha é algo possível de ser realizado pelo exequente, pois é necessário que o devedor perceba salários ou remunerações mensais para que efetivamente possa ser executado o referido desconto. Assim, seja porque infrutífera ou impossível essa técnica sub-rogatória, então o direito processual, embasado na Carta Magna, excogita a possibilidade da medida coercitiva da prisão civil do devedor.

Contudo, essa medida só pode ser realizada se o débito alimentar compreender até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Uma vez que tenha sido preenchido o requisito mencionado, ainda é possível que a técnica da prisão civil não seja efetivada, pois pode ser que o próprio credor de alimentos não deseje que o procedimento para a cobrança de alimentos contemple a prisão civil.¹¹ Basta imaginar, por exemplo, um ex-cônjuge que não quer que o pai de seus filhos, um trabalhador autônomo,

fique preso e por isso requeira o início da execução pela regra do Livro, Título II, Capítulo III do CPC.

Nessa hipótese, o procedimento deverá seguir o trâmite de uma execução por quantia certa contra devedor solvente, com a realização da penhora de bens do executado, seguindo a prioridade do art. 835 do CPC, em que o primeiro bem da lista é o dinheiro, e que poderá ser penhorado segundo as regras do art. 854. Não sendo penhorado dinheiro, poder-se-á penhorar qualquer bem que nele possa ser convertido, não sendo lógico nesse caso admitir a adjudicação do bem penhorado.

Todas as parcelas vencidas que não sejam anteriores às três prestações anteriores ao ajuizamento da demanda poderão seguir esse rito comum.

4.3.4.9 A conduta procrastinatória do executado e o crime de abandono material

O dever de prestar alimentos àquele que os necessita foi tratado com a devida importância pelo NCPC, que não pretende admitir aquelas tantas situações em que o sujeito não apresenta bens, não faz o pagamento da parcela mensal, mas ao mesmo tempo continua a ter, ostentar e até usufruir uma vida que não condiz com tal atitude. Para tanto, além dos meios normais e típicos de se obter a satisfação do crédito alimentar, agora o NCPC inovou ao prever no art. 532 que, verificada a postura procrastinatória do executado, o magistrado deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

-
- ¹ Sebastião Luiz Amorim. A execução da prestação alimentícia e alimentos provisionais – prisão do devedor. *RT*, 558/28; Yussef Said Cahali. *Dos alimentos*. 2. ed. São Paulo: RT, 1993; Athos Gusmão Carneiro. Ação de alimentos. *RT*, 516/14; Amílcar de Castro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 8; Luiz Flávio Gomes. Prisão civil por dívida alimentar. *RT*, 582/09; José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989; Theotônio Negrão. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1993; Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor comentados*. São Paulo: RT, 1994; Eduardo Alberto de Moraes Oliveira. A prisão civil na ação de alimentos. *RT* 514/18; Teresa Arruda Wambier. *Agravo de instrumento*. São Paulo: RT, 1993; Patrícia Miranda Pizzol. Tese de Mestrado. São Paulo: PUC, 1996; Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. X; Humberto Theodoro Júnior. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 2.
- ² Clóvis Beviláqua. *Direito de família*. § 78. No mesmo sentido, Pontes de Miranda. *Direito de família*, § 163 etc.; Nery; Nery. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor comentados*. São Paulo: RT, 1994. p. 802.
- ³ Orlando Gomes. *Direito de família*. n. 207; Caio Mário da Silva Pereira. *Direito de família*. p. 275; Lafayette. *Direito de família*. § 133; entre outros. Alguns civilistas condicionam o requisito da involuntariedade ao da necessidade, por exemplo, não existindo o direito aos alimentos quando, voluntariamente, se desfez da fortuna que possuía. Todavia, não é a corrente dominante.
- ⁴ A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados. O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença (§§ 1.º e 2.º do art. 531).
- ⁵ Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.
- § 1.º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2.º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3.º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do *caput* deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

6 Art. 912. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia.

§ 1.º Ao despachar a inicial, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

7 Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1.º O capital a que se refere o *caput*, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4.º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário mínimo.

§ 5.º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

8 A possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos lastreada em título executivo extrajudicial não é pacífica na jurisprudência. Nesse sentido, os seguintes arestos: “[...] 1. Execução de alimentos lastreada em título executivo extrajudicial, consubstanciado em acordo firmado perante órgão do Ministério Público (art. 585, II, do CPC [de 1973]), derivado de obrigação alimentar em sentido estrito – dever de

sustento dos pais a bem dos filhos. 2. Documento hábil a permitir a cominação de prisão civil ao devedor inadimplente, mediante interpretação sistêmica do art. 19 da Lei 5.478/1968 e art. 733 do Estatuto Processual Civil [de 1973]. A expressão ‘acordo’ contida no art. 19 da Lei 5.478/1968 compreende não só os acordos firmados perante a autoridade judicial, alcançando também aqueles estabelecidos nos moldes do art. 585, II, do Estatuto Processual Civil [de 1973], conforme dispõe o art. 733 do Código de Processo Civil [de 1973]. Nesse sentido: REsp 1.117.639/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 20.05.2010, *DJe* 21.02.2011. 3. Recurso especial provido, a fim de afastar a impossibilidade apresentada pelo Tribunal de origem e garantir que a execução alimentar seja processada com cominação de prisão civil, devendo ser observada a previsão constante da Súmula 309 desta Corte de Justiça” (REsp 1285254/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 04.12.2012, *DJe* 01.08.2013); “*Habeas corpus*. Título executivo extrajudicial. Escritura pública. Alimentos. Art. 733 do Código de Processo Civil [de 1973]. Prisão civil. 1. O descumprimento de escritura pública celebrada entre os interessados, sem a intervenção do Poder Judiciário, fixando alimentos, não pode ensejar a prisão civil do devedor com base no art. 733 do Código de Processo Civil [de 1973], restrito à ‘execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais’. 2. *Habeas corpus* concedido” (HC 22.401/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 20.08.2002, *DJ* 30.09.2002, p. 253).

⁹ *Habeas corpus*. Alimentos devidos em razão de ato ilícito. Prisão civil. Ilegalidade. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida (HC 182.228/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 01.03.2011, *DJe* 11.03.2011).

¹⁰ Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio (art. 528, § 9.º).

¹¹ Nesse sentido, o § 8.º do art. 528 ao dispor que: “O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação”.

Parte III

**Incidentes e processos incidentais
conexos à execução**

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

1. INTRODUÇÃO

As crises de cooperação (entrega de coisa, fazer e não fazer e pagar quantia) exigem que o Estado oferte dois tipos de atividades ao jurisdicionado, cognitiva e executiva, que delas se socorrerá toda vez que estiver com uma pretensão insatisfeita.

Assim, seja pelo acesso direto à tutela executiva, seja nos casos em que esta é precedida ou sucedida pela tutela cognitiva, é condição *sine qua non*, por razões práticas e lógicas, que a atuação da norma concreta (tutela executiva) só aconteça quando todos (e somente) os elementos do direito exequendo estejam presentes.

Tem sabor de obviedade, mas não custa dizer que não seria possível realizar no plano prático, nem provisória nem definitivamente, uma norma jurídica ainda incompleta ou quase completa. A falta de alguns elementos do direito exequendo impede a realização da atuação jurisdicional executiva. Ademais, só quando estiverem presentes os “elementos subjetivos” (o titular ativo e passivo do direito exequendo) e os “objetivos” (se é devida a obrigação e o que é devido ou o quanto é devido), é que poderá ter início a tutela executiva.

É justamente para os casos em que a norma jurídica está quase completa, enfim, para as situações em que nela existe uma incompletude de algum(ns) de seu(s) elemento(s), que existe a atividade jurisdicional liquidatória. Essa atividade é de natureza cognitiva, porém o objeto do conhecimento é parcial do ponto de vista horizontal, pois se restringe à obtenção do elemento faltante na norma jurídica quase concreta. O uso da atividade jurisdicional liquidatória de forma destacada e isolada é absolutamente anormal, pois a regra prevista no CPC é de que a norma jurídica concreta seja revelada em um só momento, em respeito à regra da concentração da sentença. Normalmente, não se biparte a fase cognitiva em dois momentos, que é, v.g., o que ocorre na liquidação da sentença.

2. LIQUIDAÇÃO E NORMA JURÍDICA (QUASE) CONCRETA

Por outro lado, o leitor poderia perguntar-se como e por que seria possível falar em “norma jurídica concreta” se, afinal de contas, não está completamente “concreta”. Realmente, não é exato falar em “norma jurídica concreta” se alguns de seus elementos não forem identificados, enfim, se alguns dos itens do aspecto objetivo ou do aspecto subjetivo da norma individualizada (quase individualizada) não estiverem completamente identificados.

Assim, se existe essa incompletude, é sinal de que a tarefa de identificação ou formulação da norma jurídica concreta que revelará o “direito exequendo” ainda não está acabada, devendo socorrer-se ainda de uma atividade cognitiva que terá por desiderato a identificação do(s) elemento(s) que estiver(em) faltando na norma jurídica quase completa.

Portanto, é possível que os títulos judiciais, provisórios ou definitivos, necessitem de duas fases ou momentos cognitivos para revelar a norma concreta. Seria como dizer que a revelação dos elementos objetivos e subjetivos do direito corporificado no título não é feita no mesmo momento,

mas em mais de uma etapa cognitiva, e, por isso mesmo, só quando tiver sido superado esse segundo momento é que a norma jurídica estará realmente concreta e, assim, viabilizará a tutela executiva.

É de se observar uma impropriedade da expressão mencionada no Capítulo XIV do Livro I da Parte Especial, já que a liquidação é da obrigação e não da sentença, motivo pelo qual poderá recair sobre provimento interlocutório, sentença ou acórdão.

No entanto, é importante frisar que, ao fazer referência à liquidação “de sentença”, o legislador deixou muito claro que esse procedimento é restrito aos títulos judiciais. Os títulos extrajudiciais em que faltar algum elemento objetivo ou subjetivo da obrigação certamente não serão *títulos executivos*, portanto sem força executiva porque faltaria algum elemento, tal como a liquidez da obrigação corporificada no documento extrajudicial. Nesses casos, o procedimento liquidatório não servirá para integrar o título executivo, porque, a rigor, este não possui a referida eficácia, justamente porque inexistia, no momento de sua concepção, a identificação de todos os elementos do direito que nele está retratado.

Trocando em miúdos, ou o título executivo extrajudicial revela uma obrigação que contém todos os elementos, e, por isso, está adequado a iniciar uma tutela executiva, ou então lhe falta algum elemento e não deve ser considerado um título executivo, sendo um mero documento que poderá dar início a um procedimento monitório ou a uma ação condenatória.

Apenas as sentenças ilíquidas se submetem a uma fase de liquidação.

3. LIQUIDAÇÃO E PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE DA DEMANDA

As razões pelas quais o legislador repartiu em momentos ou fases distintas e sucessivas a revelação da norma jurídica concreta nas crises de cooperação estão estampadas em dispositivos excepcionais, porque a

própria atividade liquidatória, assim realizada de forma destacada, é algo excepcional.

É importante que fique bem claro que a divisão de momentos ou fases para identificar uma norma jurídica concreta não constitui a regra normal adotada pelo Código, que utilizou a regra da concentração da sentença, na qual todos os elementos da norma individualizada devem estar ali identificados. A regra geral é que a revelação da norma concreta seja feita de uma só vez, em uma só etapa. Entretanto, como se vê, há casos, por exemplo, em que a situação jurídica do direito material não permite, naquele momento em que a crise será levada ao Judiciário, a identificação de todos os seus elementos.¹

É possível, por exemplo, que o dano causado por alguém ainda não possa ser medido em toda a sua extensão, e tal fato só seja possível de quantificar em momento posterior à propositura da demanda (art. 324, § 1.º, III, do CPC).²

Ora, como se sabe, é o autor que fixa o objeto litigioso, e, após a citação do réu, vigora o princípio da estabilidade da demanda (partes, pedido e causa de pedir, art. 329 do CPC),³ de forma que não seria lícito ao autor, no curso desta, ampliar o pedido ou a causa de pedir, já que o sistema impõe regra que veda tais alterações após determinado momento ou estágio procedimental.

Diante desse aspecto, e considerando que ainda incide no processo civil a regra da adstrição do pedido à demanda (art. 492 do CPC),⁴ reconhece-se que existe um óbice legal que impede que, em tais casos – de propositura de demanda com um pedido genérico, art. 324 do CPC –, após a propositura dessa demanda, seja acrescido aspecto que não esteja veiculado na petição inicial (ou na petição de aditamento, quando for possível). Tais situações são, de fato, excepcionais, e, por isso mesmo, são tratadas assim no CPC, em que se lê, no art. 324, quais são as hipóteses em que o

legislador admite que a norma jurídica concreta seja revelada em duas etapas distintas (condenação genérica + liquidação).

Nesse dispositivo em seus respectivos incisos, existe a previsão legal de permitir que o autor deduza pedido certo, porém ainda não completamente determinado, mas determinável em momento posterior à obtenção da sentença. Quando isso ocorrer, o autor vitorioso deverá dar início a uma nova fase ou módulo cognitivo da mesma relação jurídica processual.

É de dizer que, além dessas hipóteses impostas pelo direito material, o legislador admite que, por razões ligadas ao processo (a economia processual e a razoável duração do processo), possam permitir que seja dada uma sentença ilíquida, mesmo com o pedido certo e determinado. É o que se observa no art. 491, II, *in verbis*: “na ação relativa à obrigação de pagar quantia [...] II – a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença [...]”.⁵

Portanto, essa nova fase cognitiva tem a finalidade de completar ou integrar o elemento faltante da norma jurídica “quase” concreta. Essa é, pois, a atividade cognitiva de liquidação, que poderá ser realizada para tornar líquido um provimento final ou interlocutório, sejam eles definitivos ou provisórios.

4. O OBJETO DA LIQUIDAÇÃO

A atividade jurisdicional de liquidação tem lugar, excepcionalmente, quando a norma jurídica *quase* concreta (já estão identificados a quem se deve, quem deve e se é devido) precisa ainda individuar *o que* se deve,⁶ ou *o quantum* é devido na crise de cooperação.⁷ Nesse passo, é o que dizem os incisos do art. 324, § 1.º, do CPC, ao enunciarem que o pedido poderá ser genérico quando: I – nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II – não for possível determinar, desde logo, as

consequências do ato ou do fato; III – a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Certamente que, pelo princípio da adstrição do pedido à sentença, se na propositura da demanda o autor fez uso de um dos incisos do art. 324 do CPC, então, decerto, a sentença deverá ser igualmente genérica. É o que diz, com alguma imprecisão técnica, o art. 492 do CPC. Mais excepcionalmente ainda, nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, é possível que a identificação recaia não só sobre o objeto devido (o que ou o *quantum*), mas também sobre o próprio titular do direito coletivamente tutelado (arts. 97 e ss. do CDC).

É importante registrar que a reforma processual de 1994 extinguiu a desnecessária liquidação por cálculo do contador, que se reduziu à simples elaboração de planilha de cálculos que deve ser apresentada pelo exequente no ajuizamento da petição inicial. Isso porque a antiga liquidação por cálculo servia apenas para realização de cálculos aritméticos de dados e elementos constantes do provimento condenatório que, repita-se, não era “genérico”.

Por isso, a função da realização do cálculo foi repassada ao exequente, e o executado deverá impugnar o eventual excesso pela via da impugnação do executado, devendo ele também trazer sua planilha caso faça a impugnação do valor (art. 525), lembrando que, pela redação do art. 524, §§ 3.º, 4.º e 5.º, “quando a elaboração do demonstrativo depender de dados em poder de terceiros ou do executado, o juiz poderá requisitá-los, sob cominação do crime de desobediência”. Ou ainda, “quando a complementação do demonstrativo depender de dados adicionais em poder do executado, o juiz poderá, a requerimento do exequente, requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência”. E, por fim, “se os dados adicionais a que se refere o § 4.º não forem apresentados pelo executado, sem justificativa, no prazo designado, reputar-

se-ão corretos os cálculos apresentados pelo exequente apenas com base nos dados de que dispõe”.

Também é possível, pela regra dos §§ 1.º e 2.º do art. 524, que o juiz ao receber o requerimento inicial e antes de prosseguir com o cumprimento de sentença (art. 523), desconfiando de eventual excesso dos cálculos apresentados pelo exequente em seu requerimento inicial, remeta o processo ao contabilista do juízo para que ele o auxilie (em prazo não superior a trinta dias, exceto se outro lhe for determinado) e aponte qual o correto demonstrativo, que poderá ser ou não acolhido pelo exequente, de forma que, se o valor apontado no demonstrativo aparentemente exceder os limites da condenação, a execução será iniciada pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base a importância que o juiz entender adequada.

Tendo em vista a possibilidade de que o cumprimento de sentença se inicie por iniciativa do devedor (art. 526),⁸ fato que se mostra deveras incomum, é possível que o devedor promova o cumprimento de sentença, ou o que se denominava de *execução às avessas*. Assim, tendo em vista essa esdrúxula possibilidade, o legislador permite, por expressa dicção do art. 509 do CPC, que o próprio devedor dê início à fase liquidatória, se não for o caso de mera memória discriminada dos cálculos à semelhança do art. 524, para encontrar a quantia que for devida, e, assim, dar início ao cumprimento de sentença.

Em tais casos, o devedor iniciará o *cumprimento de sentença*, mas, curiosamente, o titular do crédito, intimado para se manifestar, poderá alegar “escassez de execução”, devendo apresentar o valor que lhe pareça correto também fundamentado em memória ou planilha de cálculo, se não for hipótese de liquidação por arbitramento ou procedimento comum.

5. LIQUIDAÇÃO PELA INDIVIDUAÇÃO DO OBJETO (ART. 324, I)

Como dito anteriormente, existe, regra geral, uma correspondência lógica entre o processo e o direito material, de forma que este impõe as regras processuais que sejam adequadas à sua tutela.

Exatamente por imposição do direito material, deve haver uma ligação entre o art. 324 e a necessidade de liquidar uma condenação cujo pedido seja nos termos desse artigo. É que, nesse caso, o legislador permite que o pedido formulado seja genérico, não porque fosse uma opção ao autor, mas simplesmente porque o direito material impõe essa condição. Todos os três incisos do art. 324 referem-se a situações impostas pelo direito material, caso em que a sentença proferida também será genérica, precisando, pois, ser liquidada para futura execução.

Em tese, para todas as hipóteses contempladas no art. 324 (os três incisos) deveria haver uma correspondente ligação ou conexão com o instituto da liquidação da sentença. Assim, como no art. 324 fala-se em impossibilidade de individuar os bens demandados (inc. I) e o “*quantum* devido” (incs. II e III), era de esperar que houvesse no Código uma previsão de liquidação para todas as hipóteses.

E dita ligação existia porque o antigo (revogado) art. 603 do CPC original previa que a liquidação poderia ser para determinar o valor da condenação ou individuar o objeto, absorvendo, pois, as hipóteses contempladas no atual art. 324 e seus respectivos incisos.

Entretanto, desde a reforma introduzida pela Lei 10.444/2002 no CPC de 1973, suprimiu-se a hipótese de individuação do objeto como objeto de um procedimento liquidatório.

Segundo pensamos, é errado imaginar que a hipótese de “individuação do objeto” tenha sido absorvida pelas hipóteses de individuação da coisa (de incerta para incerta) que seria feita no curso da fase cognitiva. Com o devido respeito, uma “coisa” não se confunde com a outra. Assim, como se passará a demonstrar, continua viva a necessidade de procedimento liquidatório para “individuação do objeto”, com base no art.

324, I, ainda que os arts. 509 e ss. nada digam a respeito dessa possibilidade, simplesmente porque, sem a individualização da coisa, não será possível adentrar na fase de cumprimento de sentença subsequente àquela que contém uma condenação genérica em virtude da universalidade do bem presente na condenação.

A leitura do art. 324, § 1.º, I e II, do CPC permite inferir que esse Código regula, em relação ao objeto da liquidação, dois tipos diferentes de atividade liquidatória: uma para “individualar o objeto da condenação” e outra para “determinar o valor da prestação devida”.

As situações de condenação genérica derivadas do art. 324, I, do CPC serão necessárias para adentrar na fase de cumprimento de sentença sempre que o autor formular pedido genérico “nas ações universais, se o autor não puder individualar os bens demandados” (art. 324, I, do CPC).

Para entender essa hipótese de liquidação, é mister se debruçar, preliminarmente, sobre alguns conceitos fornecidos pelo direito civil, pois é preciso que se saiba o que vem a ser uma “ação universal” para, a partir daí, entender como se processa a liquidação da individualização do objeto.

No direito civil e, mais especificamente, no Livro II, Título Único, do Código Civil encontram-se as regras jurídicas dos bens que são objeto das relações jurídicas em sentido lato. Uma das classificações adotadas pelos civilistas, por influência da doutrina pandectista alemã, é a que divide os bens em “singulares e coletivos (universais)”, reservando três artigos para estabelecer o referido regime jurídico. Diz o art. 89 do CC que as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, podem ser singulares ou coletivas.

São singulares quando a coisa ou o bem (simples ou composta, material ou imaterial) são considerados de per si e independentes entre si, ainda que estejam reunidos. São coletivas, ou universais, quando se “encaram agregadas em todo”, seguindo a redação do art. 54, II, do CCB de 1916.

São exemplos de coisas universais ou universalidades, embora não constem de objetos materiais, o “patrimônio e a herança”, como dizia o art. 57 do CC revogado.

O Novo CC determina ainda a distinção entre o que seja a universalidade de fato e de direito, lembrando que a primeira é a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária (art. 90). Já a universalidade de direito é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico (art. 91).

Assim, verifica-se que o legislador civil prevê que há determinados bens, universais ou coletivos, que são, nessa condição, objeto de proteção do direito. Nesse passo é que “entra” o conceito de ação universal, posto que, sempre que se reclamar em juízo uma parte da universalidade (bem ou valor), mas não se souber ou naquele momento não puder delimitar ou individuar a coisa ou as coisas que a componham, é possível que seja reclamada a tutela condenatória genérica da universalidade, em que se reconhecerá o direito sobre a parcela dos bens (simples ou compostos, materiais ou imateriais, ainda não individuados), sem ter ainda fixado (porque o autor não poderia fazê-lo na inicial) ou individuado qual ou quais os bens que compõem a universalidade, mas que serão devidos ao autor credor.

É exemplo do art. 324, I, a hipótese de ação de petição de herança, em que o herdeiro demanda “o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua” (art. 1.824 do CC).⁹

Diz ainda o art. 1.825 que “a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários”.

Tal situação é nítido exemplo de um indivíduo que pretende receber a sua parte na herança, mas nem sequer sabe quais os bens que compõem essa universalidade. Assim, ajuíza uma demanda para que lhe seja reconhecido o

direito à herança (universalidade de direito), mas com o propósito de obter a restituição da parte que lhe for devida.

É aí que entra a condenação genérica do art. 286, I, do CPC, pois obterá um provimento que reconhece o direito à restituição de bens que compõem o todo, mas que são devidos ao autor credor. No entanto, tais bens ainda não foram individuados, mas deverão sê-lo mediante uma atividade liquidatória que penetrará na universalidade (herança) e ali individualizará que bens lhes serão devidos (restituídos) em razão do direito hereditário. Essa individuação do objeto se faz mediante uma atividade liquidatória. Se isso não for feito, não haverá título executivo hábil (art. 515, IV) que permita dar início ao cumprimento de sentença.¹⁰

A individuação do objeto, que corresponderá à identificação dos bens que compõem a universalidade, poderá ser feita mediante um simples incidente processual prévio à atividade executiva.

É interessante observar que a individuação do objeto prevista no art. 324, I, não se confunde com a identificação da coisa incerta prevista nessas modalidades de obrigação (art. 498).¹¹ As diferenças são ontológicas, pois a figura da “liquidação” para individuação do objeto nasce das situações derivadas de um reconhecimento de um direito a bens que sejam componentes de uma universalidade. Esses bens não puderam ser identificados na petição inicial, mas deverão ser individuados antes de realizada uma eventual atividade executiva.

Portanto, o problema é realmente descobrir quais os bens que compõem a universalidade e que deverão ser dados (entregues ou pagos) ao titular do direito exequendo. Essa relação jurídica não se funda em uma relação débito/crédito. Advirta-se ainda que, nessa hipótese, não se sabem nem a quantidade, nem a qualidade, tampouco o gênero da coisa a ser individuada. Há uma incerteza total.

Outrossim, enquanto na figura do art. 498 (e do art. 811) já se sabe qual o objeto (gênero e quantidade), mas não a qualidade dele, certamente o

incidente ali existente parte de uma premissa diversa da do art. 324, I. Se na entrega de coisa pretende acabar com a incerteza (tornar certa a coisa), na individuação do objeto procura-se individuar o próprio objeto (bem ou valor) devido ao titular do direito exequendo, sendo perfeitamente possível que, uma vez individuados os objetos que compõem a universalidade de uma herança, por exemplo (100 sacas de feijão, 1.000 cabeças de gado etc.), ainda assim poderá ser necessária a identificação do bem devido para tornar certa a coisa a ser entregue.

Nesse caso, ter-se-ão as duas atividades – de individuação do objeto e de identificação da coisa certa –, demonstrando bem que a finalidade de ambas as figuras não é a mesma. Outrossim, importa dizer, ainda, que o procedimento liquidatório (ainda que por mero incidente) para a individuação do objeto é o *por procedimento comum*, pela necessidade de se provar fato novo referente à identificação dos bens que compõem a universalidade, e quais ou a quantidade desses bens que serão entregues ao titular do direito exequendo. Portanto, não nos apreça que o art. 498 esteja apto a resolver todos os problemas que poderão surgir da individuação do objeto, afinal de contas, dito dispositivo foi criado para as situações de *entrega de coisa incerta*, que com aquele não se confunde.

6. LIQUIDAÇÃO DO VALOR (QUANTUM)

A mais tradicional utilização da atividade liquidatória é para a verificação do *quantum* devido (v.g., dinheiro ou quantidade de coisas deterioradas pelo ato ilícito). Sua fundamentação está inserta no art. 324, II e III, mas a estas não se resume, pois razões impostas pelo próprio direito processual (e não o direito material) podem exigir a necessidade de liquidação de sentença do *quantum* devido.

A rigor, mesmo nas sentenças constitutivas e declaratórias, poderá haver liquidação do *quantum*, relativamente às verbas de sucumbência. Quadra registrar ainda que a liquidação do *quantum*, quando destinada a

apurar dinheiro, será processada por mero incidente liquidatório da *fase ou módulo processual cognitivo*, e apenas excepcionalmente que a liquidação será processada mediante processo de cognição autônomo.¹²

Também não se pode descartar a liquidação do *quantum* pecuniário como mero *incidente da execução* quando se tornar inviabilizada a execução específica (desapossamento ou transformação) e for necessária a conversão da execução para quantia certa contra devedor solvente (execução genérica).¹³ Nesse caso, a liquidação se dá no curso do processo executivo, como um incidente processual liquidatório, que será decidido por provimento interlocutório com aptidão para formação da coisa julgada material sobre a matéria do *quantum* apurado. A liquidação do *quantum* poderá utilizar-se dos procedimentos de arbitramento ou por procedimento comum, o que será definido pela situação jurídica de direito material.

7. LIQUIDAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A terceira modalidade de liquidação foi introduzida no nosso ordenamento por intermédio dos arts. 97 e ss. do CDC (Lei 8.078/1990). A maior novidade, dentre tantas especificidades que cuidam dessa modalidade de liquidação, diz respeito ao seu objeto, que não fica restrito à identificação do *quantum* devido (quantidade de coisas ou dinheiro), pois é por meio dela que se identifica (personifica) o provimento prolatado na ação coletiva. Essa modalidade de liquidação permite que sejam identificados o titular (indivíduo) e o respectivo prejuízo sofrido com o fato que deu origem à tutela coletiva. Assim, não obstante se fundamentar em um título liquidatório coletivo, a finalidade dessa liquidação é exatamente permitir a individualização da norma jurídica concreta individual, pois permitirá que sejam identificados o indivíduo que é titular do direito exequendo e o seu prejuízo sofrido.

Como se disse, o fundamento da liquidação prevista nos arts. 97 e ss. do CDC é a existência de um título liquidatório (provimento judicial) haurido em uma demanda coletiva. Essa demanda coletiva deve ter sido ou uma ação coletiva para a defesa de direito individual homogêneo (arts. 95 e ss.), ou, então, uma demanda coletiva para a defesa de direito difuso e coletivo, em razão da regra da coisa julgada *in utilibus* (art. 103, § 3.º, *usque*, do CDC). Assim, ocorre nos casos de procedência do provimento coletivo individual homogêneo ou nos casos difusos e coletivos (quando incida a coisa julgada *in utilibus*).¹⁴

Todavia, a maior inovação não parece ter sido apenas essa (a sentença difusa ou coletiva servir também como título liquidatório para a liquidação individual), mas também o fato de a possibilidade de a identificação do sujeito titular do direito ser um dos objetos da liquidação, e, somado a isso, o fato de poder haver demandas individuais homogêneas utilizadas para debelar crises de certeza, situação jurídica e cooperação, tendo-se então que essa modalidade liquidatória poderá ser utilizada para identificar a titularidade dos sujeitos em demandas constitutivas. Portanto, a anulação de determinada cláusula contratual em contratos de conta-corrente em uma ação proposta contra o maior banco do País certamente poderá beneficiar cada um dos desconhecidos titulares que estejam em uma mesma situação de fato.

Isso implica, certamente, que cada um desses sujeitos deverá promover a liquidação do provimento constitutivo para identificar que o seu respectivo contrato foi aproveitado pela decisão e, mais do que isso, que ele deseja que seja aproveitado pela tal decisão (provisória ou definitiva). Disso resulta que a liquidação individual realizada a partir de um provimento coletivo deverá ser feita mediante expressa vontade do particular, podendo ele mesmo promover a liquidação (provisória ou definitiva), ou por intermédio dos entes do art. 82 que possuam legitimidade extraordinária

para o referido caso, pois aqui a hipótese seria de típica substituição processual (substituto processual defendendo direito alheio determinado).

8. LIQUIDAÇÃO: PROCESSO INCIDENTE OU QUESTÃO PROCESSUAL INCIDENTAL

Deve-se observar que a atividade jurisdicional liquidatória, regra geral, é prestada mediante um incidente processual cognitivo (iniciado por petição simples e finalizado por decisão interlocutória), a ser resolvida ou no curso do processo sincrético (art. 509) ou no curso de um processo de execução (v.g. art. 810), portanto, sem dar início a um processo autônomo.

A regra normal e geral, portanto, é a de que a liquidação seja apenas um incidente processual de processos sincréticos, estando a liquidação entre a fase cognitiva de revelação da norma quase concreta e a atuação dessa norma concreta. A rigor, a liquidação deve ser vista como um complemento à sentença genérica, porque de fato norma concreta ainda não existe enquanto não houver a liquidação. O procedimento-padrão do incidente liquidatório está previsto nos arts. 509 e ss. do CPC.

Como se disse, a liquidação pode ser também um incidente processual cognitivo incrustado no processo, e não necessariamente em uma “sentença”. Várias são as hipóteses previstas pelo legislador, inclusive no processo de execução (título extrajudicial), que acontece, por exemplo, quando, no curso da execução de entrega de coisa, esta vier a ser deteriorada, e na conversão do procedimento executivo (passa a ser por quantia certa) for necessária a liquidação do valor do bem que não mais será entregue (ou da prestação de fazer infungível que não será realizada).

9. A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA DOS ARTS. 509 E SS. DO CPC

9.1 Considerações gerais

Por intermédio de simples requerimento, o jurisdicionado provoca a tutela liquidatória que complementarará a norma jurídica *quase* completa, identificando o elemento ainda faltante. Esse elemento indefinido será o *quantum* não encontrado nas hipóteses mencionadas. Tratando-se de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 97 e ss. da Lei 8.078/1990), permite-se, igualmente, a aplicação do art. 509 quando a liquidação for feita no mesmo juízo da condenação. Quando em juízo diverso (do liquidante), deve-se ter início pela propositura de uma demanda liquidatória, que será instaurada para identificar, também, além do *quantum* devido, o titular do direito exequendo.

Assim, para descobrir o *quantum* ou o *titular* do direito exequendo, o incidente de liquidação poderá seguir um desses dois procedimentos previstos no sistema processual brasileiro: *liquidação por procedimento comum* e *liquidação por arbitramento*.

A natureza do incidente liquidatório é de *cognição*, ainda que seja feito dentro de um processo de execução, e o seu objeto litigioso é justamente o(s) elemento(s) faltante(s) da norma jurídica quase completa. Logo, o mérito desse incidente é a verificação do *quantum* devido ou o titular do direito, tal como nas hipóteses do art. 97 do CDC. Esse é o mérito da demanda, e, por isso mesmo, não é lícito utilizá-la para trazer ao conhecimento do juiz qualquer alegação, argumento, fundamento ou defesa que quaisquer das partes poderiam ter utilizado para o acolhimento ou a rejeição do direito que ora é tutelado.

É o que determina o art. 509, § 4.º, do CPC, ao dizer que é defeso na liquidação discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou.

A rigor, tal dispositivo precisa ser lido em conjunto com o art. 508 do CPC, pois não existe apenas o impedimento de rediscutir a lide, mas também de iniciar um debate pela primeira vez daquilo que já poderia ter sido discutido.

Trata-se, na verdade, da eficácia preclusiva *panprocessual* da coisa julgada, que opera efeito preclusivo sobre todas as questões, alegações e defesas que poderiam ser opostas para o acolhimento ou rejeição do pedido, nos termos do citado art. 508 do CPC. Só por esse aspecto já se verifica que o incidente de liquidação de sentença tem um objeto de cognição restrito do ponto de vista horizontal, pois apenas o objeto liquidando é que poderá ser analisado nesse incidente.

9.2 O julgamento da liquidação: antijuridicidade e dano

O provimento (decisão) que julga o incidente de liquidação poderá ser *procedente* ou *improcedente*, e, no primeiro caso, visa “completar” a norma jurídica quase completa, colmatando a lacuna do *quantum* ou do *titular* do direito exequendo. Em nosso sentir, tem natureza declaratória a decisão de procedência proferida no processo incidental de liquidação de sentença, com eficácia retroativa, porque apenas declara qual o elemento faltante na sentença condenatória genérica. Segundo o CPC, trata-se de pronunciamento decisório que contém fundamento do art. 487, I, e põe fim à fase cognitiva, portanto uma sentença sujeita ao recurso de apelação.

Por ser um processo cognitivo, a liquidação de sentença admite, pelo menos em tese, uma extinção com desfecho duplo, ou seja, será normal a sua extinção quando for julgada procedente ou improcedente, isto é, quando rejeitar ou acolher o pedido do autor, nos exatos termos do art. 487, I, do CPC, muito embora, pela expressa dicção do Código, não seja uma sentença porque não é tal incidente que extingue a fase cognitiva.

No entanto, se isso é verdade (desfecho duplo), como explicá-lo, racionalmente, nos casos de liquidação do *quantum*, em que a decisão liquidanda, transitada em julgado, reconheça o direito à indenização, mas o provimento liquidatório venha dizer, em um caso de improcedência, que não exista valor apreciável para o dano, que, frise-se, já teria sido

reconhecido em fase de cognição anterior? Ora, honestamente, tal situação é muito mais próxima da aberração do que para o senso lógico.

Não nos parece racional, nem sustentaríamos qualquer logicidade nas situações em que antes são fixados a existência do dano e o dever de indenizar, e, logo depois, em um procedimento liquidatório, verifica-se que inexistente qualquer valor para o dano existente! Nenhum homem médio admitiria – nem em uma ginástica jurídica – que seria possível haver um dano, mas que ele fosse desprovido de valor, segundo o que determinar a decisão da liquidação. Destarte, afora esse obstáculo que desafia a compreensão lógica, há ainda o problema da compatibilização entre a improcedência da liquidação e os ditames do art. 509, § 4.º, do CPC. Como fazer para não admitir o efeito rescisório da decisão de liquidação sobre a sentença liquidanda num caso como esse?

Por isso, não nos esforçaremos para convencê-lo, leitor – se nós não nos convenceríamos –, de que seria lógico admitir uma liquidação improcedente por ausência de valor para o dano já reconhecido como existente em sentença transitada em julgado.

Em nosso sentir, isso só poderia acontecer (improcedência) quando a decisão liquidanda – a despeito de eventualmente dizer o contrário – não tenha reconhecido a existência do dano, mas apenas a antijuridicidade da conduta. Nesse caso, a liquidação serviria não só para fixar o *quantum*, mas também para certificar a própria existência do dano. Aliás, é isso o que acontece, v.g., nos arts. 520, I e II, do CPC, e 97 do CDC.

Nesses casos, fixa-se a antijuridicidade da conduta do sujeito passivo, mas não se reconhece ainda a própria existência do dano. E, não obstante, nesse sentido, o legislador afirmar que o procedimento seguinte seja o liquidatório, a rigor a liquidação servirá para fixar a existência da lesão ou prejuízo sofrido pelo sujeito, bem como o seu valor.

Segundo pensamos, portanto, tal situação faz emergir um grande e comum equívoco que há muito impregna o incidente de liquidação, e por

isso mesmo evidencia a necessidade de um regramento mais simples e adequado ao tema.

Assim, uma de duas: a) ou a sentença condenatória fixa desde então a antijuridicidade da conduta, o dano e o seu valor, mesmo que no momento da propositura da demanda não fosse possível dimensioná-lo (art. 324); ou então b) a sentença condenatória fixa apenas a antijuridicidade da conduta, mas deixa para um momento posterior a identificação e o reconhecimento da existência e extensão do dano, bem como o seu valor.

Nesta última hipótese, não haveria problema em admitir uma improcedência do incidente de liquidação, porque a sentença liquidanda teria apenas revelado a *injuridicidade* da conduta, sem ainda ter tocado na questão da existência do dano, e, portanto, no seu valor. Enfim, não existiria o risco de ser “desdito” ou de ser contrariado o comando da decisão liquidanda, posto que esta só teria reconhecido a conduta antijurídica, enquanto o objeto da liquidação seria a verificação da existência do dano e seu valor.

Na verdade, pensamos que os motivos práticos que justificaram o fato de legislador ter dividido a revelação da norma concreta em duas fases cognitivas distintas não podem chegar a ponto de contrariar a logicidade e a cientificidade dos institutos jurídicos.

Não podemos acreditar que seja possível haver dano (lesão, prejuízo ou diminuição do patrimônio jurídico) sem valor. Não é possível existir lesão sem valor ou ausência de valor quando haja lesão ou prejuízo (dano existente). Por isso, caso exista um incidente de liquidação improcedente – “porque não haveria valor apreciável” –, tendo por base uma sentença liquidanda na qual se diz ter reconhecido a existência do dano, pensamos que aí está contida uma mácula tautológica perpetrada na “primeira fase da demanda – que, a despeito de ter dito o contrário”, não reconheceu a existência do dano, mas apenas a antijuridicidade da conduta.

Se, de fato, houvesse reconhecimento da existência do dano, seria ilógico um incidente liquidatório de apuração do valor julgado improcedente.

9.3 Espécies de liquidação

São duas as espécies de liquidação previstas no CPC:¹⁵ por procedimento e por arbitramento, e o CPC reservou especificamente dois dispositivos, um para cada. Para a liquidação por arbitramento, o dispositivo 510, e para a liquidação pelo procedimento comum, especificamente o art. 511.

9.4 Procedimento do incidente processual de liquidação

O incidente processual de liquidação depende de uma condenação genérica para ser iniciado. O procedimento a ser adotado poderá ser “por procedimento comum” ou “por arbitramento”, o que será definido por diversos aspectos (natureza da causa, escolha das partes), dentre eles, o mais importante – e decisivo –, a situação jurídica liquidanda. Entretanto, em uma ou outra hipótese procedimental, serão comuns as regras relativas à competência, à legitimidade e até mesmo ao itinerário procedimental, salvo algumas ressalvas aqui e alhures.

O procedimento liquidatório está no meio de um processo sincrético, e, mais precisamente, entre a fase de certificação do direito e a fase de realização do direito reconhecido no título judicial. O resultado da liquidação declarará o elemento faltante, e assim viabilizará a tutela executiva. Repita-se que, por serem processos sincréticos, tudo se dará na mesma relação jurídica processual.

Retomando o curso do processo de liquidação, este se inicia por requerimento inicial, sem maiores formalidades, porque se trata do mesmo

processo em que foi proferida a sentença condenatória genérica. Portanto, começa por iniciativa da parte interessada (credor ou devedor). Deve em seguida haver intimação do demandado, na pessoa do seu advogado (arts. 510 e 511).

Havendo recurso pendente contra a decisão liquidanda, é possível a instauração do incidente liquidatório, e autos apartados no juízo *a quo*, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes (art. 512).¹⁶

Após o requerimento de início da liquidação, a parte contrária terá a oportunidade para se manifestar.

Cuidando-se de liquidação por procedimento comum, poderá contestar a demanda (veja que o CPC trata como se fosse uma demanda, art. 511), e, se por arbitramento, será intimado para apresentação de pareceres ou documentos elucidativos.

É importante salientar que o requerimento inicial do incidente de liquidação deve indicar qual procedimento liquidatório será seguido, e, dependendo de qual seja, deve identificar qual objeto da liquidação por arbitramento, ou, se por procedimento comum, quais fatos novos serão objeto de prova, requerendo ao final que seja quantificado o valor ou o bem devido.

9.5 Legitimidade

A legitimidade para a propositura do incidente é só do credor ou do devedor, como expressamente menciona o art. 509, até porque o cumprimento de sentença pode se iniciar, inclusive, pelo devedor (art. 526), o que deve ser um caso raro.

9.6 Competência

No que se refere à competência, as regras são as mesmas que regem o cumprimento de sentença. Como só há liquidação de provimento *judicial*, e sendo ela um incidente do processo sincrético, certamente que a regra geral será a da competência funcional do juízo¹⁷ – o mesmo da condenação genérica –, dado o elo de ligação que enrosca o título liquidatório à ação de liquidação e à futura execução. As mesmas ressalvas feitas à sentença penal condenatória, à sentença estrangeira homologada e à sentença arbitral – títulos judiciais que são – serão válidas para a liquidação desses provimentos judiciais genéricos, que, por razões de ordem pública, terão a sua competência definida pelas regras gerais de competência de prazo, foro e juízo, estabelecidos pela CF/1988, pelo CPC e pelas normas de organização judiciária de cada Estado.

9.7 Procedimento

As espécies de liquidação podem ser *por procedimento comum* ou *por arbitramento*, e têm uma condução diversa em razão da natureza e do objeto liquidando. Por isso, o requerimento inicial de uma e outra hipótese tem um conteúdo bastante diferente, em razão, obviamente, da causa de pedir e do pedido mediato de cada incidente. Isso leva à conclusão de que não é possível fazer a adaptação ou conversão do procedimento de um para o outro incidente, como se a fungibilidade pretendida encontrasse apenas uma barreira formal. Nada disso. O fundamento e os argumentos expostos na petição de liquidação por procedimento comum, por exemplo, não permitirão que seja convertido o procedimento para liquidação por arbitramento. O erro na indicação do procedimento adequado implicará a inépcia do requerimento.

É que o conteúdo da discussão na liquidação por procedimento comum envolve debate sobre a extensão do dano (em tese) reconhecido na condenação genérica. Essa extensão se faz mediante a prova e a demonstração dos fatos novos que ensejaram a apuração do *quantum*

devido. Por sua vez, na liquidação por arbitramento, o objeto já está definido, e a área coberta pela perícia está sedimentada na condenação genérica. Perceba-se, portanto, que não se trata de simples exigência formal, tampouco é formalismo exagerado o respeito à regra procedimental de uma ou outra modalidade de liquidação.

Como se viu, na verdade, não será possível a conversão, especialmente se for de arbitramento para o procedimento comum, quando então a participação e o contraditório poderão ser sensivelmente adulterados pela referida conversão. Não tendo havido ainda a intimação do advogado do devedor, poderá ocorrer a desistência e assim reproposto o incidente. Também não se trata de emenda à inicial (art. 321), porque ou se apontam fatos novos a serem liquidados pelo procedimento comum (fatos esses ainda não apreciados em juízo), ou a hipótese é de avaliação, arbitramento e/ou prova pericial do bem ou serviço apreciado na sentença condenatória genérica.

9.8 Contumácia na liquidação

A contumácia no incidente liquidatório – ausência de manifestação do liquidado – não foi prevista nos arts. 510 e 511 do CPC, que nem mesmo previu regra relativa ao contraditório. Todavia, existe contraditório, em razão da própria natureza do objeto de discussão desse incidente – fatos novos ou pareceres e/ou quesitos a serem apresentados pelo liquidado, para os casos de liquidação por procedimento comum ou arbitramento, respectivamente. Assim, sendo intimado o liquidado e não fazendo qualquer manifestação, será ele contumaz.

Nesse caso, se se tratar do procedimento comum, aplica-se sobre os fatos novos a regra da revelia e seus efeitos, pois tal modalidade segue o procedimento comum. Contudo, tratando-se da liquidação por arbitramento, a regra da revelia e seus efeitos não se aplicam, pois os efeitos sobre a prova previstos para a revelia não se aplicam à demanda liquidatória em razão do

princípio da fidelidade da sentença liquidanda à sentença condenatória genérica (art. 509, § 4.º, do CPC).

Isso implica que da não contestação da liquidação não decorre a aceitação imediata dos fatos alegados pelo autor (credor) da liquidação. O referido princípio determina, imperativamente (ordem pública), que deva ocorrer uma congruência (razoabilidade) entre o resultado da liquidação e o que foi decidido na condenação genérica. Esse aspecto impõe considerável dose de inquisitorialidade – maior do que a normal – ao magistrado na condução da demanda liquidatória. Caberá ao juiz, no caso de contumácia, verificar a ocorrência ou não do efeito da revelia somente a partir do confronto e da respectiva análise da compatibilidade e razoabilidade entre o pedido de liquidação e a anterior liquidação. Se esse comportamento já existe de certa forma para o juiz nas demandas cognitivas nas quais ocorre a revelia, quando se trata de incidente de liquidação por arbitramento, esse aspecto se vê acentuado porque, por mais genérica que possa ser a sentença liquidanda, ela guarda uma concretude tal que limita e delimita o âmbito da quantificação verificada na liquidação.

Saliente-se que, no caso de liquidação por arbitramento, a necessária percepção técnica do fato objeto da prova afasta quase que completamente a incidência dos efeitos da revelia, pois o referido fato não poderá ser tomado como verdadeiro se ele é o suporte do próprio objeto da liquidação.

9.9 Defesa

Em relação ao contraditório no incidente de liquidação, o raciocínio a ser desenvolvido é o mesmo da fase cognitiva antecedente, respeitados os ditames do art. 508 do CPC.

Nesse passo, é importante salientar que o liquidado poderá oferecer defesa de mérito e/ou processual (pressupostos processuais e condições do processo incidente de liquidação),¹⁸ lembrando apenas que o fato de não se tratar de um processo autônomo, mas simples fase ou complemento que

antecede à execução em um processo sincrético, não afasta a necessidade de respeitar a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do CPC), ou seja, todas as alegações e defesas que poderiam ser opostas à rejeição da condenação genérica são reputadas como “deduzidas” e “repelidas”, não existindo oportunidade de fazê-lo no processo de liquidação (art. 509, § 4.º). Contudo, deve-se dizer que o objeto do conhecimento do magistrado no incidente processual de liquidação é “identificar a quantidade de bem devido que ficou oculto” na sentença condenatória genérica. Assim, há uma “limitação horizontal” na área de conhecimento do juiz, bem como do debate das partes. O objeto de julgamento restringe-se ao que precisa ser liquidado, portanto estritamente ao acerto do *quantum* devido ou da individualização do objeto.

Nesse passo, tal limitação impede que se aprecie, conheça ou até mesmo discuta qualquer outra matéria que esteja fora da referida área de cognição da “lide” de liquidação. Assim, todas as matérias que estejam relacionadas a outros elementos da norma concreta, que não a “liquidez” do que é devido, não poderão ser ventiladas no incidente liquidatório.

Aqui não se trata de limitação imposta apenas pela perspectiva do art. 508 do CPC (eficácia preclusiva do julgado), mas também sob o ponto de vista da limitação horizontal referente ao alcance do objeto do incidente de liquidação.

Qualquer alegação ou defesa que não se refira ao objeto da liquidação não poderá ser formulada em razão do mencionado limite de cognição. Por isso, a defesa na ação de liquidação não pode raptar os fundamentos da defesa previstos no art. 525 do CPC, posto que as matérias ali dispostas referem-se ou à execução (rito) ou a outros elementos da norma concreta (fatos impeditivos, modificativos e extintivos da dívida).¹⁹

Insta observar que, enquanto o procedimento comum do Livro I do CPC aplica-se ao procedimento da liquidação por procedimento comum (e aí valem as regras ali existentes com as ponderações já feitas), na liquidação

por arbitramento, o réu, uma vez intimado pelo seu advogado, comparecerá para não só impugnar e arguir defesa de mérito ou processual (adequação procedimental, condição da ação e pressuposto processual do incidente processual), mas também para indicar quesitos e pareceres (se for o caso) (bem como pela via adequada arguir as defesas dilatórias, seja contra o juiz ou auxiliares da justiça). Nos termos do art. 510, “Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial”.

9.10 Liquidação e recursos

O art. 203, §§ 1.º e 2.º, define da seguinte forma a sentença e a decisão interlocutória:

§ 1.º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2.º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1.º.

Pelo visto *supra*, o conceito de sentença pressupõe dois aspectos: o conteúdo (matérias dos arts. 485 e 487) e a finalidade (põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução).

A decisão interlocutória, por sua vez, é a decisão por exclusão, ou seja, que não possa se enquadrar no conceito de sentença.

A liquidação de sentença dos arts. 509 e ss. parte de uma premissa: há uma sentença, provisória ou definitiva, a ser liquidada, ou seja, houve o suposto término da fase cognitiva do procedimento comum com

fundamento em alguma das matérias do art. 487 (só há o que liquidar se a sentença foi procedente, ou seja, que tenha resolvido o mérito da causa).²⁰

Assim, o requerimento do credor ou devedor que dá início à liquidação de sentença é uma provocação de uma nova fase cognitiva que terá que se encerrar por sentença, pois, depois dela, também por novo requerimento, deverá ter início a fase executiva.

Por isso, a liquidação de sentença será julgada por sentença, pois esse procedimento é realizado após o término de uma fase, e deve culminar com um pronunciamento que ponha fim a essa fase cognitiva específica, sem a qual não terá início o cumprimento de sentença.

A partir da análise do art. 511,²¹ parece claro que é sentença o pronunciamento que põe fim ao procedimento de liquidação de sentença, afinal de contas o legislador fala em *contestar* e remete ao rito do procedimento comum. Alguma dificuldade pode existir quando estiver diante da hipótese de liquidação por arbitramento, descrita no art. 510, em que o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial. Pelo texto do dispositivo, o legislador dá a entender que o procedimento liquidatório seria um mero incidente, pois poderia ser decidido de imediato após o contraditório com a juntada de pareceres pelo réu.

Contudo, não é como deve ser. Ainda que formalmente o procedimento possa ser dirimido de maneira muito simples, a verdade é que o ponto de partida desse procedimento é a existência de uma sentença, daí por que tem esse nome. Por outro lado, ao finalizar o dispositivo, deve-se dar início à fase executiva, por intermédio de um requerimento que pressuponha um título executivo haurido em uma fase processual que tenha terminado. O cumprimento de sentença inaugura uma nova fase processual, a executiva, que pressupõe o término da anterior.

¹ Na liquidação para a defesa de direitos individuais homogêneos, é possível que o objeto da atividade liquidatória tenha por objetivo descobrir os seguintes elementos: “a quem é devido” e/ou “o que” ou “quanto é devido”. Justamente porque em tal modalidade de ação coletiva é ínsita a regra de deixar para a liquidação a identificação do próprio titular do direito subjetivo (já que os titulares são desconhecidos – art. 103, III, do CDC), e, considerando ainda que tal modalidade de ação coletiva pode ser veiculada para debelar crises de certeza e de situação jurídica (pretensões declaratórias e constitutivas), ter-se-á como possível a existência de tutela liquidatória (identificar o titular do direito) de provimentos constitutivos e declaratórios. Essa é uma característica da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, cujo rito é o previsto nos arts. 91 e ss. do CDC.

² Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1.º É lícito, porém, formular pedido genérico:

I – nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados;

II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;

III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

³ Art. 329. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

⁴ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁵ Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção

monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:

I – não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;

II – a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

§ 1.º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.

§ 2.º O disposto no *caput* também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

6 Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco, que coloca a *individuação do objeto* fora das hipóteses de *iliquidez da sentença*, e dentro da hipótese de *incerteza da obrigação*, que é resolvida mediante o incidente de concentração, como nas obrigações de entrega de coisa (individualizar a coisa de incerta para certa). Seguimos o alvitre de Teori Albino Zavascki (*Título executivo e liquidação*, p. 173), que salienta que as “sentenças condenatórias nas ações universais (CPC, art. 324, I) ensejam liquidação destinada a definir os bens que integram a universalidade, e não o seu valor”.

O CPC de 2015 não se refere à *individuação* do objeto como uma das modalidades de liquidação, mantendo a supressão já existente do CPC revogado. Mesmo assim, ou seja, ainda que o dispositivo não tenha mencionado (art. 509) sobre a *individuação* do objeto, pensamos que esta poderá ser necessária, nas hipóteses do art. 324, I, do CPC, caso em que será preciso completar a norma jurídica concreta quase individualizada.

7 Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor [...].

8 Art. 526. É lícito ao réu, antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo.

§ 1.º O autor será ouvido no prazo de 5 (cinco) dias, podendo impugnar o valor depositado, sem prejuízo do levantamento do depósito a título de parcela incontroversa.

§ 2.º Concluindo o juiz pela insuficiência do depósito, sobre a diferença incidirão multa de dez por cento e honorários advocatícios, também fixados em dez por cento, seguindo-se a execução com penhora e atos subsequentes.

§ 3.º Se o autor não se opuser, o juiz declarará satisfeita a obrigação e extinguirá o processo.

- 9 Art. 1.791 do CC: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”.
- 10 Art. 515. São títulos executivos judiciais: [...] IV – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.
- 11 Cumpre dizer que a figura do art. 324, I, pressupõe uma condenação (leia-se provimento judicial) genérica que precisa ter o objeto individuado. Parte-se de uma sentença em direção à individuação do objeto. Já a figura da identificação da certeza da coisa a ser entregue (escolha) terá sido dirimida no curso da própria demanda, não ensejando um “momento liquidatório” prévio à execução, salvo se for concedida liminarmente e a escolha da coisa a ser entregue couber, pela lei ou contrato, ao devedor. Na individuação do objeto, portanto, há a necessidade de uma liquidação, posterior à sentença.
- 12 Como no caso de ação de liquidação de sentença estrangeira homologada, sentença penal condenatória etc.
- 13 Art. 495. 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.
- 14 Quando o mesmo fato deu origem a prejuízos individuais e coletivos (difusos e/ou coletivos) e o reconhecimento da injuridicidade da conduta na demanda essencialmente coletiva puder ser aproveitado pelo indivíduo, que utiliza a coisa julgada *in utilibus* para promover diretamente uma liquidação que demonstre que o seu prejuízo resulta da injuridicidade reconhecida na tutela coletiva.
- 15 Desconsiderou-se, porque de fato não é liquidação a *memória discriminada dos cálculos* apresentados pelo credor quando dá início ao cumprimento de sentença para pagamento de quantia, e, também, fora do Código, a liquidação, *imprópria*, nas ações para defesa de direitos individuais homogêneos, contida nos arts. 97 e ss.
- 16 Art. 512. A liquidação poderá ser realizada na pendência de recurso, processando-se em autos apartados no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.
- 17 Com as exceções do art. 516, parágrafo único.
- 18 Nada impede – antes se recomenda – que o liquidado (devedor) argua na liquidação a nulidade ou inexistência da citação, quando a primeira fase cognitiva desse processo

sincrético lhe correu à revelia, sempre que tome ciência desses fatos no procedimento liquidatório. A rigor, não faria o menor sentido que o devedor, participando da liquidação, esperasse o momento da impugnação do art. 525 para arguir matérias que já poderiam ser deduzidas no próprio incidente de liquidação.

- ¹⁹ A alegação de exceção substancial pelo liquidado-devedor no incidente de liquidação é viável e permitida (prescrição, novação, transação etc.), ressalvando apenas que o fato extintivo, modificativo ou impeditivo corresponde somente àqueles que sejam supervenientes à sentença condenatória genérica e restrito ao objeto da liquidação.
- ²⁰ Insta observar que as hipóteses de “incidentes de liquidação”, previstos nos processos de execução para entrega de coisa e fazer e não fazer (conversão da obrigação específica em perdas e danos), constituem verdadeiros oásis de atividade cognitiva no bojo do processo executivo, em que o juiz deverá respeitar o contraditório e a participação do exequente e do executado. Essa questão será resolvida por decisão interlocutória de mérito com aptidão para formar coisa julgada material em relação ao *quantum* apurado no incidente. O recurso a ser eventualmente interposto para desafiar dita decisão, mesmo sendo de mérito, é o recurso de agravo.
- ²¹ Art. 511. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código.

OPOSIÇÕES DO EXECUTADO

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA: AS POSIÇÕES JURÍDICAS DAS PARTES E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

Se pudéssemos dissecar o processo, deitando-o sobre uma mesa, veríamos que esse *caminho para frente* apresenta um sem número de matizes em que as partes principais (autor, demandante, requerente, exequente e réu, demandado, requerido e executado) ocupam, com extrema variação, diversas posições jurídicas diferentes, ora ativas, ora passivas, ao longo do desenvolvimento da relação jurídica processual. Isso decorre do fato de que é o processo uma relação jurídica em constante contraditório, desde o início até o seu final.

Nesse particular, mesmo existindo as posições jurídicas clássicas de demandante e demandado, representadas, respectivamente, pelo ato de *ajuizar a demanda* e de ter sido *citado para defender-se* da mesma, a grande verdade é que, ao longo do jogo processual, essas partes flutuam, em razão do contraditório, em posições jurídicas ativas e passivas, de acordo com cada ato processual da cadeia procedimental. Assim, em relação ao ato de contestar, visto isoladamente, por exemplo, o demandado é que assume a posição jurídica ativa, e o demandante, a posição passiva de sujeitar-se ao

que for contestado. Esse é o reflexo do contraditório e dinamismo do processo, criando inúmeras situações jurídicas ativas e passivas para cada ato processual constante da cadeia procedimental.

É claro que a variação de posições jurídicas e passivas das partes pode estar diretamente influenciada pelo tipo de atividade jurisdicional reclamada pelo demandante e a ser suportada pelo demandado. Se estiverem em pé de igualdade, aguardando um provimento de declaração (atividade jurisdicional de cognição), que tenha por finalidade a revelação da norma jurídica concreta, então não será incomum que essa variabilidade de posições seja maior, justamente por causa da dialeticidade do diálogo processual, que é conatural à atividade jurisdicional de preponderante função cognitiva.

De outra parte, se a atividade jurisdicional estiver vocacionada a atuar uma norma jurídica já revelada em um título executivo (norma jurídica já individualizada), seja ele judicial ou extrajudicial, então, decerto, fica mais evidente a posição do exequente (ativa) e do executado (passiva).

Todavia, essa menor diversidade de posições a serem assumidas na tutela executiva não significa que o executado atue, exclusivamente, sujeitando-se aos atos executivos, pois poderá atuar seja para opor-se à regularidade da própria execução ou atacando a própria pretensão executiva.

Entretanto, parece-nos claro que, em qualquer hipótese, seja nas atividades de preponderante função cognitiva ou executiva, e independentemente das posições ativas ou passivas que venham assumir ao longo da cadeia de atos processuais que se sucedam, a verdade é que as posições de *demandante* e *demandado* definem o papel precípua de cada uma dessas partes na demanda, ou seja, o autor vem a juízo porque, insatisfeito com uma crise jurídica, espera que o Estado lhe preste tutela jurisdicional justa e efetiva. O réu, por sua vez, que é compulsoriamente colocado no polo passivo da demanda e não escolhe ser réu, estando ali para

resistir à pretensão do autor, e espera obter uma tutela jurisdicional que acolha a sua resistência, ou melhor, julgue infundada a pretensão do autor por entender fundada a sua resistência.

Por isso, enquanto o autor da demanda tem por finalidade obter um bem da vida (revelação ou atuação de uma norma jurídica concreta), o réu, demandado, sempre tem por finalidade obstar, impedir ou resistir à revelação ou atuação da norma jurídica concreta em favor do autor.

É ínsita à defesa, portanto, a função limitada e restrita de obstar ou impedir o êxito da tutela pretendida pelo autor. Esta é, pois, *a tutela pretendida* pelo réu, seja na atividade jurisdicional cognitiva ou na executiva. Nunca pretende ele, réu, obter o bem da vida, pois o seu interesse restringe-se em impedir a entrega do bem da vida ao autor da demanda.

Ao contrário do autor, que tem por pretensão imediata uma tutela jurisdicional processual e uma pretensão mediata que se relaciona à obtenção do bem da vida, o réu tem por finalidade, ao se defender, obter uma pretensão imediata que se consubstancie em uma declaração de que o autor não tem razão, e, nesse particular, a solução no plano material nada lhe ofertará, senão apenas a manutenção do *status quo ante*. Exceção feita aos casos em que a demanda é declaratória e o réu pretende a declaração inversa à solicitada pelo autor.

Todas as matérias de defesa, rituais ou substanciais, que sejam alegadas pelo demandado, têm por finalidade obstar, impedir ou quando muito retardar a entrega do bem da vida ao autor. Trata-se de um contradireito, pois, limitado a impedir a tutela daquele que busca o bem da vida.

2. O DEMANDADO NA EXECUÇÃO

O demandado na execução é um “executado” e, nessa posição, sabe que a tutela jurisdicional executiva é prestada em prol da satisfação da norma jurídica concreta favorável ao exequente (art. 797). Sabe ainda que,

por intermédio de uma expropriação, ou desapossamento ou transformação, o seu patrimônio (ou liberdade em casos excepcionais) será afetado pela tutela jurisdicional executiva.

A probabilidade de certeza do direito, liquidez e exigibilidade da obrigação representada no título executivo é que autoriza a execução sobre o patrimônio do executado.

Por razões de opção legislativa, que visava privilegiar a eficácia abstrata do título executivo, é que se firmou cultural e juridicamente a regra de que a cadeia de atos da execução seria uniforme, constante e retilínea, evitando que durante o seu percurso o demandado pudesse defender-se (contraditório) com o mesmo dinamismo e dialeticidade que marcam e caracterizam a tutela cognitiva. A finalidade desta opção do legislador era justamente permitir que a tutela satisfativa fosse efetiva.

Mas aí ficava a pergunta: como deveria o executado defender-se contra a injustiça ou irregularidade da execução, ou seja, como poderia o executado obstar, impedir, ou simplesmente retardar a entrega da tutela jurisdicional executiva se, por opção de técnica legislativa, o procedimento executivo não seria propício às discussões e debates que envolvessem a dialeticidade de uma atividade cognitiva?

Assim, essa mesma técnica legislativa foi que estabeleceu que a defesa do executado – defesa mesmo–, ou seja, oposições processuais e de mérito que visam apenas impedir ou obstar, ou quando muito retardar, a entrega da tutela jurisdicional ao exequente, deveria ser feita em procedimento próprio e destacado do procedimento executivo, por entender que, se fosse feita no bojo e curso da execução, comprometeria a efetividade da sequência executiva e, especialmente, colocaria em xeque a própria eficácia abstrata do título executivo.

Mas, por outro lado, como fazer isso, ou seja, como isolar, em um procedimento lateral e destacado da execução, todas as defesas que o executado poderia opor à própria execução? Ora, a via eleita pela qual o

executado deveria manifestar-se seria por meio dos *embargos do executado*, que, por opção do legislador, lhe atribuíram natureza *formal* de ação, enunciando que a oposição das matérias de defesa (contra ato executivo específico, contra a pretensão executiva ou contra os elementos do processo ou demanda executiva) seria feita pelo instituto dos embargos do executado. A natureza *formal* aí aludida é resultante do fato de o legislador ter estabelecido que a *oferta da defesa* se faz por petição inicial, que dá início a uma relação jurídica processual típica de processo incidental, e não de mero incidente.

Essa opção de dar uma natureza *formal de ação* aos embargos do executado traduz o formalismo da política liberal à sua época, em que a tutela jurisdicional executiva era mais vista pelo prisma do executado do que propriamente pelo do exequente.

Mas registre-se que o fato de a *defesa* ser exercitada por intermédio de uma ação não teve e nem tem o condão de alterar a substância de *defesa* do referido remédio, porque o que pretende o executado com a sua utilização é obstar a tutela jurisdicional executiva pretendida pelo credor, ou seja, impedir ou retardar a entrega do bem da vida ao exequente. Tal como os embargos de terceiro, tal como a suspensão de segurança, a impugnação do valor da causa etc., não tem por finalidade obter um bem da vida, mas apenas impedir ou obstar que ele seja entregue ao demandante.

Daí resultam alguns inconvenientes decorrentes dessa opção feita pelo legislador de fazer com que a *defesa* seja exercida por intermédio de uma ação. Primeiro, porque em muitos casos a defesa funda-se apenas em questões processuais, e, nesse particular, o *mérito* dessa ação jamais seria acobertado pela autoridade da coisa julgada material. Segundo, porque, tratando-se de questão processual, de fato, poderia o juiz conhecer dela na própria execução, de ofício, sem qualquer necessidade de provocação do executado pela via de embargos, levando o prazo e a forma de utilização desse remédio à inutilidade. Terceiro, porque, em muitos casos, os

embargos contra um ato apenas da execução (adjudicação, por exemplo) levariam à formação de um *processo incidente*, com um custo jurisdicional elevado demais para a própria jurisdição.

Partindo desses questionamentos e de outros, mas, especialmente, pela *práxis forense da exceção/objeção de pré-executividade*, o legislador processual, entendeu por bem simplificar a forma de oferecimento da defesa do executado nas execuções fundadas em título executivo judicial, ora denominadas de cumprimento de sentença.

Nesses casos, o legislador deu novo nome à forma de oferecimento da defesa do executado e estabeleceu um rito procedimental mais simples, focando a tutela satisfativa (execução), agora, sob a mira do exequente, e não mais do executado.

Trata-se da impugnação do executado, prevista no art. 525 do CPC. Todavia, em relação às execuções fundadas em processo autônomo (título executivo extrajudicial), a oposição típica do executado – com a mesma função da *impugnação* nas execuções fundadas em título judicial – manteve-se com o nome de embargos do executado (art. 916).

3. AS OPOSIÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DO EXECUTADO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A tutela jurisdicional executiva fundamenta-se em título executivo judicial ou extrajudicial, e, seja ela realizada por meio de um cumprimento de sentença (fase executiva de um mesmo processo), seja ela prestada mediante processo autônomo (extrajudiciais), em ambas as hipóteses o legislador disponibilizou ao executado duas modalidades, típicas e clássicas de opor-se à execução contra si instaurada: a impugnação do executado, prevista no art. 525 do CPC para atacar o cumprimento de sentença, e os embargos do executado, regulados pelos arts. 916 e ss. do CPC, que se destinam a atacar as execuções fundadas em título executivo extrajudicial.

Assim, resumindo tratando-se de execução fundada em título judicial, realizada em processos sincréticos, o executado dispõe de uma exceção (defesa), a qual foi denominada pelo Código “impugnação do executado”, cuja disciplina jurídica é regulada pelo art. 525 do CPC.

Por outro lado, tratando-se de execução fundada em título extrajudicial, por processo de execução autônomo, o Código oferece ao executado a defesa conhecida como *embargos do executado*, que é formalmente uma ação com conteúdo de defesa, e cuja disciplina está regulamentada pelos arts. 916 e ss. do CPC.

Contudo, é importante deixar claro para o leitor que tais modalidades de defesa possuem prazo e momento específico para serem opostos pelo executado, de forma que poderá surgir, após o momento destes remédios, situações jurídicas que permitam ao executado o controle da validade e regularidade do procedimento executivo e dos respectivos atos. Já pensando nestas hipóteses, o legislador deixou claro, no texto do art. 518 que “todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e neste serão decididas pelo juiz”.

É preciso deixar muito claro que ao longo da cadeia procedimental, mormente nas execuções por expropriação em que o itinerário é mais longo, o próprio legislador prevê outras modalidades de oposição (defesa) do executado que não são sem a *impugnação do executado* e nem mesmo os *embargos à execução*.

Assim, por exemplo, a figura da *impugnação* indisponibilidade dos ativos financeiros, prevista no art. 854, §§ 2.º e 3.º, cujo prazo é de cinco dias e a matéria alegável é restritíssima. Tal impugnação não substitui gera a preclusão para o oferecimento dos embargos ou da impugnação do executado.

Outro exemplo é o caso de vício na arrematação (ineficácia, invalidade etc.) que permite a impugnação do referido ato nos termos do art.

903, § 1.º, no prazo de dez dias após o seu aperfeiçoamento.

Há ainda a possibilidade de impugnação à avaliação descrita no art. 874 que poderá acarretar a modificação quantitativa ou qualitativa da penhora.

O CPC também prevê no art. 917, § 1.º, e no art. 525, § 11, informam que é possível fazer uma impugnação por simples petição para controle da validade e adequação da penhora e da avaliação quando estas forem realizadas após o momento que o executado tinha para oferecer os embargos ou a impugnação do executado.

Como se disse, nenhuma destas modalidades de oposição ou defesa é feita por intermédio dos meios típicos da impugnação do executado ou dos embargos à execução, embora estejam tipicamente prevista no CPC.

Mas não é só. O próprio CPC reconhece que sendo estas modalidades típicas de o executado opor-se a execução, e que são elas motivos pelo ônus da impugnação por parte do executado, nada impede que em vez de usar destas defesas ele valha-se de ações autônomas, como a que foi mencionada no art. 903, § 4.º, ou ainda a demanda do art. 776 do CPC.

4. A IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO NO CPC

Ao criar a *impugnação do executado*, o legislador pretendeu que a nova figura fosse formal e materialmente uma defesa oposta pelo executado, pois a sua existência teria origens nas *exceções de pré-executividade* (que foram criadas pela praxe forense).

O que se quer dizer é que a *impugnação do executado* é uma modalidade de reação (com natureza de defesa) típica do executado que está formalmente prevista no art. 525, e existe expressamente inserida no procedimento executivo para pagamento de quantia certa, mas que se empresta, no que couber para as demais modalidades de cumprimento de sentença (das obrigações específicas) nos termos do art. 537. É, portanto, uma técnica de defesa que contém uma pretensão de destruir os atos do

procedimento executivo, fundamentando-se em defesas materiais e/ou processuais.

Tratando-se de execução fundada em título extrajudicial, os embargos constituem o meio típico para o executado se defender incidentalmente à execução instaurada. Agora, a defesa incidental no cumprimento de sentença para pagamento de quantia (e por analogia às demais execuções específicas quando isso se mostrar necessário) é reconhecida pelo nome de *impugnação* do executado.

5. OS EMBARGOS DO EXECUTADO NO CPC

Os embargos do executado são um instituto exclusivo do Livro II da Parte Especial do CPC, previsto nos arts. 916 e ss., ou seja, a técnica típica eleita pelo legislador para que o executado oponha-se à execução fundada em título executivo extrajudicial contra si proposta.

Assim, se a execução é sincrética (fase de um mesmo processo), a técnica de oposição é a impugnação do executado; se a execução é autônoma (processo executivo autônomo), então a oposição típica se faz por embargos.

6. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E A IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO: PROCESSO INCIDENTAL E INCIDENTE PROCESSUAL

“Embargos” é um termo promiscuamente utilizado, já que possui vários conceitos no processo civil, podendo significar recurso, ação e até mesmo meio de defesa.¹ Destarte, apesar dessa pouca utilização do termo, todos os “embargos”, independentemente do instituto que ele tipifica, todos eles possuem o inequívoco traço comum, semântico, de significar um obstáculo, uma barreira, um embaraço. Assim, seja na função de recurso ou de ação ou ainda de meio de defesa, os embargos sempre

possuem o condão teleológico de determinar um embaraço ou barreira. Esse entendimento se comprova quando estudamos e identificamos a origem etimológica da palavra em estudo. Como se pode ver, “embargar vem de *borgên*, o mesmo radical de barganhar, embaraçar, entrave, suspensão, obstáculo, oposição de direitos contra decisão considerada injusta. Surgiu na linguagem marítima, e significava a apreensão de navio insolente, destinada a garantir dívida, pagamento de taxas portuárias”.²

No direito romano, a figura da *actio judicati* não possuía força coativa de invasão do patrimônio, de modo que, justamente por isso, o instituto dos embargos era desafeto a esse procedimento. Por isso mesmo, Moacyr Lobo da Costa,³ em memorável obra, identificou que o instituto em tela não encontra respaldo histórico nem no direito romano nem no direito germânico, e tampouco no direito canônico. Todavia, de outra parte, os embargos do devedor foram identificados pelo citado jurista como uma criação do direito lusitano.

Já a impugnação do executado no cumprimento de sentença tem a sua origem nos próprios embargos do executado. É que, antes do surgimento da Lei 11.232/2005, o devedor dispunha dos embargos do executado como meio processual típico para atacar a execução, seja sob o aspecto formal, seja sob o aspecto material.

Contudo, com o advento da citada lei, sedimentou-se uma nova disciplina no CPC/1973 em relação à tutela executiva, disciplina essa que já havia sido iniciada com as execuções imediatas (sincréticas) das obrigações específicas (arts. 461 e 461-A introduzidos no CPC de 1973 pelas Leis 8.952 e 10.444), onde já se tinha experimentado o fim dos embargos do executado.

Assim, com o surgimento da Lei 11.232/2005 que modificou novamente o CPC de 1973, também as execuções para pagamento de quantia passaram a ser prestadas mediante processos sincréticos, e, por isso,

para manter a sistemática, o legislador suprimiu os embargos do executado quando a execução fosse fundada em título judicial.

Todavia, embora tenha suprimido os “embargos do devedor”, por outro lado, criou a *impugnação do executado* (arts. 475-L e 475-M do CPC de 1973) nas execuções para pagamento de quantia.

A impugnação do executado foi mantida no CPC de 2015 no art. 525 tendo uma redação muito próxima da que se tinha no CPC revogado.

No fundo, o legislador apenas mudou o nome do instituto (embargos para impugnação), porque a defesa do executado, antes feita pela via dos embargos, passou a ser feita mediante a *impugnação*. Ontem, embargos à execução; hoje, impugnação do executado.

Na prática, a diferença é quase nenhuma. Nem o fato de *este ser um incidente processual e aquele ser um processo incidental* cria diferenças substanciais entre os institutos, porque aquele só é um processo incidental por pura opção do legislador. Como já se disse, em ambos a pretensão do executado é de oferecimento de uma *defesa* que obstaculize a execução por quantia contra si iniciada. Tal defesa recebeu o nome de “impugnação do executado”, e vem disciplinada no art. 525 do CPC, contendo nada mais nada menos do que quinze parágrafos.

Não se nega, também, que o instituto praxista da “exceção de pré-executividade” acabou servindo de estímulo e parâmetro (ainda que só existente na prática) para delimitar o *modus operandi* dessa modalidade de oposição prevista no capítulo referente ao cumprimento da sentença, mas nos parece que é no atual art. 518 que a *objeção de pré-executividade* deve se manifestar com alguma frequência.

Assim, a impugnação do executado tem natureza de incidente processual que se manifesta por intermédio de uma defesa do executado no curso de um cumprimento de sentença realizado em um processo sincrético. Já os embargos do executado têm natureza de processo incidental que se

manifesta por intermédio do exercício de uma ação incidental que se opõe às execuções fundadas em título executivo extrajudicial.

Entretanto, no tocante ao conteúdo do que pode ser arguido, as duas oposições se igualam, posto que ambas podem ser opostas à técnica (processo) ou pretensão executiva, trazendo a lume, como fundamento à sua interposição, matérias típicas de uma defesa, processual ou de mérito, ou ambas.

Essas oposições típicas – a impugnação e os embargos do executado – se manifestam por meio de um incidente processual e por um processo incidental, ambos instaurados por provocação do executado.

Tanto o incidente processual como o processo incidental possuem um juízo de admissibilidade e mérito, e, regra geral, razões formais e procedimentais é que determinam a diferença de um para o outro. Basicamente, o legislador denomina incidente processual aquelas situações jurídicas em que o mérito que nelas se discute (seu objeto de julgamento) não é, propriamente, uma lide, ao passo que, quando o objeto de discussão incidental é uma lide (que poderia ser oposta de forma até autônoma), a sua provocação dá ensejo a um processo incidental.

No presente caso, tanto a *impugnação* como os *embargos* do executado constituem técnicas de oposição à execução. Em ambas, o conteúdo a ser deduzido não discrepa (matéria de rito ou de mérito), e apenas razões procedimentais estabelecem a diferença entre elas.

Assim, seja no incidente processual, seja no processo incidental, existem um juízo de mérito e um juízo de admissibilidade, tal como estudado de forma mais específica adiante.

Mesmo que o legislador tenha tido a intenção de *desformalizar e desburocratizar* a reação do executado nas execuções fundadas em título executivo judicial – e assim não ter atribuído natureza de ação à impugnação –, permanece a regra de que nessa *impugnação* o executado

tem o encargo de provar as alegações que fez, seguindo, nesse particular, as regras de distribuição do ônus da prova do CPC.

Destarte, por se tratar de um incidente cognitivo no curso do módulo executivo (que possui a característica de ser de *desfecho* único), entendemos *de lege ferenda* que, sempre que oferecida a *impugnação*, deveria o juiz abrir um procedimento lateral, à parte, distinto do procedimento executivo, para evitar tumulto processual e mistura de atividades e funções jurisdicionais tão distintas. Mas, não é como pensou o legislador que expressamente determina que seja a *impugnação* oferecida nos autos do cumprimento de sentença (art. 525, *caput*).

7. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DO EXECUTADO

A natureza jurídica dos embargos do executado, consoante a esmagadora doutrina, incluindo a alienígena, é de que o referido instituto é mesmo uma ação incidental à execução,⁴ nos mesmos moldes do modelo germânico, e não somente uma mera resposta do executado com funções análogas à da contestação existente no processo de conhecimento.

Se compararmos as matérias, de rito ou de mérito, que podem ser alegadas por intermédio dos embargos do executado, certamente que tenderemos a dizer que os mesmos têm natureza jurídica de defesa. Analisando cada inciso do art. 917 do CPC, possivelmente nos convenceríamos mais ainda de um possível papel de defesa desse remédio processual. Se, ainda por cima, lermos com maior precisão o inc. VI do art. 917, aí teremos certeza maior de que o próprio CPC faz uma comparação entre o que pode ser alegado pelos embargos do executado e as matérias de *defesa* que poderiam ser opostas em um processo de conhecimento por intermédio de uma contestação. Como se disse, todos esses aspectos nos levariam inelutavelmente a considerar os embargos como meio de defesa, e não de ataque.

Por outro lado, não é por amor à literalidade dos dispositivos do CPC que regulam o procedimento dos embargos, que inclusive aludem a seu término por sentença (art. 920, III), que nos faz crer que esse seja o único motivo para considerá-lo como uma verdadeira ação⁵ que é oposta pelo executado contra o exequente. As razões são fruto de engenhosa técnica legislativa.

É que, na medida em que o legislador tenha reservado o processo de execução para um desfecho único, que é a satisfação do crédito exequendo, criando uma sequência ordenada de atos processuais voltados ao referido fim, e em que se mostra inapropriada qualquer discussão ou contraditório sobre o mérito ou sobre a própria relação processual executiva (justamente para que a mesma não impeça desordenadamente o encadear dos atos processuais executivos), verifica-se que não seria lógico que no meio dessa relação processual executiva fosse possível o oferecimento da defesa, criando ali mesmo um incidente cognitivo, causando um tumulto na direção e sequência dos atos executivos.

Assim, esse parece ser um dos motivos pelos quais o legislador processual reservou aos embargos do executado o meio próprio e adequado para se arguir defesas processuais e de mérito relativas à execução. Por isso, um incidente separado, à parte, mas conexo com o seu objeto de ataque. É verdade que o legislador poderia ter tratado os embargos como um *incidente processual cognitivo com procedimento lateral e apenso ao principal* (execução), que em nada mudaria o seu conteúdo, pois continuariam veiculando uma defesa. Optou o legislador por oferecer ao executado a via da ação como forma de se obstar a execução fundada em título executivo extrajudicial, mas, repita-se, o conteúdo dessa “ação” é, sem dúvida, de defesa.

Outro motivo para atribuir natureza jurídica de ação aos embargos do executado parece ter sido o fato de que, ao tratá-los como ação e não como uma simples defesa, o legislador manteria a eficácia abstrata do título

executivo, obrigando o devedor a provar as alegações formuladas em sua “defesa” (*rectius* = ação) com fulcro nas regras de distribuição do ônus da prova onde, regra geral, aquele que alega o fato constitutivo tem o ônus de prova-lo, fossem eles ou não, exceções substanciais ou simples alegações de nulidade do processo de execução. O encargo da prova sempre caberia ao executado, em outro processo, respeitada a eficácia abstrata do título executivo e o desfecho único do procedimento executivo.⁶

8. NATUREZA JURÍDICA DA IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

Com relação à “impugnação do executado”, prevista no art. 525 do CPC, o legislador lhe atribuiu, formal e materialmente, a condição de “defesa do executado”, a ser exercida no curso do procedimento executivo, formando um incidente processual que, segundo pensamos, contrariamente ao que determina o legislador, deveria ter um procedimento apartado ao processo principal.

A rigor, é um remédio ímpar, porque agrega uma *pretensão* à desconstituição do procedimento executivo, que usa como suporte, para tanto, matéria de defesa.⁷

Nessa oposição, existe limitação horizontal da matéria, que poderá ser alegada, restringindo-se ao conteúdo descrito no § 1.º do art. 525,⁸ além de qualquer outra questão de ordem pública posterior à fase cognitiva em respeito ao art. 508 do CPC.⁹

Dito remédio pode ser processual ou material, dependendo do conteúdo do que for alegado, podendo atingir a pretensão executiva ou apenas os aspectos formais da tutela executiva.

9. A PRETENSÃO NOS EMBARGOS DO EXECUTADO

Identificado o fato de que os embargos do devedor são verdadeira ação de conhecimento, resta-nos descobrir, segundo a classificação que leva em consideração o pedido imediato formulado pelo autor, qual a natureza jurídica da tutela jurisdicional pretendida.

A maior parte da doutrina nacional determina que o pedido formulado na ação de embargos do devedor é de natureza constitutiva (obviamente, se for procedente), já que o que se pretende obter pela sentença de procedência é a “desconstituição do título executivo”.¹⁰ A regra deve ser vista *cum grano salis*, porque a natureza jurídica da demanda de embargos irá depender do pedido formulado pelo embargante. Se o mesmo pretender atacar única e exclusivamente a relação processual executiva, arguindo, por exemplo, a cumulação indevida de execuções, certamente estará incólume o documento representativo do crédito (título), que poderá ser executado posteriormente, mesmo que sejam procedentes os embargos.

Nesse caso, tem-se, por meio dos embargos, uma tutela jurisdicional declaratória de que o exequente não possui o direito à via processual executiva nos termos ali pleiteados, mas isso não cria nenhuma ranhura no crédito exequendo.

Assim, admitimos que a natureza jurídica dos embargos do devedor dependerá do pedido formulado pelo embargante, mas de antemão se previne que o horizonte dos embargos está limitado à obtenção de uma tutela declaratória ou constitutiva, sendo até mesmo perfeitamente possível a conjugação das duas eficácias em determinados casos. Essa conjugação de eficácias resulta do fato de que a tutela executiva finca-se em uma pretensão insatisfeita (mérito) que só poderia ser discutida no âmbito dos embargos do executado, e, ao mesmo tempo, essa mesma pretensão insatisfeita é documentalmentemente representada em um título executivo, que, por sua vez, é quem viabiliza a tutela executiva.

Assim, quando por meio dos embargos do executado se ataca o mérito da pretensão executiva e o derruba, declarando-se, por exemplo, a

inexistência do débito, certamente o documento que representa o crédito (ora declarado inexistente) e que torna viável a tutela executiva perde a sua razão de ser, pois, após o que restou decidido nos embargos, ele, documento, representa um nada, e aquela “eficácia abstrata” que possuía e viabilizava a tutela executiva é desfeita pela sentença proferida nos embargos do executado, anulando todos os eventuais atos processuais executivos que já tenham sido praticados.

Há ainda um argumento da doutrina para justificar uma natureza não constitutiva negativa da ação de embargos (regra geral); é no exemplo que se dá quando a sentença prolatada nos embargos acolhe a alegação de excesso de execução nos moldes do que estabelece o art. 917, III, §§ 2.º, 3.º e 4.º, do CPC.¹¹⁻¹²

Nesse caso, acreditamos que, além do fato de que toda sentença possui um cunho declarativo, ela não teria perdido a sua natureza constitutiva negativa, já que teria “modificado” uma situação jurídica preexistente fundada na ação executiva fundada no seu respectivo título.

10. A “PRETENSÃO” NA IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

Uma vez reconhecida a natureza jurídica de defesa que forma um incidente processual, não é fácil descobrir qual a natureza jurídica da *impugnação do executado*. Como toda e qualquer defesa oferecida no curso de um processo, ela poderá ter uma finalidade peremptória ou dilatória, se levar à extinção ou dilatação do procedimento executivo. Poderá, ainda, ser de mérito ou de rito ou misto, se o seu conteúdo for matéria relacionada à pretensão executiva ou ao procedimento ou a ambos.

Assim, se pretender atacar a relação jurídica de direito material que fundamenta a execução (art. 525, § 1.º, VII), então a sua pretensão será declaratória negativa, sendo efeito reflexo do seu acolhimento a

desconstituição dos atos executivos que se embasavam na referida pretensão.

Todavia, se a defesa for apenas de rito, então a finalidade será barrar o procedimento executivo, dilatando-o ou extinguindo-o.

Observe-se, contudo, que, mesmo sendo um incidente processual, é claro e óbvio que, se houver matéria de mérito, como as alegadas no art. 525, § 1.º, VII, do CPC, certamente existirá o contraditório, se necessária a dilação probatória, e a decisão judicial que puser fim ao incidente terá aptidão para fazer coisa julgada material sobre o mérito decidido (art. 776 do CPC).¹³

Outra situação interessante ocorre com o fundamento previsto no art. 525, § 1.º, I, onde por meio da impugnação do executado pretende-se atacar o processo de conhecimento que deu origem ao título executivo judicial.

Nesse caso, possui a referida defesa a intenção e obter um pronunciamento declaratório de inexistência de relação jurídica, pois se argumenta que nem teria havido o processo (relação jurídica processual) para que houvesse título judicial. Veja-se que o fato de se conseguir a extinção do processo de execução com a “anulação” do título com base no fundamento do art. 525, § 1.º, I, é justamente porque nada se precisou anular, pois, nenhum título chegou a existir.

O processo executivo se vê prejudicado por uma condição lógica de que a sua existência dependia de um título formado em uma relação jurídica processual, que foi “declarada” inexistente por via da impugnação do executado. O objeto precípua desta impugnação, com base no art. 525, § 1.º, I, é a declaração de inexistência de relação jurídica processual anterior, e não simplesmente dizer que não há título executivo, por ter sido obtido em processo que sequer chegou a se formar.

11. EMBARGOS DO DEVEDOR E EMBARGOS DE TERCEIRO

Os embargos do devedor seriam mais bem denominados, por amor à técnica, embargos do executado, posto que as expressões “credor e devedor” são signos utilizados para o direito substancial, além do que nem sempre o executado é devedor, e os embargos que opuser poderão declarar a condição de ilegítimo, e, portanto, de não devedor.

Como o nome mesmo já diz, tal demanda deve ser oposta pelo devedor ou responsável (executado), e não por terceiro estranho à relação jurídica deduzida na ação executiva.

Apesar de ambos possuírem natureza jurídica de ação e, ainda, possuírem o mesmo nome (embargos), possuem finalidades diferentes.

Nos embargos de terceiro, este propõe ação para defender-se de esbulho judicial não somente em processos de execução, como em qualquer outro procedimento. Nos embargos do devedor, como diz Liebman,¹⁴ ataca-se o título. Todavia, se pretenderem a não sujeição dos seus bens ao esbulho judicial, a medida correta é a dos embargos de terceiro, que possui um procedimento específico para essa ação (arts. 674 e ss. do CPC).¹⁵

12. EMBARGOS DO DEVEDOR E IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO: DISTINÇÕES

É inegável que a ação de embargos do executado – uma engenhosa técnica jurídica – constitui a origem mais próxima do recente instituto da *impugnação do executado*, prevista no art. 525 do CPC. Também é verdade que muitas das considerações feitas para um instituto valerão para o outro, dado o tronco comum, e dado o fato de que, em sentido lato, ambos se voltam contra a execução, porque, materialmente falando, ambos são meios de reação do executado. Mas há diferenças que precisam ser explicitadas.

A primeira delas é que os embargos do executado possuem natureza mista, pois formalmente considerada pelo legislador uma *ação* incidental do executado contra o exequente; mas que possuem conteúdo de *defesa*. A ação de embargos forma um processo incidental. Já a impugnação a que se refere

o art. é, formal e materialmente, uma defesa oposta pelo executado que leva à formação de um incidente processual e que o executado interpõe no curso e dentro da execução contra si perpetrada em processo sincrético que contempla uma fase cognitiva e outra de cumprimento de sentença.

Em segundo lugar, os embargos do executado só têm lugar nas execuções fundadas em título extrajudicial, em que a execução precede o contraditório, que, se houver, será pela forma típica dessa ação de conhecimento. Já a impugnação do executado existe apenas como defesa do executado em processos sincréticos, em que a execução se faz por módulo ou fase de uma mesma relação jurídica processual denominada de *cumprimento de sentença*, ou seja, o título executivo judicial é precedido de contraditório.

Outra distinção diz respeito ao fato de que os embargos do executado podem ser manejados por ele contra qualquer modalidade de execução fundada em título extrajudicial (expropriação, desapossamento ou transformação), ao passo que, ao menos aprioristicamente, a impugnação do executado, prevista no art. 525, não por acaso, está localizada e reservada ao cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia, muito embora não seja inviável, excepcionalmente, manejar a impugnação nas execuções dos arts. 536 e 538 do CPC.¹⁶

Do ponto de vista procedimental, também há distinção entre os embargos do executado e a impugnação do executado, embora ambos não sejam dotados de efeito suspensivo, que agora só será concedido mediante o preenchimento de condições que levem o juiz a conceder o referido efeito (*ope judicis*), ou seja, excepcionalmente, se o executado demonstrar o risco de dano e prejuízo irreparável caso a suspensão não for concedida.

No tocante ao processamento de um e outro, muitas são as distinções, a começar pelo fato de que uma é formalmente uma ação, que forma um processo incidental, e a outra é formalmente uma defesa, que

forma um incidente processual, muito embora, nos dois casos, em razão da eficácia abstrata do título executivo, recaia sobre o executado o ônus de provar as alegações e fundamentos de sua defesa.

Sendo uma ação, os embargos do executado seguem o trâmite normal de uma demanda (petição inicial, citação, resposta, réplica, audiência etc.), respeitadas as condições específicas para seu ajuizamento (tempestividade etc.). Sendo a “impugnação do executado”, formalmente uma defesa, seu processamento é mais simples, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, inclusive, se houver necessidade de dilação probatória.

Outra importante distinção entre um e outro é que os embargos do executado sempre levam à formação de um procedimento próprio que ficará apenso aos autos da execução, em um típico caso de processo incidental com seu próprio procedimento. Já na impugnação do executado do art. 525 do CPC, a sua interposição é feita diretamente no próprio procedimento executivo e não formará autos apartados para o seu processamento. Portanto, a regra é que será processada ali mesmo no procedimento executivo do processo sincrético (art. 525 do CPC).¹⁷

Tanto na impugnação do executado quanto nos embargos à execução a segurança do juízo não é requisito para o oferecimento das referidas oposições.

Quando o Código cuida dos embargos do executado – nas execuções fundadas em título extrajudicial –, o art. 914¹⁸ é claro e incisivo ao dispensar tal exigência para o seu oferecimento. Assim, desvincula, claramente, a segurança do juízo com a interposição dos embargos. Mais à frente, o legislador, no art. 919, § 1.º, expressamente impõe como um dos requisitos para a obtenção do efeito suspensivo nos embargos que “que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.¹⁹

Há, portanto, neste particular, identidade de regimes jurídicos entre as duas modalidades de oposição, já que para ambas não se exige a segurança do juízo para a interposição das duas oposições.²⁰ A

desnecessidade da previa segurança do juízo para oferecimento da oposição reside no fato de que tal exigência não faz nenhum sentido se considerarmos que nos embargos e na impugnação o efeito suspensivo depende de pedido e comprovação de requisitos perante o juízo. Há muito não existe mais o efeito suspensivo *ex lege* onde bastava interpor a oposição para que fosse suspensa a execução.

Para se compreender tal aspecto é preciso lembrar que a segurança do juízo nunca esteve vinculada à própria defesa do executado no curso da execução, mas, exatamente ao efeito paralisante que nela causava (*ex lege*) – efeito suspensivo –, que antes das reformas pelas quais passou o CPC de 1973 nos idos de 2005 e 2006 decorria da simples interposição dos embargos do executado.

Ora, sob essa perspectiva (enquanto existia o efeito suspensivo *ope legis* dos embargos), a segurança do juízo tinha por finalidade, a um só tempo, atender aos anseios do executado e do exequente. Daquele porque permitiria a discussão de rito e de conteúdo da execução nos embargos, com a certeza de que a execução ficaria paralisada até o julgamento da referida oposição. Deste porque, embora a execução estivesse paralisada, estaria garantida pelo ato executivo instrumental (penhora, depósito etc.), evitando, em tese, prejuízo ao exequente no caso de rejeição dos embargos do executado.

Entretanto, com a reforma da execução civil trazida pelas Leis 11.382/2006 e 11.232/2005 no CPC de 1973, e, agora sedimentada de forma clara e inequívoca pelo CPC de 2015, aboliu-se a segurança do juízo para a interposição de ambas as modalidades típicas de oposição, na medida em que o efeito suspensivo *ex lege* não existe para nenhuma das duas, posto que é *ope judicis* a concessão do efeito suspensivo, ou seja, agora cabe ao juiz, no caso concreto, verificar se é justificável a suspensão da execução segundo os fundamentos trazidos pelo executado na impugnação ou nos embargos.

Logo, não há efeito suspensivo pela simples interposição da impugnação ou dos embargos. Por isso, não havendo tal efeito, poderá o exequente, independentemente da interposição da defesa do executado, exigir que a execução prossiga o rumo normal, sem qualquer obstáculo. Assim, não faria sentido que ainda se exigisse a prévia segurança do juízo como requisito para embargar ou impugnar a execução, sendo, pois, uma exigência supérflua e que ofenderia, claramente, o exercício constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Assim, ainda que se trate de cumprimento de sentença, e, portanto, título executivo já passado pelo crivo do Poder Judiciário, não se vislumbraria qualquer prejuízo para a execução se a defesa do executado fosse desprovida de efeito suspensivo.

De mais a mais, deve-se dizer ainda que, como o regime jurídico da nomeação à penhora é ônus do exequente, mais ainda se mostraria esdrúxula a prévia segurança do juízo para o oferecimento da impugnação.

Pensamos, sim, que, em relação à segurança do juízo, esta é condição necessária – como expressamente diz o legislador – para a obtenção do efeito suspensivo na oposição oferecida à execução contra si instaurada, ou seja, a segurança do juízo é condição necessária – mas não suficiente – para a obtenção do efeito suspensivo da execução.

13. CLASSIFICAÇÕES GENÉRICAS APLICÁVEIS AOS EMBARGOS E À IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

Diversas são as classificações existentes para as ações de embargos à execução, que podem, *de lege ferenda*, ser estendidas para a impugnação do executado. Adotaremos a classificação de Liebman,²¹ apenas por um critério didático, e sempre lembrando que, antes de se excluïrem, as classificações se completam:

- ✓ quanto ao título:
 - a) impugnação ao cumprimento de sentença;
 - b) embargos ao processo de execução;

- ✓ quanto à matéria:
 - a) impugnação ou embargos do executado à pretensão executiva (de mérito);
 - b) embargos ou impugnação do executado aos atos da execução (de rito ou forma);

- ✓ quanto à totalidade da matéria impugnada ou embargada:
 - a) totais ou parciais.

14. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS E DA IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

A pretensão exercida por intermédio de uma ação (processo incidental) ou por uma exceção (incidente processual) não escapa da análise de um juízo de admissibilidade e um juízo de mérito. Assim, analisemo-nas no processo incidental da ação de embargos e no incidente processual da impugnação do executado. Os requisitos de admissibilidade são os seguintes: interesse e legitimidade.²²

14.1 Interesse processual

O interesse processual personifica-se no binômio *necessidade e adequação*, procedimento adotado para se obter a tutela jurisdicional solicitada. Enquanto a necessidade da tutela é aspecto que toca o mérito da demanda, a adequação é aspecto exclusivo do direito processual, relacionado à escolha adequada da via procedimental os limites ofertados pelo legislador processual para se alcançar o resultado pretendido. O

interesse é “processual” porque recai sobre o provimento, que, em tese, será apto para debelar a necessidade invocada. Assim, deve *haver necessidade* de tutela, e *deve-se escolher a via procedimental adequada* (prevista pelo legislador) apta a ofertar o provimento pretendido.

Em sede de embargos e de impugnação do executado a regra não diverge quanto a tal requisito, exceto porque há aspectos específicos que merecem uma digressão um pouco mais analítica, em especial o prazo para o oferecimento desses remédios e os limites da pretensão que pode ser deduzida na ação (embargos à execução) ou na exceção (impugnação do executado).

14.1.1 Os limites da cognição e adequação do pedido à via eleita

Especificamente com relação a este requisito, tem-se o seguinte. Se se tratar de execução fundada em título executivo extrajudicial, não há limitação horizontal sobre a cognição matéria a ser objeto dos embargos, consoante determina o próprio art. 917, VI, do CPC. Todavia, tratando-se de execução fundada em título executivo judicial para pagamento de quantia, o próprio CPC, no seu art. 525, § 1.º, determina que:

§ 1.º Na impugnação, o executado poderá alegar:

- I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II – ilegitimidade de parte;
- III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- IV – penhora incorreta ou avaliação errônea;
- V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que

supervenientes à sentença.

Assim, parece-nos que falta interesse de agir, sob o matiz da adequação, quando o executado pretende obter por meio da impugnação do executado a análise e o julgamento de matérias que estejam fora dos limites cognitivos estabelecidos pelo legislador para esta modalidade de defesa. O magistrado está adstrito à análise desses fundamentos na impugnação oposta ao cumprimento de sentença, pois a ausência de quaisquer desses fundamentos deverá culminar com a rejeição liminar da defesa no que for incompatível com os limites estabelecidos pelo legislador.

Enfim, esses são os limites da pretensão que esta via processual admite como adequados de serem postulados pela parte. Nesse caso, o juiz, ao analisar a situação, não estará julgando a pretensão do executado, dizendo ser procedente ou não, mas apenas verificando se aqueles pedidos poderão ser requeridos na referida impugnação, ou seja, se a via processual eleita é adequada. Pode-se dizer que, diante da limitação horizontal da matéria alegável pela impugnação do executado, esta só poderá fundamentar-se no conteúdo descrito nesse dispositivo, permitindo-se apenas que constem outras questões de ordem pública, desde que supervenientes à sentença proferida no módulo ou fase cognitiva. Do contrário, o juiz deverá rejeitar de plano a defesa manifestada no incidente processual.

No que é pertinente aos embargos à execução (opostos à execução fundada em título executivo extrajudicial), repita-se, por serem de “fundamentação livre” não sofrem a mesma restrição do remédio anterior, já que o executado poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir em uma contestação (art. 917, VI).

14.1.2 O prazo nos embargos e na impugnação do executado

Como os meios de oposição do executado (impugnação e embargos) são exercidos no curso de um cumprimento de sentença ou de um processo de execução, dela dependem para ser exercidos pelo executado. Tratando-se de impugnação do executado, forma-se um incidente processual (normalmente apenso aos autos da execução), enquanto os embargos do devedor são exercitados por ação, que gera a formação de um processo incidental, sendo sempre processados em autos apartados.

Assim, ambos não existem sem uma execução iniciada, porque sobre elas incidem. Exatamente por causa desse caráter incidental³³ é que, para exercitar esse direito, o prazo para sua propositura é aspecto de fundamental importância, ou seja, verdadeiro requisito de admissibilidade.

Assim, a oposição intempestiva do executado (impugnação ou embargos) carece de interesse processual, por não se ter adotado o *procedimento adequado* à sua propositura. Trata-se de aspecto puramente processual para o exercício da impugnação ou dos embargos do executado.

O prazo para o oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença, assim como o dos embargos ao processo de execução, é de 15 dias. A diferença está, basicamente, no início do *dies a quo*.

O prazo para o oferecimento da impugnação é de 15 dias e vem descrito no art. 525, *caput*, contando-se o seu início do fim do prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário.

É curioso notar, mas o prazo para o oferecimento da impugnação do executado só se inicia: a) se não adimplir a obrigação no prazo de 15 dias descrito no art. 523; b) no primeiro dia após o prazo de 15 dias que tinha para cumprir a obrigação.

A rigor, portanto, quando o executado é intimado para pagar em quinze dias o crédito exequendo nos termos do art. 523 do CPC ele também está sendo intimado para oferecer a sua impugnação nos 15 dias subsequentes ao prazo anterior se não tiver adimplido total ou parcialmente a obrigação exequenda.

Obviamente que o devedor não precisa aguardar o término desse primeiro quinquídio que é destinado à realização do adimplemento “voluntário” para oferecer a sua impugnação, podendo apresentar sua defesa naquele primeiro prazo.

Já o prazo de 15 dias para o oferecimento dos embargos do executado a serem opostos contra a execução fundada em título executivo extrajudicial tem o seu início contado da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, como prescreve o art. 915 do CPC.²³

Mas, e se a execução for proposta ou requerida contra vários executados? A resposta aos questionamentos encontra-se expressa no § 1.º do art. 915 do CPC.

Assim, quando houver mais de um executado, o prazo é individual para cada um deles embargar, contando-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo se cônjuges ou companheiros, caso em que será contado a partir da juntada do último comprovante de citação.

Observe-se, ainda, que, nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz depreca do ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo da juntada, na carta, da certificação da citação, quando versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens. Com a referida regra, o executado deve ficar atento, porque, uma vez citado no juízo deprecado, o termo *a quo* dos embargos não será da juntada no juízo deprecante do mandado de citação devidamente cumprido, mas apenas da comunicação do juízo deprecado ao juízo deprecante, inclusive por meios eletrônicos, da realização da citação do executado. Por outro lado, tratando-se de embargos que versem sobre matérias diversas de vícios da penhora, avaliação ou alienação dos bens, o prazo conta-se da juntada, nos autos de origem, do comunicado de que trata o § 4.º do art. 915 ou, não havendo este, da juntada da carta devidamente cumprida.²⁴

14.2 Legitimidade das partes nos embargos e na impugnação do executado

14.2.1 Nos embargos do executado

Por se tratar de ação incidental com conteúdo eminentemente defensivo, portanto, cujo interesse de agir nasce invariavelmente da condição de se ver livre da execução contra si proposta, os embargos do devedor, na verdade, melhor seriam chamados de embargos do executado, já que não só o devedor (sentido material) poderá figurar na posição de executado. Assim, tem legitimidade para a propositura da ação de embargos, não aquele que poderia estar na condição de executado, mas que *já está* na posição de executado, independentemente da sua relação jurídica no plano material, pois é absolutamente viável pensar em uma ação de embargos para sustentar a ilegitimidade *ad causam*. Terá legitimidade para propor a demanda de embargos para arguir sua ilegitimidade *ad causam*.

O polo ativo da ação de embargos é impulsionado pelo executado (devedor ou responsável), que poderá ajuizar a demanda em litisconsórcio com outros embargantes ou isoladamente.²⁵ Deve-se falar ainda da hipótese criada pela Súmula 196 do STJ, que permite a possibilidade de o curador especial oferecer embargos para o devedor citado fictamente quando ocorrer revelia. A redação é truncada, porque não há revelia no processo de execução, e nem mesmo contestação.

Todavia, a disciplina do dispositivo pretende permitir que as matérias de defesa que são argúveis mediante embargos do executado também possam ser feitas pelo curador especial na hipótese da súmula (inércia do executado e citação ficta). Já em relação ao polo passivo dos embargos, é possível que o embargante ofereça embargos contra um ou contra todos os exequentes, e isso irá depender (o litisconsórcio facultativo ou necessário) da matéria embargada, se a todos atinge ou não. Assim, a alegação de ilegitimidade ativa, por exemplo, poderá ocorrer em relação a um dos

exequentes, mas a nulidade da execução deverá pôr no polo passivo, indispensavelmente, todos os exequentes.

14.2.2 Na impugnação do executado

Em relação à impugnação do executado, pode-se dizer que o legitimado ativo à impugnação é o *executado*, e o legitimado passivo é o *exequente*. Perceba-se que exequente e executado não serão, necessariamente, exatamente as mesmas pessoas que figuraram na condenação da sentença. Apenas o exequente, que requereu a execução, e o executado, em face de quem se requereu a execução, é que terão a legitimidade passiva e ativa da impugnação, respectivamente.

Havendo pluralidade de executados e exequentes, então a legitimidade ativa para impugnar se submeterá às regras de um possível litisconsórcio facultativo simples, pois a impugnação é um ônus, e muitas defesas ali ofertadas poderão ser individualmente opostas. Já no polo passivo, o eventual litisconsórcio é sempre necessário, pois todos os exequentes, obrigatoriamente, deverão estar no polo passivo do incidente. Contudo, quanto ao resultado, o litisconsórcio será do tipo simples, já que, dependendo da modalidade da matéria oposta, o juiz poderá acolher em relação a um e não a outros exequentes.

15. COMPETÊNCIA NOS EMBARGOS E NA IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

Como já tivemos a oportunidade de comentar, a competência absoluta do juízo é pressuposto processual de validade positivo, porque tem de estar presente na relação jurídica processual. Sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente é nula e rescindível no prazo decadencial que a lei determina.

A competência em sede de ação de embargos é funcional, que, como sabemos, é de natureza absoluta. Incide a regra do art. 61 do CPC,²⁶ que determina que a ação acessória segue a ação principal. O fato de ser ação incidental, que depende da existência do nascimento da ação executiva, faz que o mesmo juiz seja absolutamente competente para julgar a causa. Confirma o exposto pela incidência da regra prevista no art. 914, § 1.º, do CPC, ao dizer que “os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

Diz-se ser funcional essa espécie de competência, pois o “juízo da execução é o que está em melhores condições para apreciar os fundamentos invocados pelo embargante”.⁵⁴

É de se dizer que quando os atos executivos forem praticados em foro diverso daquele em que se instaurou o processo de execução (execução por carta) incide a regra do art. 914, § 2.º, que prescreve que “os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado”.

Já no tocante à *impugnação do executado*, parece ainda mais clara a regra da competência, porque esta é uma defesa ofertada no próprio procedimento executivo nos termos do art. 525, *caput*, do CPC.

Observe-se, contudo, que nem sempre a competência do juízo onde será realizado o cumprimento de sentença coincide com o juízo onde foi emanado o título executivo, uma vez que o art. 516, parágrafo único, relativizou regra da competência do juízo da execução, permitindo que ela se processe em juízo diverso daquele em que ocorreu a revelação da norma jurídica concreta.

16. PAGAMENTO DA QUANTIA E PRECLUSÃO LÓGICA PARA OPOR-SE À EXECUÇÃO

A qualquer tempo, desde que antes da adjudicação ou alienação, pode o executado remir a execução, pagando ao consignando, à vista, importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios, tal como enuncia o art. 826 do CPC.²⁷

Entretanto, o legislador incluiu no art. 916²⁸ uma hipótese especial de remição pelo executado, trazendo alguma vantagem em relação à forma de quitação total do débito. Essa *vantagem* pode ser exercida pelo executado no seu prazo para embargar. Assim, em vez de oferecer os embargos no referido prazo, o executado pratica um ato incompatível com a *defesa*, precluindo logicamente o direito de oferecer embargos do executado.

Deve-se notar que, para o executado, houve aí um *reconhecimento jurídico do pedido executivo*, e o que pretendeu ele no prazo em que poderia oferecer sua defesa (ação de embargos) foi pagar o exequente, só que diluindo esse pagamento em seis parcelas mensais.

É requisito para formulação da proposta no prazo dos embargos que o executado deposite, no mínimo, 30% do valor devido. Obviamente que essa é uma proposta que o exequente, que deve ser ouvido, não está obrigado a aceitar, especialmente se ele verifica que tem mais chances de receber integralmente e antes do referido tempo o valor total do crédito exequendo.

Entretanto, ainda que não aceita pelo exequente a proposta, ou se aceita e deferida pelo juiz, no caso de o executado não honrá-la, o exequente poderá levantar a quantia e ao embargado não existirá a possibilidade de oferecer embargos em razão da preclusão lógica, nos termos do art. 916, § 6.º.

17. FUNDAMENTOS (CAUSA DE PEDIR) A SEREM OPOSTAS PELO EXECUTADO

As recentes reformas do CPC têm alterado sensivelmente a disciplina da tutela jurisdicional executiva, e, nesse passo, a defesa do executado tem sofrido diversas modificações.

Com a supressão do processo de execução autônomo para as execuções fundadas em título judicial, a possibilidade de ajuizamento da ação de embargos do executado só permaneceu viva nos casos em que ainda se utiliza do *processo autônomo de execução*, tal como ocorre em todas as execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.

Nas demais modalidades – cumprimento de sentença–, a tutela executiva se faz em módulo executivo inserido e de forma imediata na mesma relação jurídica que formulou a norma concreta. No caso de cumprimento de sentença (arts. 513 e ss.) a formulação e a atuação da norma concreta, embora cada uma a seu tempo, são feitas na mesma relação jurídica processual instaurada uma única vez pelo demandante. Tal procedimento sacramentou o fim dos embargos do executado para tal modalidade executiva (cumprimento de sentença), que dispensou o processo autônomo de execução.

Isso não significa que não será possível fazer na mesma relação jurídica as eventuais defesas relativas a direitos ou fatos supervenientes ao título (art. 518 do CPC) e que influenciarão na tutela executiva.

Assim, ratificando, o executado poderá opor-se ao cumprimento de sentença manejando a *impugnação do executado* (art. 525) ou os *embargos do executado* (arts. 914 e ss.).

O fato de o título executivo que lastreia a execução ter ou não ter passado pelo prévio crivo do Poder Judiciário, enfim, se o título é ou não judicial, é determinante para se estabelecer a amplitude da matéria que poderá ser deduzida pelo executado.

Por isso, em seguida, analisaremos, separadamente, o conteúdo do que poderá ser *impugnado* ou *embargado* pelo executado.

17.1 Impugnação do executado

17.1.1 A taxatividade do rol

A impugnação do art. 525 possui restrições quanto à matéria que poderá ser objeto de “defesa” pelo fato de que as matérias anteriores à formação do título executivo judicial estão preclusas, aplicando-se a regra do art. 507 do CPC.²⁹

A impugnação do executado do art. 525 do CPC se inicia por petição simples (exceção) no prazo estabelecido no art. 525, *caput*, sob pena de preclusão. Por se tratar de defesa, o executado deve oferecer todas as matérias possíveis, restritas ao conteúdo do art. 525, § 1.º, em respeito à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 507), posto que se trata de cumprimento de sentença em processo sincrético.

A impugnação leva à formação de um incidente processual cognitivo limitado horizontalmente, ou seja, sobre aquilo que poderá ser objeto de alegação e conhecimento pelo juiz (cognição horizontal incompleta). Por causa desse aspecto – a limitação da cognição é apenas horizontal –, tem-se que, se a matéria discutida na impugnação for de direito substancial (v.g., art. 525, § 1.º, VII), haverá formação de coisa julgada material sobre o que restar decidido no incidente. Há, portanto, no rol do citado dispositivo, uma rigidez imposta pelo legislador que não poderá ser modificada pelo impugnante, não podendo aumentá-lo para incluir outras questões de natureza dispositiva.

A doutrina diverge a respeito da *taxatividade* do rol, já que há autores que entendem ser possível alegar outras matérias que ali não foram elencadas pelo legislador. Pensamos que isso não é possível, pois se trata de norma excepcional e com caráter restritivo, que deve ser assim interpretada.

Não obstante isso, pensamos que a taxatividade decorre, justamente, da oportunidade que já teve o executado de levantar e discutir todas as matérias em processo ou módulo de cognição.

Decorre, portanto, do efeito preclusivo da coisa julgada, a que se refere o art. 507 do CPC.

Na verdade, não só já teve a oportunidade como ainda, nesta, foi vencido. A doutrina cita exemplos de outras matérias que poderiam ser arroladas por via desses embargos, mas que não constam do rol, tal como a duplicidade de litispendências, que ali não está arrolada, mas que poderia ser matéria de embargos. Parece-nos que isso não influi no rol taxativo dos embargos, pois a litispendência é aspecto ligado ao interesse de agir (requisito negativo), e, portanto, matéria de ordem pública, sobre a qual não se opera a preclusão. Como se sabe, todas as matérias que dizem o aos requisitos de admissibilidade para exame do mérito são de ordem pública, movidas e informadas pelo princípio inquisitivo, quando é dever de ofício do magistrado conhecê-las de ofício, independentemente de requerimento da parte.

17.1.2 Falta ou nulidade da citação se o processo correu à revelia

Trata-se de hipótese em que é possível atacar o módulo de cognição que deu origem ao título que então se realiza o cumprimento. Só pode ser utilizada essa hipótese quando não houve citação (ou, se houve, foi inválida), de forma que dessa invalidade tenha ocorrido a revelia. A presente hipótese *constitui exceção à regra* de que, ainda que no módulo de conhecimento tenha havido nulidades absolutas, não podem ser arguidas em via de impugnação, pois sobre as mesmas já pesa a autoridade da coisa julgada, só sendo possível a utilização da ação rescisória para cassar a parte dispositiva da sentença definitiva que tem sobre si a imutabilidade e autoridade da coisa julgada.

É interessante observar que a presente hipótese de cabimento equipara o vício de nulidade de citação com a inexistência de citação, quando daí resulte o fenômeno da revelia. Assim, não havendo a citação ou

havendo a citação inválida, mas tendo ocorrido o comparecimento espontâneo da citação, não será possível utilizar a presente regra, pois lhe faltará um dos requisitos essenciais de cabimento.

A sanção de nulidade ou inexistência de um ato processual depende da ocorrência de prejuízo em favor daquele que o vício aproveita e que não foi responsável pelo defeito. A revelia é a prova objetiva do prejuízo.

Nunca é demais lembrar que a revelia revela situação jurídica de *ausência de contestação pelo réu* de forma que, havendo citação ficta inválida (citação por edital quando deveria ser pelo correio) e sendo nomeado curador especial que oferte a contestação, haverá ainda aí o vício, pois a contestação do curador especial não supre a revelia, senão seus efeitos. Também é digno de nota o fato de que a impugnação do art. 525 constitui no presente caso uma reminiscência da antiga *querela nulittatis insanabilis*, que tem por finalidade obter um provimento jurisdicional que declare que a relação processual cognitiva (módulo) formadora do título executivo não existiu no plano jurídico. Não se ataca a coisa julgada, porque pressupõe que a mesma não tenha ocorrido, e sua finalidade, repita-se, não é rescindir julgado algum.

Essa mesma *querella nulittatis insanabilis* pode ser utilizada – sem revestir-se das características da impugnação do executado –, mas como simples demanda declaratória autônoma (art. 20 do CPC), quando se pretender obter a declaração de inexistência do processo cognitivo que tenha dado origem a uma sentença de mérito constitutiva ou declarativa.

Essa observação é importante porque, da forma como se estuda a *querella nulittatis insanabilis*, até parece que a mesma só teria existido se o referido vício (falta ou nulidade de citação em processo que correu à revelia) se referisse às demandas que comportam futura execução. A rigor, a sua utilização por via dessa impugnação é apenas um meio de se exercitar o referido remédio, posto que, em casos como o do art. 525, § 1.º, I, existiria o risco de o executado perder o seu patrimônio sem o devido processo legal.

Repita-se: a *querela nulittatis insanabilis* deve ser usada para preservar o devido processo legal, frise-se o direito ao contraditório, nos casos em que o demandado não participou da relação cognitiva, seja por inexistência ou defeito da citação.

Diante disso, poderia ser levantado um questionamento no sentido de que, se os vícios no processo ou módulo de conhecimento estiverem ligados à inexistência, ou seja, ausência de condições da ação (legitimidade para agir, e interesse processual) e pressupostos processuais de existência da relação jurídica processual (jurisdição, pedido e citação), eles também poderão ser argúveis em sede de impugnação do executado, já que possuem o mesmo regime jurídico do caso previsto no art. 525, § 1.º, I, do CPC. Todavia, não é permitido tal entendimento, pois o exemplo do inc. I é excepcional, já que a sede correta para alegar tais vícios é por via de ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual. Como dissemos, é exceção, e como tal deve ser interpretada, ou seja, restritivamente.

Caso seja acolhido o incidente de impugnação do executado na hipótese do art. 525, § 1.º, I certamente que a procedência dessa defesa levará à nulificação de todos os atos processuais posteriores à citação do módulo cognitivo, restabelecendo o direito ao contraditório para que o réu (não mais executado) possa defender-se. Não poderá haver o aproveitamento dos demais atos processuais, porque todo o processo foi maculado pela pecha da ausência de contraditório, e o prejuízo processual é *in re ipsa*.

Quando se trata de cumprimento provisório da sentença (art. 523 do CPC), em que ainda não houve o trânsito em julgado da sentença, surge a indagação se seria possível por via da impugnação do executado alegar nulidades absolutas relativamente ao processo ou módulo de conhecimento. Pensamos que, se se tratar de nulidades absolutas referentes ao processo ou módulo de conhecimento, que ainda estão em curso, nada impede que sejam conhecidas por via da impugnação do executado oposta ao cumprimento

provisório da sentença, pelo simples fato de que: a) são questões de ordem pública informadas pelo princípio inquisitivo; é dever do juiz conhecê-las de ofício; c) poderiam ser alegadas em sede de *petitio simplex*; d) não precluem porque são normas cogentes; e) o processo ou fase ou módulo cognitivo ainda está em curso.

17.1.3 Ilegitimidade de parte

A norma permite a aplicação do dispositivo quer se trate de ilegitimidade passiva ou ativa, ou seja, quando a execução é promovida por quem não está autorizado para tanto, ou, em face de quem não tenha responsabilidade executiva, seja ela primária ou secundária.

17.1.4 Inexigibilidade ou inexecuibilidade do título (art. 525, § 1.º, III)

Se o título ainda não é exigível, não é possível que possa ser executado. Esse é um dos requisitos do título (liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação). Título inexigível é, por exemplo, sentença que ainda esteja sujeita a recurso provido de efeito suspensivo. Enfim, quando o direito exequendo ainda não superou o termo ou condição para que possa ser exigível e exequível.

A inexigibilidade é fenômeno ligado diretamente ao interesse de agir na execução. Título representativo de direito ainda não exigível não atende às prescrições do art. 786 do CPC e, portanto, não fez nascer ainda a pretensão insatisfeita que movimenta a relação executiva.

A inexigibilidade, sabe-se, não é do título, e se afigura como requisito da necessidade da tutela executiva, porque o que não está exigível nem se quer pode se afirmar ser insatisfeito de modo a justificar a tutela estatal executiva. Não obstante a exigibilidade ser condição para o exercício da demanda ou módulo executivo e assim permitir que seja feito o seu

controle de ofício pelo juiz na própria relação processual executiva, a sua alegação em defesa pela via da impugnação do executado obriga que, uma vez contestada a sua existência pelo impugnante, é dele a prova de que inexistente a inexigibilidade.

Sobre o tema da *inexigibilidade* do título merecem ser comentados os §§ 12, ao 15 do art. 525 do CPC.³⁰

Na primeira *hipótese (modalidade?) de inexigibilidade*, o dispositivo quer dizer que nenhum título executivo judicial pode ter por fundamento uma norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle abstrato de constitucionalidade. Se a declaração de inconstitucionalidade ocorreu antes do trânsito em julgado da decisão exequenda aí sim haverá a falta da exigibilidade, ou, em sentido inverso, se a decisão exequenda transitou em julgado antes de se ter a decisão de inconstitucionalidade então o título não conterá norma concreta inexigível.

Se a declaração de inconstitucionalidade é posterior ao ajuizamento da demanda, há de se verificar em que sentido o STF declara a referida inconstitucionalidade, se com eficácia *erga omnes ex tunc* (retroativa) ou *ex nunc* (para frente). Apenas neste último caso será importante verificar se já houve a formação do título executivo (sentença de mérito transitada em julgado com coisa julgada material) ou se não houve a formação da coisa julgada material. Se houve o trânsito em julgado, em nosso sentir há direito adquirido e deve ser mantida a eficácia abstrata do título executivo.

17.1.5 *Penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 525, § 1.º, IV)*

Atualmente a penhora e a avaliação são atos da execução que se realizam num mesmo momento. A regra geral estabelecida pelo CPC é a de que, sempre que for possível, a penhora e a avaliação serão realizadas na mesma oportunidade, sendo daí o motivo pelo qual os vícios referentes a estes atos encontram-se no mesmo dispositivo. Havendo vícios na penhora

e/ou na avaliação, caberá ao executado impugná-los, consoante determina o art. 525, § 1.º, IV, do CPC.

Importa dizer que o Código admite que, excepcionalmente, a avaliação não possa ser efetuada no mesmo momento da penhora, por falecer ao oficial de justiça o conhecimento técnico de avaliação do bem objeto da penhora. Nessas hipóteses, não poderá haver prejuízo para o executado caso seja primeiro intimado da penhora e depois da avaliação. Ele poderá opor-se por impugnação do executado à penhora incorreta e, posteriormente, oferecer uma impugnação restrita à alegação de avaliação errônea, quando devidamente intimado desta última.

Ainda, caso o prazo para oferecimento da impugnação se inicie antes de realizada a penhora, então se ocorrido algum vício em alguns destes atos, é certo que poderá arguir, em petição autônoma a penhora ou avaliação incorreta nos termos do art. 525, § 11.³¹

17.1.6 Excesso de execução ou cumulação indevida de execuções (art. 525, § 1.º, V)

Esta é, sem dúvida, uma das matérias mais frequentes nas oposições oferecidas pelo executado. É que, desde que foi suprimida a antiga *liquidação por cálculo do contador*, e introduzida a regra da *memória discriminada do cálculo*, na qual o exequente deve trazer no bojo do requerimento do início da tutela executiva a planilha e demonstrativo de cálculo para o valor (liquidez) da obrigação exequenda, quase sempre o valor trazido pelo exequente não é objeto de concordância pelo executado.

De fato, as atualizações de débito fixadas na sentença, a soma de valores das condenações em capítulos diferentes de uma mesma sentença poderão levar a desajustes quantitativos extremamente sérios, e, por isso, o assunto do *excesso de execução* ocupa papel comum nas oposições do executado.

Como a questão da liquidez nas execuções por quantia é extremamente subjetiva (embora não devesse sê-lo), repita-se, a matéria de excesso de execução tende a ser figura comum nas oposições a serem ofertadas pelo executado. Todavia, ao alegar *excesso de execução*, o executado deve indicar o valor que julga ser correto.

O art. 525, §§ 1.º, V, 4.º e 5.º,³² previu que, no cumprimento de sentença para pagamento de quantia, caso o executado impugne a execução alegando *excesso de execução*, deverá indicar, de imediato, o valor que entende devido contendo planilha e demonstrativo discriminado do suposto valor devido, sob pena de rejeição liminar dessa defesa.

Assim, se na hipótese acima, se o executado não cumprir o referido mister, a impugnação será liminarmente rejeitada caso este seja o único fundamento da defesa; mas se este não for o único fundamento, este fundamento nem sequer será analisado. Neste caso, o legislador tratou a deficiência da alegação de excesso de execução por ficção jurídica a uma falta de alegação por parte do executado.

O art. 917, § 2.º, do CPC que trata dos embargos do executado pode ser aplicado à impugnação do executado. Nele o legislador elenca as hipóteses de *excesso de execução*, que aconteceria quando: I – o exequente pleiteia quantia superior à do título; II – ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III – ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título; IV – o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado; V – o exequente não prova que a condição se realizou.

O dispositivo acima indica, sem rigor técnico, quais são os casos em que há o excesso da execução, e em quais deles a hipótese não é verdadeiramente de *excesso*, salvo se der largueza a expressão, simplesmente porque desvinculada à ideia de liquidez da obrigação.

Esses casos podem *tanto anular toda a execução como ainda reduzi-la à quantidade compatível com a força do título*.

Há de se ter cautela, dentro do tópico do *excesso de execução*, para não utilizar esse dispositivo do art. 917, § 2.º, para tentar repriminar alegações que já poderiam ter sido deduzidas no incidente de liquidação, ou até que já foram lá aduzidas.

É que, se houve procedimento liquidatório para verificação do *quantum* devido, certamente que naquele momento é que deveria o ora impugnante/embargante insurgir-se contra o valor aferido na respectiva liquidação, aplicando-se *in totum* o art. 508 do CPC para a decisão liquidatória fixadora do *quantum*.

Permitir que o executado possa reavivar discussões do *quantum* que deveria ter oposto na liquidação é ferir a eficácia preclusiva da coisa julgada, e por isso inadmissível.

A segunda hipótese deste inciso refere-se à *cumulação indevida de execuções*, que não se aplica ao cumprimento de sentença, em que a execução é apenas uma fase seguinte ao módulo cognitivo de um mesmo processo, sendo, por isso mesmo, óbvia a sua inaplicabilidade. Assim, tratando-se de execução por processo autônomo, a cumulação de execuções é possível, já que assim determina a regra do art. 780 do CPC.³³

Todavia, para que isso se torne válido, é mister que sejam atendidos os requisitos da cumulação: “identidade de partes, mesma competência e de forma processual adequada”. Exemplo clássico ocorre quando o exequente cumula execuções referentes a espécies diversas de execução (desapossamento e expropriação). A procedência dos embargos implicará extinção do processo executivo, permitindo que o mesmo seja reproposto, alterando a deficiência processual antes verificada.

17.1.7 Qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença

Na verdade, carece de melhor técnica a redação do legislador, já que, se a obrigação foi decorrente da sentença que reconheceu o débito, então não existe a denominada causa impeditiva da obrigação, mas sim da execução (como a falência do devedor). Não se poderia cogitar a alegação de causa impeditiva da obrigação que só agora fosse alegada pelo executado, pois isso afrontaria diretamente os arts. 508 do CPC. Somente quanto às causas modificativas ou extintivas é que há de se fazer a correlação com a obrigação. Assim, se houve o pagamento (extintiva), se houve a novação (modificativa) ou compensação (extintiva), ou transação (extinção) ou ainda prescrição (extintiva), sempre supervenientes à formação do título executivo, estas poderão ser alegadas por via da impugnação a que se refere o dispositivo. Há de se ressaltar que nem precisaria dizer ter ocorrido supervenientemente à sentença, uma vez que, se foi anterior àquela, é sinal de que a matéria já tenha sido alegada e repelida pelo órgão jurisdicional (art. 508 do CPC). Há de se lembrar de que o rol elencado nesse inciso é exemplificativo (*qualquer causa*), existindo outros meios impeditivos da execução singular, como, por exemplo, a própria declaração de insolvência civil.

Tais matérias, normalmente, levam à formação de questões de fato e de direito, e não será incomum a necessidade de dilação probatória para a sua resolução. Nada impede que o executado opte por ajuizar ação autônoma em vez de oferecer a impugnação para obter a extinção da obrigação que embasa o título executivo. O que não poderá fazer é propor a referida demanda e também oferecer a referida impugnação sob pena de ver configurada a duplicidade de litispendências.

17.1.8 Impugnação à adjudicação e à arrematação (art. 903, § 2.º)³⁴

Não consta no rol do art. 525 e tampouco no art. 917 a hipótese descrita neste dispositivo (art. 903, § 2.º). Trata-se de modalidade de defesa

prevista no CPC servível tanto para o cumprimento de sentença, quanto para o processo de execução e tem a sua origem no antigo instituto dos embargos à adjudicação e arrematação que foram revogados.

Depois da penhora, ainda é lícito ao executado utilizar-se desta modalidade de defesa específica contra os atos executivos da arrematação e da adjudicação. É, portanto, ainda mais restrita a amplitude de matérias que podem ser arguidas por via dessa impugnação do art. 903, § 2.º. Assim, só os atos executivos posteriores à penhora e à avaliação é que podem ser atacados. Dessa forma, não se permitiria a utilização dessa modalidade de defesa para discutir matérias acobertadas pela preclusão, pois o momento adequado para impugnar já teria expirado.

Assim, só os atos executivos da arrematação e adjudicação, além é claro de vícios outros de ordem pública sobre a validade e regularidade do procedimento (art. 518).

A utilização desta impugnação (que já foi denominada de embargos de segunda fase), quais sejam, impugnação à arrematação e à adjudicação, deve ser feita com o máximo de rigor e responsabilidade por parte do executado, posto que um dos efeitos da sua interposição é permitir que o adquirente do bem adjudicado ou arrematado possa dele desistir, causando, pois, um transtorno à execução.³⁵⁻³⁶ Assim, caso o adquirente desista realmente do bem adquirido, deve fazê-lo por escrito ao juiz da causa com pedido expresso, que será deferido pelo juiz. Deve-se notar que a regra é objetiva: a mera interposição dos embargos à adjudicação ou à arrematação confere ao adquirente o direito de desistir da aquisição feita nos termos do art. 903, § 5.º. Nesse caso, diante do requerimento do adquirente, o juiz deferirá de plano o pedido formulado, com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente.

Assim, se os embargos à arrematação e à adjudicação tiverem sido utilizados de forma indevida, com finalidade protelatória, tal ato será considerado atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de

vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

Ao delimitar o conteúdo desta modalidade de impugnação o legislador foi preciso e minudente ao dizer no art. 903, §§ 1.º e 2.º, que:

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

I – invalidada, quando realizada por preço vil ou com outro vício;

II – considerada ineficaz, se não observado o disposto no art. 804;

III – resolvida, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução.

§ 2.º O juiz decidirá acerca das situações referidas no § 1.º, se for provocado em até 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento da arrematação.

Inicialmente deixa claro o prazo para oferecimento da impugnação é de dez dias do aperfeiçoamento do ato, o que se dá, em nosso sentir, com a assinatura do respectivo auto de arrematação (ou adjudicação que por analogia se aplica) nos termos do *caput* do dispositivo.

O § 1.º fala em *invalidação, ineficácia e* resolução do ato de arrematação (ou adjudicação), demonstrando que todo tipo de vício, posterior ou anterior ao ato jurídico, bem como os seus efeitos podem ser fulminados pela respectiva impugnação.

17.2 Embargos do executado

17.2.1 *A amplitude de fundamento dos embargos à execução*

No CPC de 1973, o legislador processual acabou com a distinção entre a ação executória e a ação executiva que existia no CPC de 1939.

A ação executória correspondia às demandas que davam início ao processo de execução, e sempre eram fundadas em título judicial.

Já as executivas eram as previstas nos arts. 298 e ss. do CPC/1939, e, segundo este antigo diploma, a referida ação iniciava-se por meio da citação para que o réu pagasse a dívida em 24 horas, sob pena de penhora (art. 299 do CPC/1939). Feita a penhora, o réu tinha dez dias para *contestar* a ação, que prosseguia com o rito ordinário (art. 301) destinado a formar título executivo. O que era diferente nesta demanda era a possibilidade de se ter um ato executivo instrumental (penhora) no início de uma ação cognitiva que visava à obtenção de um título executivo judicial. Tratava-se de procedimento diferenciado reservado a algumas situações de vantagem hauridas do direito material que, regra geral, estavam representadas em documentos.

Assim, no CPC/1939, pela regra geral do art. 882, apenas eram passíveis de execução as sentenças de mérito transitadas em julgado (execução definitiva) e excepcionalmente também as sentenças definitivas nas hipóteses em que o recurso era recebido apenas no efeito devolutivo (execução provisória).

Regra geral, o único título executivo era a sentença, de modo que o que hoje se denomina “título executivo extrajudicial”, antes, em 1939, deveria seguir o rito da ação executiva, até que sobre o mesmo pairasse a sentença definitiva que então seria base para propor a ação executória. Assim, o objetivo da ação executiva no CPC/1939 era a obtenção de títulos executivos judiciais, sendo a referida demanda fulcrada em documentos que corporificavam uma obrigação extrajudicial assumida pelas partes. Algumas

dessas situações ensejadoras da ação executiva deram origem aos títulos executivos extrajudiciais.

Com o advento do CPC de 1973, apenas algumas situações jurídicas que antes fundamentavam a propositura da ação executiva é que foram privilegiadas com a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, tal como a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, antes previstos no art. 298, XIII, do CPC/1939.

Outras, como o contrato escrito de médico, odontólogo, professores etc., que eram previstas no art. 298, V, não receberam a mesma sorte no CPC/1973, e só poderiam ser cobradas por via ordinária, sujeitando-se, em regra, ao procedimento ordinário do CPC/1973. Assim, é nítido que algumas situações foram “esquecidas” pelo CPC/1973 e só foram tratadas de modo mais célere, por meio do procedimento monitório, com o surgimento, bem mais tarde, da Lei 9.079/1995.

Como se disse, o CPC/1973 acabou com a referida distinção, e, com lampejos de instrumentalidade do processo, na busca de um processo mais célere, pinçou algumas situações jurídicas que davam ensejo à ação executiva e atribuiu às mesmas (cheque, nota promissória, letra de câmbio etc.) a eficácia abstrata de título executivo, outorgando-lhes a mesma força executiva que possuem os títulos judiciais.

A criação legislativa de títulos executivos extrajudiciais permite que seja viável a tutela executiva sem prévio processo de cognição, tornando o contraditório eventual e posterior à primeira medida de execução forçada (penhora e depósito). Diz-se eventual o contraditório porque o mesmo deve ser exercido pelo executado por intermédio dos embargos do executado, quando então lhe será dada a chance de discutir toda a matéria de defesa relativamente ao título ou à obrigação nele corporificada.

É interessante observar que, além de eventualidade do contraditório,³⁷ em razão da eficácia abstrata do título executivo, cabe ao embargante o ônus da prova sobre todas as matérias de defesa que pretenda

alegar, ainda que estas estejam relacionadas com fatos constitutivos do direito do autor, algo que normalmente seria encargo seu provar.³⁸

Assim, justamente pelo fato de não ter havido um prévio processo cognitivo, já que a eficácia abstrata do título decorre da lei processual, o legislador conferiu ao executado a possibilidade de que este, por via de embargos à execução, utilizasse como fundamento não só os elementos constantes no art. 525 (rol taxativo para os casos de impugnação à execução fundada em título judicial) como qualquer outro que lhe seria lícito deduzir como defesa em um processo de conhecimento (art. 917, VII).³⁹

Certamente que a matéria embargável pode ser *processual* ou de *mérito*. A primeira, para alegar qualquer invalidade processual da relação processual executiva (alta de condição da ação ou pressuposto processual etc.), aí incluindo, obviamente, os defeitos nos atos executivos, tais como penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 917, II). Também podem constar matérias de mérito, ou seja, referentes à própria causa de pedir e pretensão executiva. Enfim, é permitido ao executado deduzir em embargos à execução alegando qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Quando se diz “*qualquer matéria*” no texto legal citado, quer-se dar uma amplitude inerente ao fato de que o título executivo foi formado sem que tenha passado pelo crivo da cognição judicial.

Todavia, só não se pode esquecer que a referida amplitude é delimitada pela finalidade dos embargos do devedor, qual seja, a de opor-se à exequibilidade do crédito reclamado e/ou relação processual executiva, sob pena de os embargos à execução terem a sua função desvirtuada.

17.2.2 *Embargos de retenção por benfeitorias*

Com a sedimentação dos processos sincréticos, formado por uma fase cognitiva e outra de cumprimento da sentença aboliu-se a figura dos

embargos de retenção por benfeitorias nas execuções fundadas em título executivo judicial (cumprimento de sentença).

Assim, qualquer alegação acerca do direito de retenção deve ser feita no bojo da contestação, ou excepcionalmente, se superveniente à contestação, na primeira oportunidade que o réu tiver para falar nos autos, por via de petição simples (arts. 498 e 538).⁴⁰

Assim, não há momento e nem mais espaço para os embargos (de qualquer espécie) fundados em título judicial. Por isso, os *embargos de retenção por benfeitorias* nada mais são do que simples subespécie dos embargos à execução fundada em título extrajudicial. Mesmo sendo apenas um tipo específico de embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial, os embargos de retenção por benfeitoria ainda mantém um tratamento de destaque no art. 917 do CPC

Esse destaque decorre do fato de que a matéria alegável por essa via é peculiar e típica. Diz o art. 917, IV, que nos embargos poderá o executado alegar “retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de obrigação para entrega de coisa certa”.⁴¹

Portanto, emprestando do Código Civil o preceito contido no seu art. 1.219, temos que essa modalidade de embargos assenta-se no *jus retentiones*, que é o direito assegurado ao possuidor de boa-fé de reter a coisa em que tenha feito benfeitorias necessárias ou úteis até ser indenizado devidamente.

Além dos requisitos normais de uma petição inicial, é condição *sine qua non*, sob pena de indeferimento inicial dos embargos, que também venham descritos na peça inicial: (i) as benfeitorias necessárias e úteis⁴²; (ii) o estado anterior e atual da coisa; (iii) o custo das benfeitorias e o seu valor atual; (iv) a valorização da coisa decorrente das benfeitorias.

Tais exigências decorrem do fato de que a eventual indenização das benfeitorias restringe-se ao ressarcimento daquelas (benfeitorias) ainda existentes ao tempo da restituição do bem.

Como todo e qualquer pedido deduzido em juízo deve ser certo e determinado, nada mais lógico que tais aspectos venham descritos na petição inicial de embargos do executado. Na impugnação pelo embargado, este poderá, amparado pelo art. 917, §§ 6.º e 7.º (além do art. 1.221 do CC),⁴³ exercer o direito de compensar o crédito do retentor (embargante-executado) com os danos que este seja obrigado a reparar. Exatamente por isso, poderá o embargado/exequente “requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou dos danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, observando-se, então, o art. 464”.

Mas o procedimento específico dessa modalidade de embargos não termina aí, uma vez que, para que com maior levidez se realize a execução para a entrega de coisa, é possível que o embargado/exequente possa ser imitado na coisa, a qualquer tempo, desde que preste caução ou depósito da importância “pelas benfeitorias ou resultante da compensação”.

18. A SUSPEIÇÃO E O IMPEDIMENTO

Segundo o art. 917, § 7.º: “a arguição de impedimento e suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148”, ou seja, deve fazer a alegação em petição própria (já que a competência é hierárquica e diversa do juízo) no prazo de 15 dias contados da ciência do conhecimento do fato ocasionador do vício, seguindo o rito e o procedimento dos citados artigos.

19. OS EMBARGOS E A IMPUGNAÇÃO CONTRA A EXECUÇÃO POR QUANTIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Admitindo a existência de que o CPC aceita o cumprimento de sentença ou o processo de execução contra a fazenda pública, então, este

ente poderá se opor à execução tanto por intermédio da impugnação quanto pelos embargos.

O NCPC não criou uma seção ou capítulo autônomo para cuidar dos embargos da fazenda pública, senão porque reservou parágrafos da própria execução contra a fazenda pública para tratar das peculiaridades relativas ao tema.

Prescreve o art. 910 que:

Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1.º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2.º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3.º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535.

Portanto, a rigor, o prazo para a fazenda pública oferecer os seus embargos é de 30 dias, ou seja, o dobro do prazo normal para qualquer pessoa comum oferecer a mesma demanda. Por se tratar de título extrajudicial, os embargos têm horizonte (cognição horizontal) ilimitado, ou seja, pode deduzir qualquer matéria que seria lícito alegar numa contestação.

Pela regra contida no § 1.º retro, é claro e evidente que existe uma situação de ineficácia da execução decorrente da mera possibilidade de se oferecer os embargos, na medida em que *apenas se não opostos os embargos ou se transitada em julgado a decisão que os rejeitar* é que se expedirá precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente. Na verdade, não são os embargos que possuem efeito suspensivo, simplesmente porque eles prolongam um estado de ineficácia em respeito à

exigência do art. 100 da CF/1988, ou seja, antes de aberto prazo para oferecimento dos embargos não poderiam ser expedidos os precatórios ou requisições de pequeno valor, de forma que se este remédio for oferecido então se perpetua o estado de ineficácia até o trânsito em julgado da decisão que rejeitar os embargos da fazenda pública.

20. EFEITO SUSPENSIVO NAS OPOSIÇÕES DO EXECUTADO

20.1 O surgimento do efeito suspensivo *ope judicis*

O tema relativo ao “efeito suspensivo” da oposição do executado é de extrema significância. Sob o ponto de vista do exequente, o efeito suspensivo significa o retardamento e uma longa espera em ver efetivado o seu crédito exequendo. Para o executado, significa a possibilidade de manter o estado atual das coisas, evitando a expropriação ou desapossamento da coisa exigida.

O estudo do “efeito suspensivo” na oposição do executado à execução contra si proposta deve ser feito antes e depois das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, leis estas que, ratificando a mudança de paradigma do Estado ocorrida na CF/1988 (de liberal para social), modificaram sensivelmente o CPC revogado, e, de certa forma deixaram uma herança processual que foi bastante aceita pelo CPC de 2015.

Por isso, antes dessas leis, e sob a égide do modelo liberal/privatista, a regra original do CPC de 1973 era a de que o efeito suspensivo era *ex lege*, ou seja, bastava ao executado interpor os embargos para que a execução ficasse suspensa. Tal fato estimulava o uso – muitas vezes abusivo – desse remédio, e, especialmente nos casos de execução fundada em título executivo judicial, a situação era extremamente injusta, porque, mesmo depois de ter uma sentença transitada em julgado, o devedor ainda tinha a possibilidade de oferecer embargos com efeito suspensivo.

O advento dessas duas leis mudou o panorama de toda a execução civil e, por certo, da própria disciplina do efeito suspensivo na oposição do executado.

Um dos motivos pelos quais houve uma irresignação contra o efeito suspensivo *ex lege* dos embargos, ainda nos idos das duas leis citadas, foi o fato de que era absolutamente paradoxal que uma tutela liminar satisfativa tivesse uma execução imediata, mesmo em um juízo de probabilidade, e que uma sentença de mérito transitada em julgado, com coisa julgada material e cognição mais do que exauriente, ainda tivesse de se submeter ao *efeito suspensivo* dos embargos do executado. Era um fato processual inexplicável.

Assim, com o advento das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, restou definitiva a regra de que na impugnação e nos embargos do executado a regra era do efeito suspensivo *ope judicis*, o que foi definitivamente mantido e melhorado no CPC de 2015. Novos tempos e novas regras, e, em relação ao efeito suspensivo na oposição do executado a regra é a de que só poderá ser concedido pelo juiz, que deverá ser convencido pelo executado mediante a demonstração de requisitos específicos previsto na lei.⁴⁴

20.2 Características gerais do efeito suspensivo aplicáveis às oposições do executado (impugnação e embargos)

A primeira característica do efeito suspensivo aplicável tanto à impugnação do executado como aos embargos à execução refere-se aos limites totais ou parciais da suspensividade da oposição.

Diz o art. 919,⁴⁵⁻⁴⁶ § 3.º, do CPC que, “quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas à parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante”.

Com isso, o legislador quer dizer que, por exemplo, nos casos em que o exequente tenha cumulado execuções ou quando o pedido executivo

seja decomponível (quantia requerida) e o efeito suspensivo requerido na oposição do devedor disser respeito apenas à parte indicada na impugnação, então é apenas sobre essa parte que recairá o tal efeito, devendo o juiz ter o máximo de cautela ao deferir a medida e atenção ao delimitar o espectro de abrangência do referido efeito.

Também do ponto de vista subjetivo deve estar limitado o efeito suspensivo àquele executado que ofereceu a oposição à execução, ou seja, a concessão do efeito suspensivo à oposição por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram. Todavia, deve-se notar que tanto no primeiro caso (limites objetivos) como no segundo (limites subjetivos) do efeito suspensivo, não serão estes limitados ao objeto e à pessoa que ofereceu a oposição se a matéria oposta disser respeito a todos os executados (indivisível) (art. 917, § 4.º, *in fine*).

Outro aspecto comum às oposições típicas do executado diz respeito ao fato de que, em regra, o efeito suspensivo refere-se apenas aos atos executivos finais, ou seja, a efetivação do depósito, da penhora e da avaliação dos bens, que são atos executivos preparatórios ou instrumentais, não ficará impedida pela concessão do efeito suspensivo (art. 919, § 5.º).⁷⁶⁻

⁷⁷ Dissemos “em regra” porque bem se sabe que muitas vezes o que pretenderá o executado é opor-se aos efeitos deletérios do ato construtivo, mormente se considerarmos as possibilidades de danos e prejuízos para o executado com a mera litispendência de uma demanda executiva, onde é possível a averbação da execução proposta no registro de imóveis, no registro de veículos ou registros de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, tudo com a finalidade de evitar fraude à execução. Por isso, a regra do art. 919, § 5.º, aplicável às oposições típicas do executado, deve ser vista *cum grano salis*, ou seja, há situações em que a suspensividade poderá recair, sim, sobre os atos instrumentais da execução ou sobre os seus efeitos.

Por fim, deve-se dizer que a atribuição de “efeito suspensivo” aos embargos ou à impugnação do executado não deixa de ser um tipo de tutela de urgência, ou seja, evitar danos irreparáveis ao executado na execução contra si proposta, porque existiriam fundamentos relevantes e prováveis de que o embargante/executado tem razão nas suas alegações deduzidas nos embargos ou na impugnação.

Por isso, como toda tutela de urgência, ela é *temporária* no sentido de que poderá ser revogada a qualquer tempo se não se mantiverem as situações que justificaram a concessão da medida urgente. Isso serve tanto para a impugnação como para os embargos do executado, embora a regra expressa sobre o tema esteja no art. 919, § 2.º, que cuida precipuamente dos embargos do executado.

20.3 Efeito suspensivo: requisitos

A disciplina dos requisitos para a concessão do efeito suspensivo na impugnação do executado e nos embargos á execução estão previstos nos arts. 525, §§ 4.º, 5.º, 6.º e 7.º, e 919 do CPC.

A escolha política do legislador foi privilegiar a efetividade em detrimento da segurança jurídica. É que o legislador passou a enxergar a atividade executiva sob o prisma do exequente, na exata medida em que adotou como regra legal, e geral, a técnica de que nem os embargos e nem a impugnação do executado no cumprimento de sentença *não* serão mais causadores de imediata suspensão da marcha executiva. Antes, na redação original do CPC revogado pela disciplina dos embargos do executado, bastava a mera interposição dessa ação para que fosse imediatamente suspensa a marcha executiva. Não é mais assim agora.

Merece aplauso a opção política do legislador mantida pelo CPC de 2015, porque não era justo que o exequente, portador de um título executivo, muitas vezes após longo e prévio contraditório, se visse

impedido de prosseguir na marcha executiva quando o executado oferecesse os embargos do executado, independentemente da análise do seu conteúdo.

Privilegiava-se e estimulava-se o uso indiscriminado dos embargos pelo executado, porque, com o seu manejo, o devedor nada tinha a perder.

O referido efeito suspensivo só será deferido se e somente se for interposta a impugnação ou os embargos e nela constar pedido expresso do efeito suspensivo, sendo demonstrada a existência de circunstâncias (fundamento relevante e risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação com o prosseguimento da execução) que justifiquem a concessão do referido efeito suspensivo da marcha executiva.

Segundo a dicção do § 6.º do art. 525, “a apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”.

Por sua vez, prescreve o art. 917, § 1.º, que “o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

Os requisitos *supra* não são novidade no ordenamento jurídico processual e têm sido criados com frequência pelo legislador, que em boa hora percebeu que as tutelas de urgência são concedidas quando se faz uma análise da sua necessidade/possibilidade em cada caso concreto. Por isso, estabeleceu a regra de que a concessão do efeito suspensivo à impugnação e nos embargos do executado são *ope judicis*, portanto, uma decisão constitutiva com eficácia *ex nunc*.

Para a sua concessão, o executado deve indicar na sua oposição os fundamentos relevantes e o tal risco de que a execução poderá causar-lhe grave dano de difícil ou incerta reparação.

Os requisitos compõem o que se chama de *conceitos vagos ou conceitos jurídicos indeterminados*, que deverão, em cada caso concreto, ser analisados mediante diversos elementos contextuais da própria causa.

Não é possível estabelecer com segurança – senão em raros casos – um rol de hipóteses que de antemão ensejariam a concessão do efeito suspensivo. Não é isso que quer o legislador, pois o seu desejo é que o juiz, segundo as provas constantes dos autos, os elementos trazidos na oposição e as suas máximas de experiência, verifique em cada caso se deve ou não conceder o efeito suspensivo. Todavia, há uma observação muitíssimo importante que não poderá ser olvidada.

É que, se é verdade que esses conceitos vagos têm habitado com frequência as diversas tutelas de urgência contidas no Código, por outro lado, não poderá o juiz perder de vista três aspectos fundamentais, antes de conceder o efeito suspensivo.

O primeiro é de que a atribuição do efeito suspensivo, nesse caso, é exceção à regra imposta pelo legislador, ou seja, por lei, até segunda ordem, nenhuma oposição do executado (nem a impugnação e nem os embargos) são dotadas de efeito suspensivo, e, exatamente por isso, a sua concessão é excepcional e extraordinária, e como tal deve ser interpretada.

Isso significa que, para contrariar a opção política do legislador, o juiz deve ter máximo de cautela ao conceder o efeito suspensivo, porque a vontade do legislador foi de privilegiar a efetividade da execução.

O segundo aspecto que me parece fundamental, e isso não poderá ser jamais esquecido, é que o juiz deve perceber em que contexto está inserida a possibilidade de se conceder, mediante preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, o efeito suspensivo à oposição do executado. É que, no caso das oposições do executado, de um lado existe um exequente,

portador de um título executivo (algumas vezes já com a chancela do judiciário) e por isso mesmo inicia uma execução com a credibilidade de que o seu direito consta num título idôneo à execução. Por isso, o tal “fundamento relevante” apresentado na impugnação do executado deve ser suficientemente forte e intenso para afastar a presunção de verdade do título executivo judicial ou extrajudicial, ainda mais se tal título for calcado em decisão acobertada pelo manto da coisa julgada material.

O terceiro aspecto fundamental que diferencia a tutela de urgência nestes casos, dos demais casos espalhados pelo Código é que, aqui, o conceito de dano grave, irreparável ou de incerta reparação deve ser visto e interpretado de acordo com o contexto em que ele se insere. Lembre-se de que o executado suportará (sujeitará) uma atividade jurisdicional executiva, por expropriação, desapossamento ou transformação, e, necessariamente, seu patrimônio e sua liberdade serão atingidos nos limites do necessário, mas serão atingidos. É, pois, da própria índole de uma atividade executiva que exista uma perda patrimonial (em sentido lato) do executado em favor do exequente, e não nos parece que a simples indicação dessa perda, que é conatural à execução, seja motivo suficiente para aplacar a concessão do efeito suspensivo. A situação de risco ou prejuízo irreparável deve ser concreta, objetiva e *provada* pelo executado e que sejam além do que a simples alegação de restrição ou sujeição do patrimônio. Assim, o *grave dano irreparável ou de difícil reparação* deve ser excepcional e não simplesmente resultado da perda patrimonial a que se sujeitará o executado com a satisfação do crédito exequendo.

Além do fundamento relevante e da situação de risco de dano o executado deve *segurar o juízo*, ou seja, deve garantir a execução.

A segurança do juízo tem importância fundamental no procedimento dessa demanda. É que o legislador deixou claro que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos e à impugnação do executado depende da presença dos seguintes requisitos: a) requerimento nesse sentido; b)

demonstração do fundamento relevante; c) demonstração de que o prosseguimento da execução pode causar ao executado grave dano de difícil reparação; e d) *que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente.*

20.4 Efeito suspensivo e contracautela prestada pelo exequente

Segundo o art. 525, § 10, para os casos em que foi deferido o efeito suspensivo à oposição do executado, poderá o exequente, possivelmente na resposta à impugnação do executado, requerer “o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz”. Tal regra não foi repetida no art. 917 do CPC que cuida do efeito suspensivo dos embargos, mas em nosso sentir nada impede que seja ela analogamente aplicada, posto que para o executado não haveria o risco de prosseguimento da execução se garantida pelo exequente.

Como de praxe, a caução (real ou fidejussória) deve ser *idônea*, e o vocábulo “idôneo” também encerra um conceito jurídico indeterminado, devendo ser avaliado pelo magistrado em cada caso concreto. Sempre defendemos a tese de que o deferimento da referida caução deve ser precedido de contraditório, pois o adversário daquele que oferta a caução poderá trazer elementos que ajudem na formação da opinião acerca da idoneidade da caução, salvo em casos em que a idoneidade é patente e indiscutível (fiança bancária, por exemplo).

Por mais que se argumente que a oitiva do adversário daquele que oferece a caução pode representar uma demora a mais na marcha executiva, não cremos que isso deva comprometer a efetividade da execução, até porque, pela própria segurança jurídica, o juiz teria concedido o efeito suspensivo à impugnação, e a execução já estaria suspensa.

Segundo o dispositivo, além de idônea, a caução deve ser *suficiente*. Deve-se entender como suficiente o valor prestado que, em tese, seja capaz de garantir os possíveis prejuízos que o executado poderá suportar em razão de uma execução injusta. É claro que esses prejuízos não estão definidos, e por isso mesmo deve haver um equilíbrio entre a caução a ser prestada e o imaginável prejuízo causado por uma eventual execução injusta. Perceba-se que o valor da caução é atrelado ao eventual prejuízo do executado, e não ao valor da execução, podendo ser maior ou menor que o crédito exequendo. Destarte, deve-se dizer ainda que, para fazer o arbitramento, o juiz levará em consideração os supostos prejuízos narrados pelo executado, quando este requereu o efeito suspensivo. Uma vez arbitrado o valor, deverá o juiz aceitar ou não a caução apresentada pelo exequente.

Nesse caso, é possível que o juiz se socorra de profissional técnico habilitado para saber se a caução prestada corresponde ao valor que foi arbitrado.

20.5 Julgamento dos embargos do executado e efeito do recurso

O art. 1.012 do CPC informa que a apelação não terá efeito suspensivo. Contudo, neste mesmo dispositivo o legislador deixa claro em quais hipóteses esta regra poderá ser excepcionada.⁴⁷ Precisamente no § 1.º prescreve que “Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...) extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado”.

Em seguida, no § 2.º, o legislador nos informa que “Nos casos do § 1.º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença”.

Inicialmente cabe dizer que a regra se aplica apenas aos embargos do executado, ou seja, quando estivermos diante de um processo de execução

fundado em título executivo extrajudicial.

Tratando-se de processo de execução de título executivo extrajudicial que venha a ser atacado por embargos do executado, nunca é demais lembrar que tal oposição é desprovida de efeito suspensivo *ex legge*.

O que disse o legislador, com o devido respeito é um absurdo. Segundo afirma o dispositivo, sempre que uma execução for embargada, se os embargos forem rejeitados sem julgamento do mérito ou improcedentes, a eventual apelação do embargante/executado terá o condão de transformar uma execução definitiva em uma execução que deve seguir o regime jurídico do cumprimento de sentença.

O equívoco do legislador reside no fato de que ou a execução é definitiva porque o título é definitivo, qual seja, não está *em formação*, ou então a execução é provisória porque o título ainda é provisório. Títulos executivos extrajudiciais são sempre definitivos. Títulos executivos judiciais podem ser provisórios ou definitivos, se o provimento judicial for ou não definitivo (ter ou não ter transitado em julgado).

Título executivo definitivo e execução definitiva não tem nada a ver com a *suspensividade* dos atos executivos por intermédio de ação ou recurso.

O ajuizamento da ação de embargos do executado ou até mesmo o ajuizamento de ações heterotópicas e prejudiciais à execução no curso desta, tais como a ação anulatória, ação rescisória, ação de revisão criminal, não modificam a natureza do título executivo e da respectiva execução que com eles se inicia.

O que na verdade incomodava o legislador por ser compreendido a partir da seguinte indagação: *por que um título executivo judicial quase definitivo (recurso excepcional pendente no STJ) que já tenha tramitado anos no poder judiciário e que, por exemplo, tenha sentença e acórdão favoráveis ao exequente tem um regime jurídico de cumprimento provisório*

de sentença, enquanto um título executivo extrajudicial tem um itinerário de cumprimento definitivo?

Assim, basta ter oferecido embargos á execução que, mesmo se o devedor sair derrotado nesses embargos, o eventual prosseguimento da execução será sob o regime de *cumprimento provisório*.

O legislador misturou, claramente, dois atributos do título: vulnerabilidade com a eficácia abstrata, simplesmente por não aceitar que os títulos extrajudiciais possam ter um itinerário tão “limpo” e sem “percalços” quanto um título executivo judicial transitado em julgado. É, preciso que o iguale, no mínimo, ao cumprimento provisório de títulos judiciais.

21. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DO EXECUTADO

A ação de embargos do executado constitui modalidade de ação incidental, prejudicial e impeditiva do processo de execução, com a finalidade dupla de derrubar a relação jurídica executiva e/ou o título executivo e seu conteúdo. Por se tratar de uma ação incidental, a ação de embargos do executado depende do início do processo de execução propriamente dito.

Para o caso de o executado oferecer embargos, é preciso que tal remédio: (i) seja tempestivo; (ii) atenda aos requisitos normais de uma petição inicial; (iii) não seja um veículo meramente protelatório da atividade jurisdicional executiva; (iv) se houver alegação de excesso de execução, o embargante deve indicar discriminadamente o valor que considera devido ou apresente planilha de cálculos, sob pena de indeferimento liminar. Caso o executado pretenda obter o efeito suspensivo, deverá requerer expressamente (princípio dispositivo) e demonstrar na sua petição a existência de *fundamento relevante, risco de grave dano de difícil*

ou incerta reparação; caso ocorra o prosseguimento da execução, que esta já esteja segurada por penhora, depósito ou caução suficiente.

A expressão “recebidos os embargos” (significa que ultrapassou o controle inicial de admissibilidade), então o exequente será ouvido no prazo de 15 dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido ou designará audiência; encerrada a instrução, o juiz proferirá sentença. (art. 920 do CPC)

Diante do que estabelece o dispositivo, temos que o exequente embargado poderá exercer o contraditório por impugnação ou defesa ou contestação, como queira denominar esta exceção. Todavia, não pode deixar de ser esclarecido que a sua posição pode ser tanto de *inércia*, tornando-se revel, como de reconhecer o pedido. Assim, são três as atitudes possíveis ao embargado: (i) inércia; (ii) reconhecimento jurídico do pedido; (iii) oferecimento de resposta.

No primeiro caso, (i) tornando-se inerte o embargado, este será considerado revel. Contudo, os efeitos naturais decorrentes da revelia, tal qual ocorre tradicionalmente no processo de cognição, não se verificarão nos embargos do executado, por uma razão muito simples, qual seja, como a função dos embargos é desconstituir o título executivo ou declarar inexistente o processo cognitivo que lhe deu origem, e o título executivo, por si só, possui presunção de verdade e eficácia, e como sabemos, é requisito de toda ação de execução, então, não precisa o exequente provar o seu direito, senão tão somente concretizá-lo, já que a certeza, a liquidez e a exigibilidade da obrigação representada pelo título executivo militam a seu favor.

Ademais, como os embargos visam sempre atacar o processo executivo, que se fundamenta no título, então a própria existência do título no processo de execução por si só já é elemento bastante e suficiente para que o embargado não sofra os efeitos da revelia, e porventura permaneça inerte no prazo para impugnar os embargos do devedor.

No segundo caso, (ii) é óbvio que pode o embargado reconhecer o pedido do embargante (ou até mesmo transacionar com o mesmo), caso em que haverá sentença de mérito sobre esses embargos a ser homologada pelo juiz. Nesse caso, a parte que deu causa à extinção do processo responde pelos ônus da sucumbência. Se for caso de transação, o ônus é repartido proporcionalmente pelas partes de acordo com a transação efetuada.

Destarte, ainda que tenha havido o reconhecimento jurídico do pedido ou a transação da matéria relativa aos embargos, isso não significa que o título estará definitivamente desconstituído, extinguindo do mundo jurídico a obrigação que nele se assenta. Isso porque pode ser que a matéria reconhecida nos embargos seja apenas com relação ao excesso de execução. Assim, apenas o que for superior ao título é que terá sido abdicado pelo embargado (em caso de reconhecimento jurídico do pedido), permanecendo ainda vivo o título e o direito que daí decorre. Ademais, com relação à transação, pode ser que esta seja apenas parcial, e não na totalidade, como sói possível acontecer.

Na terceira hipótese, (iii) de longe a mais comum, o exequente embargado oferece a impugnação. Como dissemos, aqui se encontra idôneo para ter como objeto o crédito do réu (embargado) que for superior ao do autor (embargante).

Assim, poderia, pelo menos em tese, o embargado, diante da alegação de compensação do embargante, reconvir, utilizando-se, também, quiçá da compensação, pois não há impossibilidade, processual e tecnicamente falando, de que tal atitude seja tomada pelo exequente na posição de embargado.

Por se tratar de demanda cognitiva como qualquer outra, os embargos de executado sujeitam-se às mesmas fases que caracterizam o procedimento de cognição.

Assim, ainda que o art. 920 só faça menção à existência da audiência de conciliação, instrução e julgamento, quando não for caso de julgamento

conforme o estado do processo (os embargos versarem somente sobre matéria de direito, ou, versando sobre direito e fato, a prova for exclusivamente documental), poderá ser realizada a audiência preliminar/conciliação/saneamento (art. 357, § 3.º). Nela, caberá ao juiz: (i) tentar a conciliação; (ii) se não for possível a conciliação, decidir as questões pendentes, saneando o feito; (iii) fixar os pontos controvertidos sobre os quais versará a prova; (iv) designar a audiência de instrução e julgamento.

Assim, embora o art. 920 do CPC não faça qualquer menção, há sim a possibilidade de audiência para saneamento do feito, pois a regra subsidiária do CPC, prevista para o procedimento comum.

Enfim, só depois da sua realização é que se haverá de realizar a audiência de instrução e julgamento. Realizada a instrução, proferirá o magistrado a sentença julgando procedentes ou improcedentes os embargos do executado.

22. PROCEDIMENTO DA IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

Tratando-se da *impugnação do executado* prevista no art. 525 do CPC, o executado deve oferecer a defesa em petição escrita com a mesma regularidade formal de uma petição inicial, porque tal medida dará início a um incidente processual na execução contra si proposta. Valem aqui as mesmas regras de *indeferimento inicial* para esse incidente que foram comentadas no tópico anterior para o caso de indeferimento dos embargos.

Muito embora o legislador tenha silenciado a respeito da possível resposta do exequente, não temos a menor dúvida de que, se recebida a oposição, deverá proporcionar ao exequente/impugnado o direito ao contraditório.

Não se imagine, ainda, que a eventual impugnação não enseja contraditório pelo exequente, porque, tratando-se de um incidente

cognitivo, deve haver respeito ao contraditório e ampla defesa, permitindo amplo debate e discussão sobre as matérias alegadas. É possível até que exista audiência saneadora para decidir sobre os fatos controvertidos nascidos do conflito instaurado pela impugnação do executado.

Nos termos do art. 203, § 1.º, se a decisão da impugnação for extintiva da execução ter-se-á sentença sujeita ao recurso de apelação. Se, no entanto for rejeitada, será uma decisão interlocutória recorrível por mediante agravo de instrumento. Assim, se o pronunciamento que julga o incidente processual instaurado pela impugnação do executado não tiver o condão de extinguir a execução, então será uma decisão interlocutória, desafiável pelo agravo de instrumento. De outra banda, se a decisão sobre o incidente extinguir a execução, então será uma sentença, porque o recurso cabível será a apelação.

¹ Os embargos opostos pelo réu em ação monitória. Nelson Nery Júnior. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. p. 231; no mesmo sentido, a doutrina italiana, com Salvatore Satta. *Direito processual civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1973. v. II, p. 693.

² Francisco Silveira Bueno. Grande dicionário etimológico e prosódico da língua portuguesa. São Paulo: Saraiva, 1968. 3 v., p. 1.079

³ Moacyr Lobo da Costa. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsói, 1973. p. 5.

⁴ Barbosa Moreira. *Op. cit.* p. 352; Pontes de Miranda. *Comentários*. v. 11, p. 4; Enrico Tulio Liebman. *Embargos do executado*. p. 183-187; João de Castro Mendes. *Ação executiva*. p. 56.

⁵ Formalmente uma ação e materialmente uma defesa.

⁶ Hoje, todavia, percebe-se que nada impede que tal técnica continue a ser empregada (encargo probatório para o executado sobre as matérias que ele alegar) por via de um incidente processual com procedimento cognitivo lateral ao da execução. Aliás, é o que foi feito para a impugnação do executado do art. 525 do CPC, que, a rigor, tanto pode conter fundamento “defesa” de rito ou de mérito.

⁷ No mesmo sentido, Barbosa Moreira, quando diz: “É natural que se abra ao executado, em semelhantes hipóteses, o ensejo de ‘impugnar’ a execução; não propriamente ‘defendendo-se’, mas ‘contra-atacando’, com o fito de tirar eficácia ao título, e, portanto, deter a atividade executiva, desfazendo a que já se houver realizado, ou, pelo menos, reduzi-la a justas proporções.” *Op. cit.* p. 352.

⁸ 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.

§ 1.º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – penhora incorreta ou avaliação errônea;

V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

⁹ Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

¹⁰ Enrico Tulio Liebman. *Embargos do executado. Passim*; Humberto Theodoro Júnior. *Op. cit.* p. 270; Moacyr Amaral Santos; José Frederico Marques. *Apud* Marcos Afonso Borges. Execução forçada. In: *Revista de Processo*, v. 32, p. 43. Em sentido contrário, entendendo tratar-se de ação declaratória ou ação constitutiva, dependendo da situação que foi objeto de embargos, posiciona-se Vicente Grecco Filho, quando diz: “São, portanto, os embargos uma ação que, dependendo da matéria alegada, tem a natureza de uma ação constitutiva negativa (desfaz o título) ou declaratória negativa (declara a inexistência da relação jurídica que o título aparenta documentar).” *Op. cit.* p. 106.

¹¹ § 2.º Há excesso de execução quando:

I – o exequente pleiteia quantia superior à do título;

II – ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

III – ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título;

IV – o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado;

V – o exequente não prova que a condição se realizou.

§ 3.º Quando alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à do título, o embargante declarará na petição inicial o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

§ 4.º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos à execução:

I – serão liminarmente rejeitados, sem resolução de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento;

II – serão processados, se houver outro fundamento, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

¹² Marcelo Lima Guerra. *Execução forçada*. São Paulo: RT, 1996. p. 58. Segundo esse autor:

“Nesses casos, a sentença de embargos não apenas *declara* o *quantum* da obrigação consagrada no título executivo (art. 743, inc. I) ou o bem sobre o qual deve recair a execução (inc.

II) ou ainda o modo de se processar a execução, como também *anula* os atos executivos eventualmente já praticados em desconformidade ao conteúdo daquela declaração”.

¹³ Art. 776. O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução.

¹⁴ Enrico Tulio Liebman. *Processo de execução*. p. 216-217.

¹⁵ Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1.º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2.º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I – o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;

II – o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV – o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

¹⁶ Art. 536 (...) § 4.º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

¹⁷ Em nosso sentir, sempre deveria ser aberto um procedimento lateral para processar e julgar a impugnação do executado, seja por razões de facilitação de método de trabalho, seja para não misturar a atividade cognitiva com a executiva.

¹⁸ Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.

¹⁹ Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

20 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.

21 Enrico Tulio Liebman. *Processo de execução*. p. 217.

22 Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

23 Art. 915. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231.

§ 1.º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo comprovante da citação, salvo no caso de cônjuges ou de companheiros, quando será contado a partir da juntada do último.

§ 2.º Nas execuções por carta, o prazo para embargos será contado:

I – da juntada, na carta, da certificação da citação, quando versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens;

II – da juntada, nos autos de origem, do comunicado de que trata o § 4.º deste artigo ou, não havendo este, da juntada da carta devidamente cumprida, quando versarem sobre questões diversas da prevista no inciso I deste parágrafo.

§ 3.º Em relação ao prazo para oferecimento dos embargos à execução, não se aplica o disposto no art. 229.

§ 4.º Nos atos de comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem, a realização da citação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante.

24 Tem-se admitido com invocação do princípio da instrumentalidade das formas a possibilidade de que, ainda que intempestivos, os embargos possam ser admitidos, pois sendo tal remédio um ônus, nada impede que o executado, dias depois de ter perdido o prazo, possa oferecer a ação autônoma reconhecedora da inexistência do débito. A adoção desta tese leva a uma reflexão necessária sobre a inutilidade do prazo para embargar e o princípio da preclusão. Processual civil. Embargos à execução fiscal, visando ao reconhecimento da inexistência da dívida. Natureza de ação cognitiva, idêntica à da ação anulatória autônoma. Intimação da fazenda pública para impugnação. Interrupção da prescrição. 1. Embargos à execução, visando ao reconhecimento da ilegitimidade do débito fiscal em execução, têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, a rigor, a sua

intempestividade não acarreta necessariamente a extinção do processo. Interpretação sistemática e teleológica do art. 739, I, do CPC, permite o entendimento de que a rejeição dos embargos intempestivos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse entendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior, só mudando o nome (de embargos para anulatória). 2. De qualquer modo, extintos sem julgamento de mérito, os embargos intempestivos operaram o efeito próprio da propositura da ação cognitiva, que é o de interromper a prescrição. No particular, é irrelevante que a embargada não tenha sido citada para contestar e sim intimada para impugnar os embargos, como prevê o art. 17 da Lei 6.830/1980. Para os efeitos do art. 219 do CPC, aquela intimação equivale à citação. Não fosse assim, haver-se-ia de concluir, absurdamente, que não há interrupção da prescrição em embargos do devedor. 3. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 729.149/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 24.05.2005, DJ 06.06.2005, p. 229).

25 O conteúdo de um embargo pode ou não aproveitar ao outro executado. Por isso, dependendo da matéria alegada, o conteúdo de um embargante poderá ter efeito expansivo subjetivo.

26 Art. 61. A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal.

27 Art. 826. Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios.

28 Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.(...)§ 6.º A opção pelo parcelamento de que trata este artigo importa renúncia ao direito de opor embargos.

29 Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

30 § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1.º 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.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

31 § 11. As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato

32 § 4.º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

§ 5.º Na hipótese do § 4.º, não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, a impugnação será liminarmente rejeitada, se o excesso de execução for o seu único fundamento, ou, se houver outro, a impugnação será processada, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

33 Art. 780. O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.

34 Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

I – invalidada, quando realizada por preço vil ou com outro vício;

II – considerada ineficaz, se não observado o disposto no art. 804;

III – resolvida, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução.

§ 2.º O juiz decidirá acerca das situações referidas no § 1.º, se for provocado em até 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento da arrematação.

§ 3.º Passado o prazo previsto no § 2.º sem que tenha havido alegação de qualquer das situações previstas no § 1.º, será expedida a carta de arrematação e, conforme o caso, a ordem de entrega ou mandado de imissão na posse.

35 Art. 903. § 6.º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

36 § 4.º Após a expedição da carta de arrematação ou da ordem de entrega, a invalidação da arrematação poderá ser pleiteada por ação autônoma, em cujo processo o arrematante figurará como litisconsorte necessário.

§ 5.º O arrematante poderá desistir da arrematação, sendo-lhe imediatamente devolvido o depósito que tiver feito:

I – se provar, nos 10 (dez) dias seguintes, a existência de ônus real ou gravame não mencionado no edital;

II – se, antes de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado alegar alguma das situações previstas no § 1.º;

III – uma vez citado para responder a ação autônoma de que trata o § 4.º deste artigo, desde que apresente a desistência no prazo de que dispõe para responder a essa ação.

37 No cumprimento de sentença primeiro se faz a cognição judicial para depois se executar, e nos extrajudiciais, primeiro se inicia a execução para depois, eventualmente – se oferecidos os embargos do executado –, haver a cognição.

38 Ainda que não exista a “ação executiva” do CPC/1939, o CPC atual dotou de força coativa e eficácia os títulos executivos extrajudiciais, sem que haja a necessidade de sentença para lhe conferir eficácia. Ora, justamente por isso, cabe ao autor embargante-executado o ônus de provar suas alegações em sede de embargos, e assim desconstituir a presunção de legitimidade e certeza que o título executivo extrajudicial possui, alcançando, ao fim, a procedência do pedido feito nos embargos do devedor.

39 Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:

I – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

II – penhora incorreta ou avaliação errônea;

III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

40 Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

(...)

Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 1.º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, de forma discriminada e com atribuição, sempre que possível e justificadamente, do respectivo valor.

§ 2.º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento.

§ 3.º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

41 Art. 917 (...) § 5.º Nos embargos de retenção por benfeitorias, o exequente poderá requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou dos danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, observando-se, então, o art. 464.

§ 6.º O exequente poderá a qualquer tempo ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.

42 As benfeitorias voluptuárias não são objeto de indenização e, menos ainda, portanto, de retenção para esse fim. Há de se dizer ainda que, por entendimento doutrinário e jurisprudencial, apesar de não serem propriamente benfeitorias, mas sim acessões industriais, as plantações e construções têm sido objeto de retenção para fins de indenização. Ver, nesse sentido, jurisprudência in: *RTJ* 60/719 (STF, RE 66.755).

43 Art. 1.219 do CC: “O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

44 A regra da não suspensividade *ex legge* das oposições do executado merece uma reflexão crítica em relação aos embargos à execução. De fato, é verdade que este remédio, assim como a impugnação do executado, quando opostos pelo executado não possuem o condão de suspender a execução, sendo mister o preenchimento de certas condições e de requerimento específico ao juiz para que este conceda, ou não, de forma fundamentada, o tal efeito suspensivo ou paralisando da execução ou do cumprimento de sentença. Contudo, há um aspecto que precisa ser dito e que, a nosso ver, coloca na berlinda o compromisso do CPC de 2015 com a efetividade da tutela jurisdicional executiva. É que se é verdade que os embargos à execução opostos contra um processo de execução (títulos executivos extrajudiciais) não possuem efeito suspensivo *ex legge*, por outro lado, possuem um poder de, pelo só fato de terem sido opostos, e ainda que sejam rejeitados por sentença terminativa, fazem com que o regime jurídico da execução seja alterado, ou seja, o processo de execução que antes seguia um regime jurídico de *execução definitiva*, depois de interpostos os embargos, ainda que não tenham efeito suspensivo *ex legge*, passa a ter um regime jurídico de *cumprimento provisório*, tal como determina o art. 1.012, § 1.º, do CPC que foi objeto de análise quando cuidamos do capítulo referente ao *cumprimento provisório da sentença*. Assim, os embargos não tem efeito suspensivo *ex legge*, mas tem outro efeito *ex legge*, de alterar o regime jurídico da tutela executiva, de definitiva para provisória.

45 Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2.º Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 3.º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4.º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5.º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens.

46 Art. 525 que cuida da impugnação do executado também tratou do efeito suspensivo, sem discrepar da mesma regra contida nos embargos à execução. Vejamos os parágrafos atinentes ao tema: § 7.º A concessão de efeito suspensivo a que se refere o § 6.º não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens. § 8.º Quando o efeito suspensivo atribuído à impugnação disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante. § 9.º A concessão de efeito suspensivo à impugnação deduzida por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não impugnaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao impugnante. § 10. Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz.

47 Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1.º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I – homologa divisão ou demarcação de terras;

II – condena a pagar alimentos;

III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V – confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI – decreta a interdição.

§ 2.º Nos casos do § 1.º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3.º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1.º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II – relator, se já distribuída a apelação.

§ 4.º Nas hipóteses do § 1.º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

1. PROCESSO E TERCEIROS

O homem não vive isolado em uma ilha. Vive em sociedade, e, por isso, as relações sociais são conectadas umas às outras. Logo, torna-se difícil imaginar que um conflito de interesses levado a juízo consiga retratar, em toda a sua extensão, todas as pessoas e relações jurídicas que, direta ou indiretamente, são por ele afetadas. Enfim, seria verdadeira utopia imaginar que o conflito de interesses contido no processo fosse um fiel retrato do alcance, das imbricações, das conexões desse mesmo conflito no plano social.

Reconhecendo a impossibilidade prática e teórica de projetar para o plano do processo todas as nuances e tentáculos dos conflitos de interesses no plano material, o legislador processual excogitou uma série diversificada de técnicas processuais, as mais variadas possíveis, que servem para conectar ao processo terceiros que sejam por ele afetados.

Ora, se é verdade que a coisa julgada – eternização da parte dispositiva da sentença – só se faz entre as partes, e, por isso mesmo, terceiros não são atingidos pelos seus limites objetivos e subjetivos, não é menos verdadeiro que no curso do processo emanam inúmeros atos

processuais – embora não imutáveis – que afetam direta ou indiretamente o patrimônio de terceiros estranhos à relação processual.

Assim, em razão dessa possível afetação da esfera jurídica de terceiros que o processo pode causar, o direito processual oferece uma série de técnicas que permitem conectar o terceiro à relação jurídica processual de onde emanou ou pode emanar o ato que afeta a sua esfera jurídica. Essa conexão pode se dar por inclusão forçada do terceiro na relação em curso ou por ingresso facultativo deste na referida relação. As variadas hipóteses de cabimento são previstas pelo legislador e estão dispostas na legislação processual civil.

É nesse contexto que se inserem os embargos de terceiro, vistos, portanto, como técnica processual que faculta ao terceiro intervir na relação processual em curso para livrar bens ou direitos que estavam sob sua posse e que teriam sido indevidamente constrictos por ato judicial proferido em relação jurídica processual da qual ele, terceiro, não fazia parte. Essa figura está prevista e regulamentada nos arts. 674 a 681 do Código de Processo Civil.

2. ATOS JUDICIAIS CONSTRICTIVOS E TERCEIROS

O texto constitucional tem no art. 5.º, inc. LIV, uma das cláusulas pétreas mais importantes dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas. Aliás, tal texto explicita de forma direta aquilo que está dito no próprio *caput* desse importantíssimo dispositivo constitucional.

Assim, “ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E, para proteger-se contra qualquer “lesão ou ameaça a direito”, resta ao jurisdicionado o exercício do direito de ação, igualmente consagrado no inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988.

É nesse contexto constitucional que se insere a técnica dos embargos de terceiro, vista como um milenar instrumento de proteção do patrimônio

de terceiro que teria sido indevidamente afetado por ato judicial prolatado em processo do qual ele, terceiro, não participava.

No entanto, qual a razão de o terceiro ser afetado por ato judicial construtivo praticado em processo do qual ele não faz parte? Bem, as justificativas para se explicarem as extrapolações judiciais inconvenientes cometidas em processos e que afetam o patrimônio de terceiro são as mais variadas possíveis, podendo ser apenas um erro material ou até mesmo por se considerar que o bem afetado pertenceria ao sujeito do processo, e não ao terceiro atingido pelo respectivo ato.

A grande verdade é que, tendo a execução civil um caráter patrimonial, ou seja, recaindo a execução sobre o patrimônio do executado, o normal e esperado é que o seu patrimônio responda pelo não cumprimento da obrigação ou do dever legal ao qual estava submetido.

Por isso, é com esse desiderato, de satisfazer um direito reconhecido em título judicial (interinal ou definitivo) ou extrajudicial, que o Estado-juiz impõe medidas constritivas sobre o patrimônio do responsável. Entretanto, é possível que tal ato construtivo não recaia tal como deveria – sobre o patrimônio do responsável, mas sim de um terceiro, alheio à relação jurídica processual.

Nesses casos, tem-se um desbordamento indevido do ato judicial, e, como tal, poderá o terceiro utilizar-se da técnica dos embargos de terceiro para livrar o seu bem ou seu direito da referida constrição judicial.

Assim, dois são os requisitos genéricos para a utilização dos embargos de terceiro:

- (i) → ato judicial construtivo indevido;
- (ii) → sobre patrimônio ou direito de terceiro.

A partir desses dois elementos é que se desdobram outros aspectos que daqueles são corolários.

Quando se fala em *ato judicial construtivo indevido*, tem-se de admitir, inexoravelmente, que ele deve ocorrer em um processo em curso, ou seja, que já tenha sido instaurado, o que implica, no mínimo, que deve existir uma relação jurídica linear entre autor e juiz.

Disso decorre a consequência lógica de que a ação de embargos de terceiro é uma ação *incidental*, pois, se ela depende de um ato judicial construtivo indevido e esse ato tem origem em uma demanda em curso, então, *ipso facto*, sem demanda em curso é impossível pensar em embargos de terceiro.

Outra consequência lógica desse requisito – ato judicial construtivo indevido – é que, além de um processo em curso, é preciso que exista uma decisão judicial nele proferida, ou seja, que o magistrado tenha emitido um provimento decisório de natureza constritiva de direito ou patrimônio de um terceiro.

Assim, não obstante o hábitat comum dos atos judiciais construtivos ser o processo ou o cumprimento de sentença, nada impede que esses atos judiciais sejam proferidos em processos ou módulos de conhecimento, quando o magistrado antecipa a execução do pedido ou dos seus efeitos, tais como nas liminares e nas tutelas antecipadas.

Em tempo, também é perfeitamente possível que as medidas judiciais construtivas advenham de demandas cautelares autônomas ou de medidas cautelares incidentais, especialmente quando tenham natureza patrimonial, tais como o arrolamento de bens, arresto, sequestro, busca e apreensão etc. Excepcionalmente, também em tese é possível a existência de atos judiciais construtivos em procedimentos de jurisdição voluntária, embora essa não seja uma situação vulgar.

O outro aspecto marcante dos embargos de terceiro é que a constrição judicial tenha recaído sobre patrimônio ou direito de terceiro, ou seja, que o direito ou o bem afetado pela constrição judicial indevida (ou a ameaça dela) tenha afetado um direito ou o patrimônio de um sujeito que

não figurava na relação jurídica processual de onde emanou o ato judicial construtivo. Terceiro, portanto, são todos aqueles que não são partes da relação jurídica processual, ou, ainda, nos termos do art. 674, § 2.º,² a parte que, por ficção jurídica, foi equiparada pelo legislador processual à condição de terceiro.

3. ESCORÇO HISTÓRICO NO DIREITO PÁTRIO

Não é à toa que o instituto dos embargos de terceiro estão individualmente tratados nos procedimentos especiais do CPC/2015 (arts. 674-681). Como será vislumbrado adiante, há inúmeras peculiaridades que permitem o tratamento singularizado. Por uma análise etimológica da palavra embargos, vemos que ela designa “embaraço”, obstrução, óbice. O instituto em tela já era previsto desde as Ordenações Filipinas (época em que houve a União das Coroas Ibéricas – 1548-1640 – e Portugal submetia-se ao ordenamento espanhol), porém com o nome de “incidentes da execução”, e se prestava para tutelar qualquer direito real, entre eles o domínio, ainda que sem posse. Na época em que era permitido aos Estados da Federação criar seus próprios Códigos Estaduais Processuais (ver CF/1891 até CF/1934, que reservou a matéria à União, tendo daí surgido o CPC/1939), o referido instituto não mostrava maiores alterações do que, efetivamente, era previsto no direito reinol.

Com o advento do CPC/1939, então, a matéria passou a fazer parte do seu Livro V, que cuidava dos processos acessórios, estando presente nos arts. 707 a 711. À exceção do art. 711, que cuidava da competência do juízo deprecado, o restante foi praticamente todo incorporado ao CPC de 1973, que ampliou, em alguns pontos, o seu cabimento. No CPC de 2015 houve poucas alterações em relação a sua disciplina no CPC revogado. Como será visto adiante, não se trata de um simples processo acessório, como nominava o CPC/1939, mas de uma técnica processual engenhosa, com procedimento especial previsto no Código de Processo Civil.

4. CONCEITO

Qualquer conceito que se dê ao instituto processual dos embargos será *de lege ferenda*, uma vez que a sua denominação vem prevista no art. 674 do CPC, quando diz: “Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro”. Resumindo o exposto no artigo, temos por conceito: *é instituto processual que visa excluir bens ou direitos de terceiro de constrição judicial em demanda alheia.*

5. NATUREZA JURÍDICA

A partir da análise dissecada do artigo, podemos dizer que a natureza jurídica desse instituto processual colocado à disposição de terceiro é uma ação, no exato sentido que cria uma relação jurídica processual distinta da anterior, e cuja pretensão é totalmente diferente da que existia anteriormente aos embargos de terceiro e sobre a qual ele incide.

Entretanto, pelo fato de ela estar necessariamente ligada a um ato constitutivo do processo alheio, é mister que haja um processo em curso para que os embargos de terceiro possam existir. Portanto, segundo o art. 676 do CPC,³ os embargos são ação acessória, com conteúdo próprio, cujos autos correrão em autos apartados da ação originária.⁴

É de se notar que, sendo uma nova ação, o embargado deverá ser citado pessoalmente se não tiver procurador constituído nos autos, fato que não deve acontecer com frequência. A regra normal, portanto, é que os embargados sejam intimados por intermédio de seus advogados.

Como vimos, os embargos de terceiro são mais que um simples incidente acessório, pois possuem natureza jurídica de ação.

Desse modo, uma vez percebido que se trata de uma ação, resta-nos determinar qual a sua natureza jurídica. Um dos modos usados pela doutrina para identificar a natureza de uma demanda se faz a partir da análise do comando preponderante estabelecido na sentença. Em nosso sentir – tal como será mais bem explicado no tópico dos elementos da demanda –, trata-se de uma ação constitutiva negativa, que depende de *execução imprópria* feita mediante ordem judicial.

Todavia, quando se trata de evitar a constrição, o seu caráter é inibitório, e, portanto, impõe a prestação de um não fazer. Mesmo nesse caso, há desconstitutividade do ato processual tendente à constrição, v.g., o recolhimento do mandado construtivo, o acolhimento da nomeação do bem de terceiro que seria levado à penhora etc.

Uma vez percebido que se trata de uma verdadeira ação, nada obsta que o terceiro não se utilize dos embargos no prazo fixado pelo legislador, sendo, pois, permitido que, mesmo depois de terminado o processo originário, ele possa usar das vias ordinárias. Não está ele impedido, pois, como era terceiro, não teria sido atingido pelos efeitos da coisa julgada, que se opera *inter partes*.

É importante deixar claro que a ação de embargos de terceiro ocupa um espaço próprio e exclusivo no ordenamento processual brasileiro, embora existam outros remédios processuais muito parecidos. Por isso é importante distinguir essa demanda de outras que lhe são afins.

Os embargos de terceiro não são uma ação possessória. No nosso Código, apenas três são os interditos possessórios: reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório.

Antes do CPC de 1939, alguns códigos estaduais o colocavam (os embargos de terceiro) como interdito possessório; todavia, com o advento de tal diploma, isso acabou. É técnica e cientificamente incorreto dizer que se trata de ação possessória especial.

A uma, porque nem sempre o que se protege é a posse, já que o domínio pode ser objeto de sua tutela (e, nas possessórias, só a posse com fundamento na posse é que pode ser tutelada).

A duas, porque não está previsto na lei como tal interdito.

A três, porque também pode ser usado como meio de proteção de credor com garantia real (art. 674, § 2.º, IV).

Não se pode também afirmar que os embargos de terceiro seriam a “oposição no processo de execução”. Falar desse modo é verdadeira heresia.

O primeiro motivo é porque os embargos de terceiro são cabíveis em qualquer processo (conhecimento, cautelar e execução e até na jurisdição voluntária). Outro motivo é que a oposição é típica ação ligada ao processo cognitivo, voltada para discutir o direito ou a coisa disputada pelas partes da causa primitiva (diz que é seu o direito sobre o que litigam autor e réu, art. 682 do CPC).

Vencida a oposição, findo está o processo. Já nos embargos de terceiro o objetivo não é o *direito* das partes, mas tão somente excluir o *ato judicial constritivo* (ou ameaçador de constrição) de quem não era parte no processo. Os pedidos são absolutamente diferentes. Em um é o reconhecimento do direito, em outro é a exclusão do bem ou direito da constrição indevida. Observe-se que, os embargos de terceiro tendo fim, nada impede que o embargador, autor e réu continuem o processo originário. Entre os dois institutos, pode-se dizer que há afinidade, no exato sentido de que fazem parte do gênero intervenção de terceiros.

6. O CONCEITO DE TERCEIRO

O conceito de terceiro, em sentido lato, advém de um “contraconceito”, ou seja, aquele que não é parte (art. 674 do CPC). Nunca é demais recordar o clássico conceito chiovendiano de que parte é *aquela que pede, e contra quem se pede, a tutela jurisdicional*.

A partir desse contraconceito, precisamos definir os terceiros dentre os diversos terceiros que existem em relação a uma causa da qual não são parte.

Em função da medida e do modo de seu atingimento pela sentença proferida em processo alheio, os terceiros podem ser: a) totalmente indiferentes à sentença proferida em processo alheio; b) atingidos, de fato, pela sentença; c) atingidos juridicamente, de forma reflexa ou direta.

A partir da definição estabelecida nesses moldes, poderia propor ação de embargos de terceiro, ou seja, estaria legitimado aquele que não poderia ter tido o seu bem ou direito afetado juridicamente pelo provimento judicial. Não se confunda a coisa julgada do processo originário com o ato judicial patológico oriundo de decisão judicial “em processo com o qual o terceiro, que dessa ação lança mão, não tem relação de espécie alguma”.

7. ELEMENTOS DA DEMANDA

Os embargos de terceiro constituem uma demanda incidental a um processo em curso.

Como acontece com toda e qualquer demanda, podem ser identificados pelos três elementos fundamentais: partes, pedido e causa de pedir.

No tocante às partes, iniciemos pelo legitimado ativo, enfim, aquele que está habilitado para propor a demanda. Aqui, dois aspectos mostram-se importantes.

Primeiro, analisado pela simples observação do processo em que ocorreu ou poderá ocorrer a constrição indevida. Não podem as partes desse processo, regra geral, manejar os embargos de terceiro. Assim, o terceiro é o legitimado para a propositura dessa ação, consoante determina o próprio art. 674 (“quem não foi parte no processo”).

Lembre-se, o terceiro é aquele que não foi parte no processo nem deveria ter seu bem apreendido judicialmente por causa desse processo.

Entretanto, não basta ser “terceiro”, é preciso verificar outro aspecto, pois, assim como dispõe o art. 674, § 2.º, só podem assumir esse papel de terceiro: I – o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843; II – o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução; III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte; IV – o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.⁵

Percebe-se, pois, que por *ficção jurídica* o CPC equipara a terceiro (portanto, podendo oferecer embargos) a parte do processo originário, desde que esta defenda bens que, pelo título da sua aquisição ou pela qualidade que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. Exemplo é o substituto processual, o bem do assistente, o bem de família que é inalienável, ou nos casos de bens do arrendatário etc. Por intermédio da mesma técnica de *ficção jurídica* o CPC equiparou a terceiro a mulher casada quando defender a posse de bens próprios, reservados ou de sua meação, mas nesse caso há de se fazer uma consideração.

A mulher só poderá propor a ação de embargos de terceiros com relação a essa matéria (bens próprios, reservados ou de sua meação), pois, com relação à sua corresponsabilidade oriunda de uma fiança, hipoteca ou qualquer outro vínculo que a sujeite como devedora solidária, deverá se utilizar dos embargos do devedor. Assim, por exemplo: se casada com regime de separação total de bens e a constrição judicial incidir sobre bem da mulher, mas oriundo de uma dívida do marido, então, quanto a essa defesa poderá propor ação de embargos de terceiro.

É, pois, possível que em uma mesma execução a mulher embargue como devedora solidária e também embargue como terceira. O objeto de

cada uma é diferente. O que não pode é usar dos embargos de terceiros para mencionar matéria pertinente aos embargos do devedor, mas, mesmo quando o fizer, a jurisprudência tem admitido a fungibilidade e o erro cometido, processando o remédio pelo modo correto, a despeito de o embargante ter nominado errada a via processual.

Em nosso sentir, serão sempre legitimados passivos, em litisconsórcio necessário unitário, as partes do processo do qual emanou a constrição indevida, pois é desconstitutivo o pedido formulado nos embargos de terceiro, e a sentença ofertará uma nova situação jurídica processual que afetará ambas as partes no processo do qual partiu a constrição.⁶ É claro que, excepcionalmente, quando os embargos de terceiro são manejados com o fim inibitório, enfim, para evitar a constrição, e esta se dá por indicação de apenas uma das partes (v.g., nomeação do bem à penhora pelo autor pelo exequente), tem-se aí apenas uma das partes no polo passivo da demanda de embargos de terceiro, pois não haverá a remoção de um ato processual ilícito que já teria produzido efeito em face do executado.

Situação interessante ocorre na hipótese do arresto executivo do art. 830 do CPC. Nesse caso – arresto executivo –, permite-se ao oficial de justiça de ofício penhorar tantos bens do devedor quantos forem necessários para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. Assim, nesse caso, poder-se-ia questionar a quem caberia ocupar o polo passivo – e o ônus da sucumbência – na situação de ação de embargos de terceiro para livrar o bem de constrição indevida. Pensamos que o art. 677 é claro ao dizer que será legitimado passivo “o sujeito em favor de quem o ato aproveita”, mas, se for inibitória do ilícito, apenas o será o exequente.

O pedido na ação de embargos de terceiro é livrar (liberar, retirar, desfazer) o bem ou o direito do terceiro da constrição judicial indevida. Enfim, a pretensão mediata dos embargos de terceiro consiste na obtenção de um provimento judicial que oferte ao jurisdicionado uma situação

jurídica diversa da que ele se encontrava antes de manejar os embargos, ou seja, espera-se a desconstrução judicial com a liberação do bem ou direito do terceiro. Portanto, verifica-se, primariamente, que a crise jurídica que qualifica a lide tutelada pelos embargos de terceiro é daquelas denominadas *crises de situação jurídica*, e o provimento judicial hábil e idôneo para a pacificação do conflito é um provimento constitutivo (negativo). Trata-se, pois, de uma ação judicial constitutiva negativa, em que o bem da vida pretendido pelo terceiro é a liberação do bem ou o direito da constrição indevida.

Obviamente, não é preciso que a constrição judicial indevida já tenha ocorrido, sendo mais do que suficiente para o manejo dessa técnica a *ameaça de constrição*, ou seja, a ação de embargos de terceiro por ter por finalidade a remoção de um ilícito (judicial), ou então a prevenção desse ilícito, sendo neste último caso um típico exemplo de demanda inibitória pura.⁷

É de observar que a ação de embargos de terceiro pretende desfazer o ilícito judicial caracterizado pela constrição indevida, e, nesse particular, é, portanto, uma ação que pretende a *remoção do ilícito* tão somente, ou, excepcionalmente, prevenir a sua ocorrência. Disso resulta o fato de que muitas vezes será comum que o ato judicial ilícito acarrete danos ao terceiro que teve o bem indevidamente constricto. Tanto isso é verdade que o próprio Código ressalva, em favor do executado – e aqui se aplica analogicamente –, a possibilidade de este ser indenizado pelos prejuízos causados pela execução indevida, tal como no art. 776 do CPC.⁸ A própria exigência de caução idônea para o início dos atos de execução forçada em alguns casos de cumprimento provisório da sentença deixa claro o reconhecimento pelo legislador processual de que execuções indevidas podem causar danos que poderão ser objeto de ressarcimento.

Contudo, analisando essa questão sob o prisma do terceiro afetado indevidamente por ato judicial constrictivo, este poderá valer-se dos

embargos de terceiro apenas para remoção do ilícito judicial mediante o livramento do bem ou direito constricto. Assim, ainda que da referida constrição tenham ocorrido danos ao terceiro, este não poderá cumular o pedido de remoção do ilícito com reparação de danos, valendo-se do procedimento especial dos embargos de terceiro.

Repita-se aqui que, se o terceiro pretender cumular o pedido de remoção do ilícito processual (desconstitutivo) com o pedido indenizatório (condenatório), não poderá valer-se dos embargos de terceiro para tal desiderato. Poderá, sim, usar o procedimento ordinário com o rito procedimental comum do CPC.

É importante deixar claro que o legislador admite, no art. 678, que “a decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constrictivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido”. Isso significa que o legislador admite a cumulação do pedido de resgate do bem ilicitamente apreendido judicialmente com a proteção da posse, turbada ou molestada. Esse é um caso de cumulação própria sucessiva, em que o segundo pedido (proteção possessória) só será concedido se deferido o pedido principal (livramento do bem constricto).

Como se vê, portanto, os embargos de terceiro são uma demanda que tem por pedido a desconstituição de um ato judicial, e, por isso mesmo, diz-se que o seu mérito tem natureza processual, o que não deixa de ser uma verdade.

A causa de pedir da demanda de embargos de terceiro pelo procedimento especial previsto nos arts. 674 e ss. do CPC é a proteção da posse, e isso vem descrito nas hipóteses dispostas nos arts. 674 e ss. do CPC. Excepcionalmente, o art. 680 permite a utilização desse remédio não propriamente para a proteção da posse, mas sim para a proteção de credor com garantia real.

A primeira hipótese é a de que os embargos se prestam para proteção da posse, que tem como estereótipo mais comum e típico a hipótese do art. 674, § 1.º, do CPC. As demais hipóteses previstas neste artigo e no seguinte são também para a proteção da posse, porém admitindo por ficção jurídica outros sujeitos que são equiparados a terceiro. A redação desse artigo (art. 674, § 1.º) inspirou-se no art. 709 do CPC/1939.

Quando o artigo fala em turbação ou esbulho judicial, há de se entender a turbação também como a mera ameaça de constrição judicial de bem ou direito. Assim, ainda que não tenha havido a materialidade de constrição judicial, mas existido a referida ameaça, então são cabíveis os referidos embargos. Há parcela da doutrina que sustenta que os embargos de terceiro não se prestam para proteção do domínio. Alegam tal assertiva com base na premissa de que tal instituto é espécie de interdito possessório, e, portanto, não estaria apto à proteção do domínio. O argumento é errado, pois os embargos também podem ter como causa de pedir a proteção do domínio (historicamente já era possível nas Ordenações Filipinas), desde que exista a posse pelo senhor da coisa.

Exemplo claro é o art. 674, § 1.º, o qual descreve que o legitimado a postular essa demanda é o possuidor puro e simplesmente ou terceiro proprietário, inclusive fiduciário. Aliás, para espancar qualquer dúvida, foi claro o art. 681 do CPC ao afirmar que: “Acolhido o pedido inicial, o ato de constrição judicial indevida será cancelado, com o reconhecimento do domínio, da manutenção da posse ou da reintegração definitiva do bem ou do direito ao embargante”.

Outra hipótese de cabimento dos embargos de terceiro é descrita no art. 674, § 2.º, IV, quando legitima o credor com garantia real a proteger por essa via o seu direito. Significa, pois, uma forma de proteger o credor de garantia em face da execução proposta por credor quirografário. É muito polêmica a discussão nesse artigo, e por isso alguns pontos precisam ser analisados: 1. Os bens dados em penhor, anticrese e hipoteca não são

impenhoráveis, já que não constam da lista do art. 833 do CPC. 2. No entanto, toda vez que o bem dado àquelas garantias for gravado com a penhora, deve ser intimado o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário da penhora e da eventual expropriação futura (art. 804). 3. Delimitou a defesa do exequente embargado, perante o embargante, aos casos do art. 680.

Conclui-se: o CPC privilegiou o credor com garantia real, conforme determina o art. 1.419 do CC: “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”, pois poderá propor embargos quando o bem dado em garantia estiver sendo objeto de alienação judicial.

Tudo porque o credor com garantia real tem o direito de preferência à satisfação de seu crédito. Soma-se a isso o fato de que, além disso, limitou a defesa do embargado aos casos do art. 680 (I – o devedor comum é insolvente; II – o título é nulo ou não obriga a terceiro; III – outra é a coisa dada em garantia).

É importante deixar claro que sobre a causa de pedir não recairá a autoridade da coisa julgada material. Quando o art. 681 diz que, “acolhido o pedido inicial, o ato de constrição judicial indevida será cancelado, com o reconhecimento do domínio, da manutenção da posse ou da reintegração definitiva do bem ou do direito ao embargante”, dá a entender que o fundamento da demanda (posse ou propriedade) também estaria acobertado pela coisa julgada, o que não é verdade. Apenas se submete à eficácia preclusiva da coisa julgada, em relação ao pedido de livramento do bem (e proteção possessória se houver) e em relação ao legitimado passivo, nos termos do art. 508 do CPC.

8. PRAZO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

Antes de tudo, lembre-se que os embargos de terceiro são uma faculdade do terceiro, já que este não será atingido pela *res judicata* e,

portanto, poderá utilizar-se posteriormente de outros remédios ordinários. Entretanto, segundo a regra do art. 675, “os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.

Assim, fixa o legislador apenas um critério temporal, em que podem ser oferecidos os embargos: a) no processo de conhecimento: em qualquer tempo enquanto não transitada em julgado a sentença; b) no cumprimento de sentença e no processo de execução até cinco dias depois da arrematação, adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Portanto, o que importa é a assinatura da carta (art. 904), pois, ainda que se tenham passado mais de cinco dias após a adjudicação ou arrematação, mas não tenha ocorrido a assinatura da carta, é possível a utilização dos embargos de terceiro.

Percebe-se pela rápida análise do art. 675 do CPC que, quanto ao processo de execução e ao cumprimento de sentença, só fez menção à execução para entrega de quantia certa (suas fases). Todavia, nada impede o oferecimento de embargos em caso de execução para entrega de coisa certa, caso em que se contarão cinco dias do termo de entrega definitiva do bem.

Observe-se, ainda, que é perfeitamente possível que a realização da execução se dê antes do término da ação de conhecimento, nos casos de cumprimento provisório da sentença. Nestes, o prazo para utilização dos embargos de terceiro é aquele que primeiro ocorrer, ou seja, já assinada a carta de adjudicação ou arrematação na execução provisória completa, ainda que esteja pendente a causa (recurso desprovido de efeito suspensivo), não poderão mais ser manejados os embargos de terceiro,

devendo este valer-se de ação ordinária para proteger o seu direito eventualmente afetado pela alienação ocorrida no outro processo.

9. COMPETÊNCIA

Segundo o art. 676, “os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado”. Como se trata de causa acessória, mas com conteúdo próprio, deve ser proposta ao mesmo juízo do processo originário com distribuição por dependência ao juízo da causa principal.⁹ Observe-se que, no caso de a constrição judicial se dar pelo cumprimento de carta precatória, a competência dependerá de saber se a ordem de constrição é ou não genérica, ou seja, se a ordem do juízo deprecante foi feita sem especificar o bem, então a competência para julgar os embargos é do juízo deprecado (que expediu a ordem de cumprimento do mandado). Todavia, se a ordem de constrição foi específica, então o responsável é o juiz deprecante (fonte), pois o deprecado age apenas como executor material de deliberação do deprecante, tal como indica o art. 676, parágrafo único, ao dizer que, “nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constricto ou se já devolvida a carta”.

10. PROCEDIMENTO

Como toda e qualquer demanda, os embargos de terceiro têm início por petição inicial que devem cumprir os requisitos normais desse ato, lembrando que o valor da causa é o do bem apreendido judicialmente; se for bem imóvel, o valor do bem, usando o inc. IV do art. 292 analogamente.

Como o procedimento prevê a possibilidade de concessão de medida liminar, é imprescindível para sua obtenção que o embargante alimente a sua petição com os documentos necessários (*quantum satis*) para comprovação da posse ou propriedade, que devem constar na inicial.

Admite o Código que a prova da posse pode ser feita por intermédio de audiência de justificação prévia.¹⁰

Uma vez que o magistrado tenha se convencido dos elementos comprobatórios do domínio ou a posse, então deferirá a liminar para o fim de suspender as medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.¹¹ Segundo o art. 678, parágrafo único, “o juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”.

A caução aí exigida é uma forma de evitar que os embargos de terceiro sejam utilizados de modo indevido, visando fraudar e inviabilizar a tutela jurisdicional satisfativa da qual o ato construtivo é preparatório. Por isso, se é verdade que a caução não pode ser óbice à concessão da liminar aos embargos de terceiro, por outro lado, deve o juiz lembrar que a sua finalidade está diretamente relacionada com a efetividade da tutela satisfativa que o terceiro visa obstaculizar com o livramento do bem apreendido.

Portanto, pensamos, apenas excepcionalmente o juiz poderá dispensar a caução, até porque os embargos de terceiro são mera faculdade em favor do terceiro, que, por não ser atingido pela coisa julgada do processo do qual não é parte, poderá insurgir-se contra a sentença nele proferida.

Continuando o procedimento, prescreve o art. 679 que os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum.

11. O PROCEDIMENTO COMUM SUBSIDIÁRIO

Consoante a regra estabelecida no art. 679, o procedimento é especial até que seja findo o prazo da contestação (pela preclusão temporal ou

consumativa), posto que, após esse momento, ele passa a ser o procedimento comum.

12. LIMINAR EM EMBARGOS DE TERCEIRO

O texto previsto no art. 678 diz que “a decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido”.

O indeferimento da liminar não significa que os embargos deverão ser extintos, já que o *momento probandi* é outro. A liminar comporta juízo de cognição sumária. Como toda liminar (decisão interlocutória), esta também desafia a interposição do agravo (de instrumento, pois o retido seria inadmitido por falta de interesse).

13. RECURSO DE APELAÇÃO

A rejeição liminar *terminativa* da própria ação de embargos enseja o recurso de apelação, assim como quando são julgados procedentes ou improcedentes. No primeiro caso, trata-se de sentença terminativa e, no segundo, de sentença definitiva.

14. FRAUDE CONTRA CREDORES E FRAUDE À EXECUÇÃO

Existe uma discussão a respeito da possibilidade de se alegar por via de exceção (defesa) em sede de embargos de terceiros a fraude contra credores e a fraude à execução. Só esta e não aquela poderá ser alegada e comprovada no bojo dos embargos de terceiro, segundo a Súmula 195 do STJ.¹²

Essa é a posição que restou sedimentada simplesmente porque a fraude à execução é causa de ineficácia do negócio jurídico relativamente ao credor. Em outras palavras, o ato é válido e existente, mas ineficaz, motivo pelo qual não seria necessária uma demanda para reconhecer a ineficácia do ato fraudulento ao processo.

Assim, por *petitio simplex* poderia ser alegada a fraude à execução, e nem mesmo precisaria escorar-se tal alegação na resposta aos embargos de terceiro, posto que seria dever do juízo conhecer de tal vício de ofício.

Por sua vez, como a fraude contra credores diz respeito a vício entre o devedor e seus credores, ou seja, no negócio jurídico, tornando o ato anulável (ver art. 158 do CCB), somente por meio de ação prevista no referido dispositivo (art. 161) que a invalidação do ato poderá ser reconhecida. Essa ação é a ação pauliana ou revocatória, para resguardar a pretensão do credor fraudado de ver anulado o ato que lhe é lesivo.

É exatamente por isso que se construiu a tese de que não seria possível reconhecer a fraude contra credores no bojo de uma contestação oferecida em embargos de terceiro, cuja cognição é restrita ao objeto do pedido nela formulado (livramento do bem constrito judicialmente), e também porque os legitimados passivos da *fraude contra credores* podem não coincidir com o dos embargos de terceiro. Assim, não admitindo reconvenção nos embargos de terceiro em razão da especialidade do procedimento, seria inviável a postulação de fraude contra credores em contestação.

Contudo, essa posição merece alguma reflexão, e, pontualmente, deve ser revista pela doutrina e operadores do Direito, pois o CPC de 2015 é claríssimo em dizer que, com o oferecimento da contestação, cessa o procedimento especial dos embargos de terceiro, e, nesse particular, nada impede que seja possível o oferecimento de reconvenção formalizada na própria contestação pela regra do art. 343,¹³ especialmente porque poderá

ser manejada contra um terceiro (portanto, credores que não integram a relação processual na qual houve a constrição do bem).

Não havendo mais a restrição do procedimento, tampouco a impossibilidade de reconvir trazendo para a discussão um terceiro, é de repensar, até por economia processual e coerência das decisões judiciais, a possibilidade de nos embargos de terceiro comportar a discussão acerca da fraude contra credores.

15. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E EMBARGOS DE TERCEIROS

Uma celeuma que já se encontra superada por Súmula 84¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça diz respeito à possibilidade ou não de o promitente comprador ser legitimado à propositura dos embargos de terceiro, ainda que não tenha sido registrado o título. Mesmo com a súmula, há corrente que entende não ser possível, pois, se não foi inscrito é porque não possui oponibilidade *erga omnes* (direito real), e, portanto, não legitima o promitente comprador.

A outra corrente, à qual nos filiamos, acredita ser possível o uso dos embargos pelo promitente comprador, pois, uma vez quitadas as prestações, dá ao promitente comprador o direito de defender a sua posse, por meio de embargos de terceiro. E, como sabemos, é possível a defesa da posse por esse instituto. Em ambos os casos, é pressuposto de qualquer discussão que não tenha havido fraude à execução, caso em que não serão possíveis os embargos de terceiro.¹⁵

¹ Luiz Ambra. *Dos embargos de terceiro*. São Paulo: RT, 1971; Donaldo Armelin. Notas sobre os embargos de terceiros. In: João Baptista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (Coord.). *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 69-93; Araken de Assis. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998; Yussef Said Cahali. *Honorários advocatícios*. São Paulo: RT, 1997. p. 50-60; Clóvis Couto e Silva. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982. v. XI, t. II; Luiz Felipe Silveira Difini. *Embargos de terceiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. IV; Gerson Fischmann. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 14; Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 3; Hamilton Moraes e Barros. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. IX; Nelson Roberto Parizatto. *Dos embargos de terceiro*. São Paulo: Editora de Direito, 1997; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961. t. XIV; Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri. Os embargos de terceiro como instrumento de efetividade à tutela dos direitos. In: Mirna Cianci e Rita Quartieri (Coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 713-743; Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4; Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.

² Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1.º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2.º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I – o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;

II – o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV – o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

³ Art. 677. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.

§ 1.º É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz.

§ 2.º O possuidor direto pode alegar, além da sua posse, o domínio alheio.

§ 3.º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal.

§ 4.º Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

⁴ Art. 676. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.

Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.

⁵ Não são considerados terceiros para fins de propositura dos embargos de terceiro: a) o sucessor da parte, a título universal ou singular, que tenha adquirido o bem litigioso no curso do processo; b) o que foi chamado à autoria e não interveio; c) o sócio solidário, na execução de sentença contra sociedade – em caso de responsabilidade solidária.

⁶ Art. 677, § 4.º Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

⁷ O *caput* do art. 684 é claro ao tratar, na parte final, de que os embargos de terceiro se prestam a inibição do ato construtivo. Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

⁸ Art. 776. O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução.

- 9 Art. 61. A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal.
- 10 Art. 677. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.
- § 1.º É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz.
- § 2.º O possuidor direto pode alegar, além da sua posse, o domínio alheio.
- § 3.º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal.
- § 4.º Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.
- 11 Determina o art. 678 que os embargos paralisam o itinerário do processo principal nos limites do bem constrito, ou seja: 1. totalmente, se os embargos versarem sobre todos os bens; 2. somente na parte relativa ao bem embargado, prosseguindo o restante. É o que se deflui da interpretação do art. 678 ao expressar que o deferimento da liminar acarretará *a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos*.
- 12 Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.
- 13 Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.
- § 1.º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.
- § 2.º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.
- § 3.º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.
- § 4.º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.
- § 5.º Se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.
- § 6.º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação.
- 14 Segundo a Súmula 84 do STJ: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.
- 15 “[...] 2. ‘É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no

Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula 84/STJ: ‘É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro’ (REsp 974062/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, j. 20.09.2007, *DJ* 05.11.2007, p. 244). 3. ‘A jurisprudência desta Corte, consolidada com a edição da Súmula 375/STJ, orienta que sem o registro da penhora sobre o imóvel ou prova da má-fé do adquirente, não há que se falar em fraude à execução’” (AgRg no AREsp 48.147/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 07.02.2012, *DJe* 24.02.2012). Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 449.622/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 11.03.2014, *DJe* 18.03.2014).