EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br
10 anos

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

5

FREDIE DIDIER JR.
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
PAULA SARNO BRAGA
RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA

Execução

Atualizada de acordo com o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, a Lei Federal n. 12.529/2011 (que redesenhou o sistema de proteção da concorrência no direito brasileiro), além da Resolução n. 160/2011 do Conselho da Justiça Federal.

5ª edição
revista, ampliada e atualizada

edição 2013

Fredie Didier Jr.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

www.frediedidier.com.br

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor de Relações Institucionais da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado e consultor jurídico.

Paula Sarno Braga

Professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Salvador. Professora do Curso de Especialização em Direito Processual Civil (*Jus*PODIVM). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/*Jus*PODIVM). Mestre (UFBA). Advogada.

Rafael Alexandria de Oliveira

Professor do curso de Especialização em Direito Processual Civil do JusPODIVM. Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Jorge Amado (BA). Mestre (UFBA). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

Curso de Direito Processual Civil

Execução

Volume 5

5ª edição

Atualizada de acordo com o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, a Lei Federal n. 12.529/2011 (que redesenhou o sistema de proteção da concorrência no direito brasileiro), além da Resolução n. 160/2011 do Conselho da Justiça Federal.

2013

EDITORA *Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim *(www.buenojardim.com.br)*

Diagramação: Cendi Coelho *(cendicoelho@gmail.com)*

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

A Francisco de Paula Baptista, José de Moura Rocha e Paulo Furtado, dois pernambucanos e um baiano que, a seu tempo e à sua maneira, contribuíram para o estudo do processo de execução no Brasil.

SUMÁRIO

NOTA DOS AUTORES À QUINTA EDIÇÃO 21

PARTE I
| Teoria da execução e institutos fundamentais para a compreensão do procedimento executivo |

Capítulo I
INTRODUÇÃO AO ESTUDO
DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA 25
1. Direitos a uma prestação e execução 25
2. Direito potestativo e execução 26
3. Conceito de execução 28
4. Execução, processo de execução e processo autônomo de execução 29
5. Execução imprópria 33
6. Classificação da execução 33
6.1. Execução comum e execução especial 33
6.2. Execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial 34
6.3. Execução direta e execução indireta 34
6.4. Execução definitiva e execução provisória 39
7. Cognição, mérito e coisa julgada na execução 41
7.1. Cognição na execução 41
7.2. Admissibilidade e mérito do procedimento executivo 43
7.3. Coisa julgada 45
8. Princípios da execução 47
8.1. Princípio da efetividade. Direito fundamental à tutela executiva 47
8.2. Princípio da tipicidade 48
8.3. Princípio da boa-fé processual 50
8.4. Princípio da responsabilidade patrimonial ou de que "toda execução é real" 51
8.5. Princípio da primazia da tutela específica ou princípio da maior coincidência possível ou princípio do resultado 53
8.6. Princípio do contraditório 54
8.7. Princípio da menor onerosidade da execução 56
8.8. Princípio da cooperação 58
8.9. Princípio da proporcionalidade 59
8.10. Princípio da adequação 61
9. Regras que estruturam o procedimento executivo brasileiro 62
9.1. Regra de que não há execução sem título *(nulla executio sine titulo)* 62
9.2. Disponibilidade da execução (CPC, art. 569) 62
9.3. Responsabilidade objetiva do exeqüente (arts. 475-●, I, e 574, CPC) 63
9.4. Aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento (art. 598, CPC) 65

Capítulo II
FORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO 67
1. Considerações iniciais 67

2. A demanda executiva 68
2.1. Noções de demanda e de demanda executiva 68
2.2. Elementos objetivos da demanda executiva 69
2.3. A demanda executiva fundada em obrigação alternativa (art. 571, CPC) 72
2.4. Cumulação de demandas (art. 573, CPC) 76
3. Petição inicial 81
3.1. Introdução 81
3.2. Requisitos de validade 81
3.3. Controle e emenda da petição inicial 85
4. Efeitos da litispendência executiva 88
5. Requisitos gerais para a deflagração do procedimento executivo 92
5.1. Introdução 92
5.2. Título executivo 93
5.3. Afirmação do inadimplemento (arts. 580 a 582, CPC) 94
5.3.1. Conceito de inadimplemento e classificação 94
5.3.2. Inadimplemento e interesse de agir 95
5.3.3. Inadimplemento e exigibilidade 96
5.3.4. Inadimplemento e a existência de deveres recíprocos (art. 582, CPC) 97
5.3.5. Inadimplemento e os deveres sujeitos a condição ou termo 107
5.3.6. Boa-fé, adimplemento substancial (inadimplemento mínimo) e execução 112

Capítulo III
LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA 115
1. Introdução 115
2. Conceito 116
3. Modelos processuais de liquidação: processo autônomo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental 118
3.1. Introdução: antes e depois da Lei Federal n. 11.232/2005 118
3.2. A fase de liquidação (ou liquidação-fase) 119
3.3. O processo de liquidação 121
3.4. A liquidação incidental (ou liquidação-incidente) 121
4. Legitimidade para requerer a liquidação 123
5. Competência para conhecer e julgar a liquidação 124
6. Momento para requerer a liquidação 124
7. A cognição na liquidação 126
7.1. O *princípio da fidelidade* ao título 126
7.2. A matéria de defesa na liquidação 129
8. Espécies de liquidação 131
8.1. Introdução 131
8.2. A liquidação por cálculo do credor 131
8.3. A liquidação por arbitramento 137
8.4. A liquidação por artigos 141
9. Liquidação com "dano zero" (sem resultado positivo) e o *non liquet* 143
10. A liquidação nas ações contra a fazenda pública 147

Capítulo IV
TÍTULO EXECUTIVO 149
1. A necessidade e a importância do título executivo na execução 149

2. Natureza jurídica do título executivo 149
3. O título executivo como documento indispensável ao desenvolvimento válido do processo executivo 152
4. Princípio da taxatividade dos títulos executivos 154
5. Tipicidade dos títulos executivos 155
6. Atributos da obrigação representada no título executivo 157
7. Rol de títulos executivos judiciais 159
7.1. Considerações gerais 159
7.2. Decisão que reconhece a existência de obrigação 160
7.3. Sentença penal condenatória transitada em julgado 167
7.3.1. Generalidades 167
7.3.2 O problema da fixação do valor mínimo da indenização na sentença penal condenatória 168
7.4. Decisão que homologar autocomposição judicial 173
7.5. Sentença arbitral 174
7.6. Acordo extrajudicial homologado 174
7.7. Decisão estrangeira homologada pelo STJ 176
7.8. Formal de partilha 177
8. Rol de títulos executivos extrajudiciais 178
8.1. Considerações gerais 178
8.2. Títulos de crédito 178
8.2.1. Generalidades 178
8.2.2. Letra de câmbio 180
8.2.3. Nota promissória 181
8.2.4. Duplicata 181
8.2.5. Debênture 182
8.2.6. Cheque 183
8.3. Escritura pública ou qualquer documento público assinado pelo devedor 184
8.4. Documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas 185
8.5. Transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores 188
8.6. Contratos garantidos por hipoteca, penhor e anticrese 189
8.7. Contratos garantidos por caução 190
8.8. Contratos de seguro de vida 191
8.9. O crédito decorrente de foro e laudêmio 192
8.10. O crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios 193
8.11. O crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor 196
8.12. A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública 197
8.13. Demais títulos 198

Capítulo V
EXECUÇÃO PROVISÓRIA 201
1. Consideração introdutória 201
2. Fundamentos 201
3. Cabimento 202
4. Regime jurídico da execução provisória (art. 475-●, CPC) 202
4.1. Generalidades 202
4.2. Requerimento do credor 203
4.3. Autuação separada 205

4.4. Reforma ou anulação do título: retorno ao estado anterior 206
4.5. Responsabilidade objetiva do exeqüente 207
4.6. Caução 209

Capítulo VI
PARTES 215
1. Legitimação ativa 215
2. Legitimação passiva 219
3. Litisconsórcio na execução 221
4. Intervenção de terceiro na execução 224

Capítulo VII
COMPETÊNCIA 227
1. Competência para a execução de título judicial 227
1.1. Competência para a execução de decisões de tribunal, em causas de sua competência originária 227
1.2. Competência para a execução da sentença 230
1.2.1. Regra geral 230
1.2.2. A execução da sentença de alimentos e a mudança de domicílio do alimentando 236
1.2.3. Exclusão de ente federal da condenação e competência da Justiça Federal 238
1.2.4. Juízo estadual com competência federal e criação de vara federal na comarca 239
1.3. Competência para a execução de sentença arbitral 240
1.4. Competência para a execução de sentença estrangeira 241
1.5. Competência para a execução de sentença penal condenatória transitada em julgado 242
1.6. Competência para a execução universal (falência e insolvência civil) 243
2. Competência para a execução fundada em título extrajudicial 244
2.1. Generalidades 244
2.2. Foro competente para processar a execução fundada em letra de câmbio ou nota promissória 249
2.3. Foro competente para processar a execução fundada em duplicata 250
2.4. Foro competente para processar a execução fundada em cheque 250
2.5. Foro competente para processar a execução fundada em debênture 251
2.6. Foro competente para processar a execução fundada em documento público ou particular 251
2.7. Foro competente para processar a execução fundada em contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou destinada a cobrar crédito decorrente de foro ou laudêmio 251
2.8. Foro competente para processar a execução fundada em contrato garantido por caução ou destinada a cobrar seguro de vida, bem como aluguéis e seus encargos acessórios 252
2.9. Foro competente para processar a execução de crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete ou de tradutor 253
2.10. Pluralidade de executados com domicílios diferentes 253
2.11. Opção entre o foro do lugar do cumprimento da obrigação e o do domicílio do executado 253
2.12. Títulos de crédito emitidos no exterior 254

3. Alegação de incompetência no cumprimento da sentença e na execução fundada em título extrajudicial 254

Capítulo VIII
RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL 259
1. Considerações iniciais 259
2. Obrigação e responsabilidade 260
   2.1. Visão dualista 260
   2.2. Visão unitarista 262
   2.3. Visão adotada 267
3. Responsabilidade primária (arts. 591 e 592, I, III e V, CPC) 268
   3.1. Generalidades 268
   3.2. Bens do devedor, inclusive em poder de terceiro (arts. 591 e 592, III, CPC) 269
   3.3. Bens do sucessor a título singular (art. 591 e 592, I, CPC) 272
   3.4. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução (art. 592, V, CPC) 275
4. Responsabilidade secundária 275
   4.1. Bens do cônjuge 275
      4.1.1. Consideração introdutória 275
      4.1.2. Dos bens da meação (comunicáveis) 275
      4.1.3. Dos bens próprios ou particulares. 279
      4.1.4. Dos bens reservados 280
      4.1.5. Da penhora de bens do cônjuge. Mecanismo de defesa 281
   4.2. Bens do sócio, nos termos da lei (art. 592, II, e art. 596, CPC) 282
   4.3. *Desconsideração da personalidade jurídica* e seus aspectos processuais 288
      4.3.1. Premissa constitucional 288
      4.3.2. Noção 292
5. Responsabilidade patrimonial do fiador (art. 595, CPC) 297
6. Responsabilidade patrimonial do espólio e dos herdeiros (art. 597 do CPC) 300
7. Bens objeto de direito de retenção (art. 594 do CPC) 301
8. Responsabilidade patrimonial do incapaz 303

Capítulo IX
PROTEÇÃO DA BOA-FÉ NA EXECUÇÃO 307
1. O princípio da boa-fé na execução 307
2. Noções iniciais sobre a fraude na execução 308
3. Fraude contra credores 309
4. Fraude à execução 315
   4.1. Generalidades 315
   4.2. Pressupostos 316
      4.2.1. Alienação ou oneração na pendência de ação fundada em direito real (art. 593, I, CPC) 316
      4.2.2. Alienação ou oneração de bem na pendência de processo capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 593, II, CPC) 317
      4.2.3. Outros casos de fraude à execução 321
      4.2.4. Pressuposto subjetivo: *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente 321
      4.2.5. Contraditório 325
5. Alienação de bem penhorado 325
6. Quadro comparativo 327
7. Averbação da execução no registro de bens do devedor. Art. 615-A, CPC 328

8. Atos atentatórios à dignidade da justiça 331
8.1. Considerações prévias 331
8.2. *Contempt of court* na execução. Hipóteses legais 333
8.3. Ilícitos não-danosos 337
8.4. Desnecessidade de demonstração do elemento subjetivo 338
8.5. A punição 338
8.6. Confronto com o *contempt of court* do art. 14, V, CPC e litigância de má-fé 339

Capítulo X
SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO 341
1. O curso do procedimento e seus momentos de crise 341
2. Suspensão da execução 342
3. Causas de suspensão da execução 342
3.1. Embargos do executado 342
3.2. Hipóteses do art. 265, incisos I a III 342
3.3. Falta de bens penhoráveis 343
3.4. Força maior na execução 345
4. Falência, recuperação judicial e suspensão da execução 346
5. Ação rescisória e suspensão da execução 346

Capítulo XI
EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO 347

Capítulo XII
DEFESA DO EXECUTADO 351
1. Generalidades 351
2. Embargos à execução 352
2.1. Noção e natureza jurídica 352
2.2. Classificação 355
2.3. Valor da causa 355
2.4. Prazo para ajuizamento dos embargos 356
2.5. Competência para processamento e julgamento 358
2.6. Legitimidades ativa e passiva 360
2.7. Intervenção de terceiro 361
2.8. Efeitos dos embargos 361
2.9. Objeto dos embargos 366
2.10. O requerimento de parcelamento do crédito (art.745-A do CPC) e a proibição para oposição dos embargos 368
2.11. Procedimento 373
2.12. Recursos 374
3. A impugnação 376
3.1. Noção e natureza jurídica 376
3.2. A fase de execução da sentença como procedimento de cognição limitada e exauriente *secundum eventum defensionis* 378
3.3. Prazo e preclusão temporal 378
3.4. Conteúdo 382
3.4.1. Observação inicial 382
3.4.2. Falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia (art. 475-L, I) 382
3.4.3. Inexigibilidade do título (art. 475-L, II) 383

3.4.4. Decisão fundada em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 475-L, § 1º, CPC) 384
3.4.5. Penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 475-L, III) 390
3.4.6. Ilegitimidade das partes (art. 475-L, IV) 390
3.4.7. Excesso de execução (art. 475-L, V) 390
3.4.8. Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (art. 475-L, VI) 392
3.5. Desistência da execução e consentimento do executado 393
3.6. Efeitos sobre a execução. A possibilidade de oferecimento da impugnação sem prévia penhora 394
3.7. A suspensão da execução e o § 6º do art. 739-A do CPC 397
3.8. Réplica 398
3.9. Julgamento e coisa julgada 398
3.10. Impugnação de segunda fase 400
3.11. Impugnação e o direito potestativo ao parcelamento da dívida (art. 745-A, CPC) 400
4. Exceção de não-executividade ("exceção de pré-executividade") 402
5. Ações autônomas (defesas heterotópicas) 408
6. Embargos de segunda fase 413

PARTE II

| **Execução das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa distinta de dinheiro** |

Capítulo XIII
INTRODUÇÃO À EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO-FAZER E DE ENTREGAR COISA DISTINTA DE DINHEIRO 419
1. A tutela jurisdicional 419
1.1. Acepções 419
1.2. A tutela jurisdicional diferenciada 420
1.3. Espécies de tutela jurisdicional 422
1.3.1. Urgência e evidência 422
1.3.2. Final e antecipada 423
1.3.3. Repressiva (reparatória ou sancionatória) e preventiva 423
1.3.4. Genérica (pelo equivalente em dinheiro) e específica 423
2. Classificação da tutela específica 424
2.1. A distinção entre ilícito e dano 424
2.2. A tutela inibitória 426
2.3. A tutela reintegratória (remoção do ilícito) 428
2.4. A tutela ressarcitória 430

Capítulo XIV
EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA DISTINTA DE DINHEIRO FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL 431
1. Execução das obrigações de fazer e de não fazer (art. 461 do CPC) 431
1.1. Evolução histórica 431
1.2. Abrangência do art. 461 do CPC 435
1.3. A primazia da tutela específica das obrigações de fazer

e de não fazer e a obtenção do resultado prático equivalente 437
1.4. A conversão da obrigação em perdas e danos (art. 461, § 1º, CPC) 441
1.4.1. Introdução: a tutela específica como direito do credor 441
1.4.2. Os limites da opção pela conversão em perdas e danos 443
1.4.3. A conversão nos casos de impossibilidade de cumprimento na forma específica 444
1.4.4. Incidente cognitivo para apuração das perdas e danos 447
1.5. As técnicas processuais adequadas à tutela das obrigações de fazer e de não fazer 448
1.5.1. Introdução 448
1.5.2. A execução como fase do procedimento 448
1.5.3. As técnicas de execução direta (ou por sub-rogação) e de execução indireta 449
1.5.4. A atipicidade dos meios executivos e o *poder geral de efetivação* (art. 461, §5º, CPC) 449
1.5.5. A não-adstrição da decisão judicial ao pedido quanto à medida coercitiva a ser imposta 454
1.5.6. A possibilidade de alteração da medida coercitiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária 456
1.6. A multa coercitiva 459
1.6.1. Natureza jurídica e valor da multa 459
1.6.2. Periodicidade da multa e a multa fixa 462
1.6.3. Destinatário da multa 462
1.6.4. Imposição da multa à Fazenda Pública 465
1.6.5. Possibilidade de cumulação com a multa do art. 14, p. único, do CPC 466
1.6.6. Execução da multa: forma, momento de exigibilidade e vinculação ao resultado final do processo 468
1.6.7. Crítica à utilização inadequada da multa como medida coercitiva 473
1.6.8. Aumento do valor da multa, dever do credor de mitigar o próprio prejuízo ("duty to mitigate the loss") e o princípio da boa-fé processual: possibilidade de supressio 474
1.7. A utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica 477
1.8. A defesa do devedor durante a fase de execução 482
2. Execução das obrigações de entrega de coisa (art. 461-A do CPC) 482
2.1. Evolução histórica e abrangência do art. 461-A do CPC 482
2.2. Forma de efetivação (art. 461-A, *caput* e § 2º, CPC) e aplicação dos mecanismos previstos para o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer (art. 461-A, § 3º, CPC) 485
2.3. A prisão civil como medida coercitiva para efetivação das obrigações de entrega de coisa 486
2.4. A efetivação da decisão nos casos em que houve alienação da coisa litigiosa para terceiro 487
2.5. Incidente de individualização da coisa a ser entregue (art. 461-A, § 1º, CPC) 488
2.6. A conversão do dever de entregar coisa em perdas e danos (art. 461-A, § 3º, c/c art. 461, § 1º, CPC) 491
2.6.1. Regra geral 491
2.6.2. Os casos em que é possível a opção pela conversão em perdas e danos 491

2.6.3. Deterioração ou perda da coisa e possibilidade de conversão em perdas e danos 492
2.6.3.1. Introdução 492
2.6.3.2. Obrigação de dar ou de restituir coisa certa 492
2.6.3.3. Obrigação de entregar coisa incerta 494
2.6.3.4. Obrigação de entregar a coisa nos casos em que se discute posse 495
2.6.4. Incidente cognitivo para apuração das perdas e danos 495
2.7. A defesa do executado 496
2.7.1. Regra geral 496
2.7.2. Desnecessidade de prévio depósito da coisa 496
2.7.3. Impossibilidade de alegar, na fase de execução, direito de retenção por benfeitorias, acessões, melhoramentos e acréscimos 496
3. Execução das obrigações de emitir declaração de vontade (arts. 466-A a 466-C, CPC) 498

Capítulo XV
EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL 503
1. Considerações iniciais 503
2. Execução das obrigações de fazer e de não fazer 504
2.1. Introdução 504
2.2. Fase inicial: cumprimento voluntário 504
2.3. Segunda fase: execução forçada 506
2.3.1. Introdução 506
2.3.2. A realização da prestação de fato ou do desfazimento do ato indevido por terceiro ou pelo credor 507
2.3.3. A realização coercitiva da prestação de fato pelo próprio devedor 511
2.3.4. Conversão da prestação de fato em perdas e danos 511
3. Execução das obrigações de entrega de coisa distinta de dinheiro 512
3.1. Introdução 512
3.2. Fase inicial da execução para entrega de coisa certa: cumprimento voluntário 513
3.3. Fase inicial da execução para entrega de coisa incerta: individualização da coisa e cumprimento voluntário 515
3.4. Segunda fase: execução forçada 517
3.5. Alienação da coisa litigiosa para terceiro 517
3.6. Conversão da obrigação em indenização por perdas e danos 518
3.7. Apuração do valor das benfeitorias indenizáveis 519

PARTE III
| Execução por quantia certa |

Capítulo XVI
FASE INICIAL DA EXECUÇÃO POR QUANTIA 523
1. Considerações iniciais 523
2. Atos iniciais da execução por quantia fundada em título extrajudicial 523
2.1. Introdução 523
2.2. As fases do procedimento executivo 523

2.2.1. Fase inicial: demanda executiva, cumprimento voluntário e pré-penhora 523
2.2.2. Segunda fase: a execução forçada 530
2.3. A averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 615-A, CPC) 531
3. Atos iniciais da execução por quantia fundada em título judicial 532
3.1. Introdução 532
3.2. As fases do procedimento de cumprimento de sentença 532
3.2.1. Fase inicial: o cumprimento voluntário e a multa legal coercitiva 532
3.2.2. Segunda fase: execução forçada 545
3.3. As peculiaridades relativas ao processo autônomo de execução por quantia fundada em título judicial (art. 475-N, p. único, CPC) 548
3.4. A possibilidade averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 615-A, CPC) 549

Capítulo XVII
PENHORA 551
1. Noções gerais 551
2. Funções 552
3. Natureza jurídica 554
4. Efeitos 555
4.1. Considerações iniciais 555
4.2. Materiais 556
4.2.1. Alteração do título de posse do devedor 556
4.2.2. Ineficácia relativa dos atos de disposição 557
4.2.3. Reflexos penais 559
4.3. Processuais 559
4.3.1. Individualização dos bens 559
4.3.2. Conservação dos bens penhorados 559
4.3.3. Efeito suspensivo à defesa do executado 560
4.3.4. Direito de preferência (arts. 612-613, CPC) 560
5. Objeto da penhora 560
6. Impenhorabilidade 561
6.1. Generalidades. A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor 561
6.2. Natureza jurídica das regras de impenhorabilidade. Regime processual das questões sobre impenhorabilidade: disponibilidade, preclusão e conhecimento *ex officio* 564
6.3. Fundamentos da impenhorabilidade 568
6.4. Hipóteses de impenhorabilidade 568
6.4.1. O *beneficium competentiae* 568
6.4.2. Bens inalienáveis 570
6.4.3. Bens declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução 570
6.4.4. 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 572
6.4.5. Os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor. 573
6.4.6. Rendimentos de natureza alimentar. 573

6.4.7. Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão 579
6.4.8. O seguro de vida 581
6.4.9. Os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas 582
6.4.10. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família 583
6.4.11. Os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social 584
6.4.12. Quantia depositada em caderneta de poupança (até o limite de quarenta salários mínimos) 585
6.4.13. Os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político 586
6.4.14. Bem imóvel de moradia ("bem de família") 587
6.4.15. Ressalva geral às regras de impenhorabilidade (art. 649, § 1°, CPC) 591
6.4.16. Hipóteses de penhorabilidade eventual 591
6.4.17. Penhora de quotas sociais 592
6.4.18. Impenhorabilidade do *jus sepulchri*, da sepultura e do sepulcro 594
6.4.19. Penhora de bem dado em garantia real 595
6.4.20. Impenhorabilidade de próteses 596
6.4.21. Penhora do saldo da conta vinculada do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) 596
7. Limites da penhora 598
8. Escolha dos bens a penhorar. Ordem legal de preferência. Substituição do bem penhorado 599
9. Lugar e tempo da penhora 603
10. Realização e formalização da penhora 605
10.1. Apreensão. Auto e termo de penhora 605
10.2. Depósito 608
10.2.1. Noções gerais 608
10.2.2. Escolha do depositário 609
10.2.3. Funções do depositário 612
10.2.4. Remuneração do depositário 613
10.2.5. Prisão Civil. A reviravolta jurisprudencial. O reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel 613
10.3. Intimação do executado 615
11. Penhora de imóvel 616
12. Incidentes da penhora 620
12.1. Modificações da penhora: ampliação, redução e renovação da penhora 620
12.2. Substituição da penhora 621
12.2.1. Nota introdutória 621
12.2.2. Substituição por iniciativa de qualquer das partes 621
12.2.3. Substituição por iniciativa do devedor 623
12.2.4. Confronto entre as regras 627
13. Penhoras especiais 628
13.1. Penhora *on line* 628
13.2. Penhora de créditos e de outros direitos patrimoniais (arts. 671-676, CPC) 631
13.3. Penhora de empresa e outros estabelecimentos (arts. 677-679, CPC) 637

Capítulo XVIII
AVALIAÇÃO 639

Capítulo XIX
ADJUDICAÇÃO 641
1. Considerações gerais sobre a adjudicação 641
2. Legitimidade para adjudicar 644
3. O direito de o membro da família *adjudicar* o bem penhorado.
A extinção do direito de ***remir*** o bem executado. Um caso de *supressio* 645
4. Direito de o executado ***remir*** o bem hipotecado que foi *adjudicado* ou *arrematado* 647
5. Outras hipóteses sobreviventes de remição 649

Capítulo XX
ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR 651
1. Introdução 651
2. O art. 52, VII, da Lei nº 9.099/1995
(a alienação por iniciativa particular nos Juizados Especiais Cíveis) 652
3. O art. 685-C do CPC (alienação por iniciativa particular nas execuções civis) 653
3.1. Generalidades 653
3.2. Requisitos objetivos e subjetivos 654
3.3. Participação facultativa de corretor 656
3.4. Procedimento e condições do negócio 657
3.5. Termo de alienação 660
4. Aplicação subsidiária das regras da arrematação 661

Capítulo XXI
ARREMATAÇÃO 663
1. Conceito e natureza jurídica 663
2. O edital 665
3. Preço vil (art. 692, CPC) 668
4. Legitimidade para arrematar (art. 690-A, CPC) 669
5. Forma de pagamento (art. 690, CPC) 672
6. Arrematação global (art. 691, CPC) 673
7. Hasta pública eletrônica (art. 689-A, CPC) 673
8. Alienação de imóvel (praça) 674
8.1. Generalidades 674
8.2. Carta de arrematação 675
8.3. Alienação de imóvel de incapaz (art. 701, CPC) 676
8.4. Alienação de imóvel que permite cômoda divisão (art. 702, CPC) 677
9. Alienação de móveis (leilão) 677
10. Auto de arrematação (art. 693, CPC) 678
11. Arrematação "perfeita, acabada e irretratável" (art. 694, *caput*, CPC) 679
12. Desfazimento da arrematação (art. 694, § 1º, CPC) 680
12.1. Sistematização das hipóteses de desfazimento da execução 680
12.2. Desistência ou revogação da arrematação 680
12.3. Invalidade da arrematação 681
12.4. Resolução da arrematação 682
12.5. Ineficácia da arrematação por desrespeito ao art. 698 do CPC 683
13. Suspensão da hasta pública (art. 689, CPC) 683
14. Transferência da hasta pública (art. 688, CPC) 684
15. Encerramento da hasta pública (art. 692, CPC) 685

16. Efeitos da arrematação 685
16.1. Efeitos da alienação forçada: por iniciativa particular ou em hasta pública 685
16.2. Efeitos no plano material 685
16.2.1. Título e modo da aquisição 685
16.2.2. Responsabilidade tributária do adquirente 686
16.2.3. Responsabilidade do adquirente pelas despesas condominiais 686
16.2.4. Posse da coisa adquirida 686
16.2.5. Alienação de bem objeto de locação ou comodato 687
16.2.6. Purgação dos direitos reais de garantia 688
16.2.7. Direito aos frutos do bem 688
16.2.8. Traspasso dos direitos reais de gozo 689
16.3. Efeitos no plano processual 689
16.3.1. Conversão coativa da penhora 689
16.3.2. Dever de pagar o preço 689
16.3.3. Preclusão do direito de argüir a impenhorabilidade do bem arrematado 689
17. Alienação judicial e as pretensões redibitória e de abatimento do preço (art. 441 do Código Civil) 690
18. Alienação judicial e evicção (art. 447 do Código Civil) 690

Capítulo XXII
ENTREGA DO DINHEIRO AO CREDOR 693
1. Pagamento ao credor na execução por quantia certa 693
2. Entrega do dinheiro ao credor 693
3. Direito de preferência. Concurso de penhoras 694
3.1. Disciplina geral 694
3.2. Pressupostos 695
3.3. Natureza jurídica 699
3.4. O incidente: sujeitos e objeto 699
3.5. Questões de alta indagação 701
3.6. Procedimento 701
3.7. Competência para o concurso. "Conexão em razão da penhora" 704

Capítulo XXIII
USUFRUTO JUDICIAL
DE MÓVEL OU IMÓVEL 707
1. Noção geral do usufruto e sua razão de ser 707
2. Breve escorço histórico 708
3. Natureza jurídica e terminologia 709
4. Pressupostos 711
5. Procedimento 713

Capítulo XXIV
EXECUÇÃO DE ALIMENTOS 715
1. Panorama sobre as espécies de alimentos 715
1.1. Noções iniciais 715
1.2. Classificação 715
1.2.1. Quanto à origem 715
1.2.2. Quanto à estabilidade 716
1.2.3. Quanto à natureza 718
1.2.4. Quanto ao momento 718

2. Meios executivos: prisão, desconto e expropriação 719
3. Título executivo judicial e extrajudicial de alimentos e a prisão civil 721
4. Execução por coerção indireta 723
5. Execução por desconto 727
6. Execução por expropriação 729
6.1. Aplicação das regras de cumprimento de sentença 729
6.2. Cabimento 730
6.3. Regras gerais de procedimento. Levantamento de dinheiro penhorado. 730
6.4. Direito de preferência do credor de alimentos. 731
6.5. Peculiaridades na execução de alimentos indenizativos. Constituição de renda (art. 475-Q, CPC) 732

Capítulo XXV
EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA 735
1. Regime jurídico 735
2. Execução por quantia certa em face da Fazenda Pública 736
3. A defesa da Fazenda Pública na execução contra ela movida: os embargos à execução 738
4. Os créditos de natureza alimentícia 742
5. Natureza jurídica da atividade do presidente do tribunal no precatório 745
6. Atualização monetária e juros no pagamento do precatório 747
7. "Seqüestro": natureza e objeto 749
8. Intervenção federal e estadual 752
9. Casos de dispensa de precatório 752
10. Parcelamento de precatórios 755
11. Os precatórios e a prioridade de tramitação de processos para idosos e para portadores de doença grave 757
12. Execução provisória contra a Fazenda Pública: possibilidade? 758
13. Abatimento, a título de compensação, no valor do precatório de débitos para com a correspondente Fazenda Pública 761
14. Regime especial para pagamento de crédito de precatório de Estados, Distrito Federal e Municípios 761
15. Execução de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa contra a Fazenda Pública 767
16. Execução contra a Fazenda Pública não embargada e honorários advocatícios de sucumbência 768

Capítulo XXVI
EXECUÇÃO FISCAL 771
1. A dívida ativa da Fazenda Pública e a certidão de dívida ativa 771
2. As legitimidades ativa e passiva na execução fiscal 772
3. Competência 776
4. Procedimento 780
5. Penhora na execução fiscal 784
6. A defesa do executado 786
7. Cabimento do parcelamento (CPC, art. 745-A) na execução fiscal 792
8. Suspensão da execução fiscal 793
9. Da expropriação na execução fiscal 795
10. Da sentença e da coisa julgada na execução fiscal 797
11. Dos recursos na execução fiscal 798

BIBLIOGRAFIA 803

Nota dos autores à quinta edição

A quinta edição do v. 5 do *Curso de Direito Processual Civil* vem com alguns acréscimos e alterações em relação à quarta.

Acrescentamos um item, no capítulo sobre os títulos executivos, dedicado à análise do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, que aponta para a possibilidade de o juiz penal fixar um valor mínimo de indenização, tornando a sentença, ao menos nesse ponto, líquida. Na elaboração deste item, contamos com a valiosa ajuda de Felipe Batista, a quem agradecemos.

Acrescentamos a referência a diversos julgados importantes proferidos em 2012, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça.

Gostaríamos de agradecer a todos quantos nos ajudaram e ajudam na tarefa de manter esse livro atualizado: Rafael Ferreira, Marsel Botelho, Roberto Gouveia Filho, Lorena Miranda, Felipe Baptista e Priscilla de Jesus.

A todos eles, muito obrigados.

Esperamos que o livro continue sendo útil ao leitor e, assim, possa continuar sendo citado pelos tribunais brasileiros, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, que nos têm dado essa honra.

Salvador/Recife, nordeste brasileiro, em janeiro de 2013.

Fredie Didier Jr.
www.frediedidier.com.br
facebook.com/FredieDidierJr

Leonardo Carneiro da Cunha

Rafael Oliveira

Paula Sarno Braga

Parte I

| Teoria da execução e institutos fundamentais para a compreensão do procedimento executivo |

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

Sumário • 1. Direitos a uma prestação e execução – 2. Direito potestativo e execução – 3. Conceito de execução – 4. Execução, processo de execução e processo autônomo de execução – 5. Execução imprópria – 6. Classificação da execução: 6.1. Execução comum e execução especial; 6.2. Execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial; 6.3. Execução direta e execução indireta; 6.4. Execução definitiva e execução provisória – 7. Cognição, mérito e coisa julgada na execução: 7.1. Cognição na execução; 7.2. Admissibilidade e mérito do procedimento executivo; 7.3. Coisa julgada – 8. Princípios da execução: 8.1. Princípio da efetividade. Direito fundamental à tutela executiva; 8.2. Princípio da tipicidade; 8.3. Princípio da boa-fé processual; 8.4. Princípio da responsabilidade patrimonial ou de que "toda execução é real"; 8.5. Princípio da primazia da tutela específica ou princípio da maior coincidência possível ou princípio do resultado; 8.6. Princípio do contraditório; 8.7. Princípio da menor onerosidade da execução; 8.8. Princípio da cooperação; 8.9. Princípio da proporcionalidade; 8.10. Princípio da adequação – 9. Regras que estruturam o procedimento executivo brasileiro: 9.1. Regra de que não há execução sem título (*nulla executio sine titulo*); 9.2. Disponibilidade da execução (CPC, art. 569); 9.3. Responsabilidade objetiva do exeqüente (arts. 475-O, I, e 574, CPC); 9.4. Aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento (art. 598, CPC).

1. DIREITOS A UMA PRESTAÇÃO E EXECUÇÃO

Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro. Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais que, como prevê o art. 189 do CC 2002, começam a correr da lesão/inadimplemento – não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever.

> *Direitos a uma prestação*, também conhecidos como *direitos subjetivos em sentido estrito*, que, ao lado dos *direitos potestativos* e dos *poderes-deveres* (*direitos/poderes funcionais*) compõem o quadro dos poderes jurídicos, situações jurídicas ativas ou *direitos subjetivos em sentido amplo*[1].

O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação/satisfação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a

---

1. Assim, também, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 173-174: "É o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o *dever jurídico* da contraparte – um dever de *'facere'* ou de *'non facere'*. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica. São direitos subjectivos propriamente ditos os direitos de crédito (aos quais se contrapõe um dever jurídico de pessoa ou pessoas determinadas, por isso se falando aqui de direitos relativos), os direitos reais e os direitos de personalidade (aos que se contrapõe uma obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção, que impende sobre todas as outras pessoas, por isso se falando neste caso de *direitos absolutos*), os direitos de família, quando não forem *poderes-deveres*, etc."

prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a concretização da prestação devida. Busca, portanto, a *tutela jurisdicional executiva*.

Quando se pensa em tutela executiva, pensa-se na efetivação de direitos a uma prestação; fala-se de um conjunto de meios para efetivar a prestação devida; fala-se em execução de fazer/não-fazer/dar, exatamente os três tipos de prestação existentes. Não é por acaso, nem por coincidência, que a tutela executiva pressupõe inadimplemento (CPC, art. 580) – fenômeno exclusivo dos direitos a uma prestação. É por isso, também, que se pode falar em prescrição da execução (CPC, art. 617 e súmula do STF, n. 150) – prescrição é fenômeno jurídico que se relaciona aos direitos a uma prestação.

A execução forçada dirige-se ao cumprimento de uma prestação. Essa relação entre direito material e processo é fundamental para a compreensão do fenômeno executivo.

2. DIREITO POTESTATIVO E EXECUÇÃO

O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de *estado de sujeição*[2]). O direito potestativo efetiva-se normativamente: basta a decisão judicial para que ele se realize no mundo ideal das situações jurídicas. É suficiente que o juiz diga "anulo", "rescindo", "dissolvo", "resolvo", para que as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam. Situações jurídicas nascem, transformam-se e desaparecem no mundo do direito, que é um mundo lógico e ideal[3]. O direito potestativo *não* se relaciona a qualquer *prestação* do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser "executado", no sentido

---

2. A situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo não impõe ao sujeito passivo nenhuma prestação, nenhuma conduta. O sujeito passivo do direito potestativo *submete-se* à alteração jurídica desejada pelo titular desse direito. Porquanto não há "conduta devida", não se pode conceber a existência de uma *violação* a um direito potestativo. Não há controvérsia sobre o tema. A propósito: TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 16; CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 31-32; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 231-234; LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 282; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 174; HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 91-92; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, v. 1, p. 13 e 17; GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118; FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 109; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57; LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 35-41.

3. Assim, também, corretamente, HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda*, cit., p. 89-90.

de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico.

É por isso que se reputa comum a afirmação de que "sentença constitutiva, que diz respeito a um direito potestativo, não é título executivo". O que, na verdade, dispensa "execução" é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma. É claro que se poderia afirmar, em sentido amplo, que a sentença constitutiva *executa* o direito potestativo. Sucede que não é nesse sentido que se compreende a atividade executiva, que não prescinde da prática de atos materiais que busquem efetivar uma prestação devida.

GIUSEPPE CHIOVENDA considerava o direito potestativo como *direito-meio:* o direito potestativo é um meio de remover um direito existente (extintivo) ou é um instrumento ("tentáculo") de um *direito-possível* que aspira surgir; é esse direito existente ou possível que impõe ao direito potestativo seu caráter, patrimonial ou não, e o seu valor. Por isso, o direito potestativo esgota-se com o seu exercício: a extinção de um direito ou a criação de outro (acrescente-se: também a alteração de um já existente)[4].

Direitos a uma prestação podem ser esses *direitos possíveis* de que fala GIUSEPPE CHIOVENDA; o direito potestativo é, na linguagem chiovendiana, "tentáculo" desse "direito possível".

A efetivação de um direito potestativo pode *gerar* um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar). Perceba: a efetivação de um direito potestativo pode fazer nascer um direito a uma prestação, para cuja efetivação (deste último), aí sim é indispensável a prática de atos materiais de realização da prestação devida[5].

Direitos a uma prestação, que surjam da efetivação de um direito potestativo, são, portanto, *reconhecidos* por uma sentença constitutiva: ao certificar e efetivar um direito potestativo, o órgão jurisdicional certifica, também, por conseqüência, o direito a uma prestação que daquele é corolário.

> Dois exemplos são úteis nesse momento. O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre os títulos executivos, no qual se examinará a possibilidade de a sentença constitutiva ser um título executivo.

---

4. CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos.* Santiago Sentis Melendo (trad.). Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 35.
5. Merece transcrição a lição de Fernando Alberto Corrêa Henning, quando cuida do direito potestativo de "denunciar" o contrato de comodato: "A denúncia produz tal ruptura, fato que possibilita o nascimento do direito à devolução [da coisa], na precisa medida em que torna injusta a posse do comodatário. Direito de denunciar e direito à devolução são elos numa mesma corrente e isso não impede que sejam direitos distintos. A hipótese do direito de denunciar é interessante, já que exemplifica uma possibilidade muito freqüente nos direitos potestativos: a possibilidade de que seu exercício redunde em nascimento de um novo direito. No nosso caso, o exercício do direito (potestativo) de denunciar leva ao nascimento do direito à devolução". (*Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda,* cit., p. 88-89, o texto entre colchetes não consta do original.)

a) A decisão que *rescinde* (art. 485 do CPC) uma sentença que já fora executada (decisão inegavelmente constitutiva) gera, por efeito anexo, o direito do executado à indenização pelo exeqüente dos prejuízos que lhe foram causados em razão da execução malsinada (CPC, art. 574, adiante examinado)[6]. Essa decisão tem aptidão para transformar-se em título executivo, pois torna certa a obrigação de indenizar, que, não obstante, ainda é ilíquida, se impondo a apuração da extensão do prejuízo em liquidação.

b) A decisão que *resolve* um compromisso de compra e venda, em razão do inadimplemento, tem por efeito anexo o surgimento do dever de devolver a coisa prometida à venda[7-8]. A jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o pedido de devolução da coisa, decorrente da resolução do compromisso, não precisa ser formulado e nem é relevante para a determinação da competência do foro da situação do imóvel (CPC, art. 95), exatamente porque se trata de um efeito anexo[9]. Assim, resolvido o negócio e não devolvida a coisa, pode o autor-vencedor pedir a instauração de atividade executiva para a entrega do bem, já que esse direito a uma prestação (devolução da coisa) foi certificado pela sentença constitutiva, não obstante como efeito anexo, em razão da efetivação do direito potestativo de resolução do contrato. Não faria muito sentido, de fato, a interpretação que impusesse ao autor o ônus de propor outra ação de conhecimento reipersecutória, se a existência deste direito não pode ser mais discutida. Nada há a ser certificado. E, ressalte-se, não é isso o que acontece no foro: a parte requer, *incontinenti*, a expedição do mandado para a devolução da coisa.

3. CONCEITO DE EXECUÇÃO

Executar é *satisfazer uma prestação devida*. A execução pode ser *espontânea*, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou *forçada*, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado.

---

6. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 117; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 107-108.
7. "Às vezes, ao direito formativo extintivo junta-se direito formativo gerador ou modificativo; ou ao efeito daquele, efeito gerador ou modificativo. Com a resolução, em virtude de exercício de direito formativo gerador, surge a pretensão à restituição das prestações pagas". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 5, § 583, n. 2, p. 307.)
8. Assim, também, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., cit., v. 8, p. 196; ZANETI Jr., Hermes. "A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial". *Eficácia e coisa julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Sentença constitutiva e volta ao estado anterior". *Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – sessenta anos de existência*. Antonio Cachapuz de Medeiros (org.) Porto Alegre: IARGS, 1986, p. 227.
9. Ver, por exemplo, STJ, 3ª T., REsp n. 402762/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 27.08.2002, publicado no DJ de 04.11.2002, p. 201: "Ação de anulação de compromisso de compra e venda cumulada com reintegração de posse. Foro de eleição. Precedentes da Corte. 1. Na panóplia de precedentes da Corte há convergência para afirmar que a ação de anulação de compromisso de compra e venda é pessoal e que o pedido de reintegração, como conseqüência, não acarreta a incidência do art. 95 do Código de Processo Civil, que estabelece a competência absoluta, prevalecendo o foro de eleição, se existente". Ver, também, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, n. 4.6.1, p. 203-204.

Tradicionalmente, o termo *cumprimento*, em Direito Civil, é utilizado para referir-se a um comportamento voluntário: quando a obrigação é adimplida espontaneamente, diz-se que houve *cumprimento* da obrigação[10]. O cumprimento seria, então, a execução espontânea. Aqui, no presente *Curso*, o termo *execução* é utilizado para designar a execução espontânea e, igualmente, a execução forçada.

> O legislador brasileiro denominou de *cumprimento* da sentença *a execução* da sentença que condena ao pagamento de quantia. Como se vê, a confusão terminológica ainda permanece. Daí a opção deste *Curso*: a *execução* pode ser voluntária (cumprimento) ou forçada.

Esse livro dedica-se ao estudo da execução forçada no âmbito da jurisdição civil.

4. EXECUÇÃO, PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO AUTÔNOMO DE EXECUÇÃO

Há duas técnicas processuais para viabilizar a *execução de sentença*: a) *processo autônomo de execução*: a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; b) *fase de execução*: a execução ocorre dentro de um processo já existente, como uma de suas fases. É preciso, pois, perceber que nem toda execução de sentença ocorre, necessariamente, em um *processo autônomo de execução*. No entanto, convém frisar: toda a execução realiza-se em um processo de execução, *procedimento em contraditório*, seja em um processo instaurado com esse objetivo, seja como *fase* de um *processo* sincrético.

Há execução sem processo autônomo de execução, mas *não há* execução sem processo.

Cabe ao legislador definir se a execução deve realizar-se num processo autônomo, ou numa mera fase de um processo já existente. Trata-se de solução decorrente da política legislativa, que varia ao sabor de contingências históricas, culturais, econômicas, ideológicas ou, até mesmo, de preferências científicas adotadas em determinado contexto.

Tradicionalmente, até mesmo como forma de diminuir os poderes do magistrado, as atividades de certificação e de efetivação eram reservadas a "processos autônomos", procedimentos autônomos que teriam por objetivo, somente, o cumprimento de uma ou de outra das funções jurisdicionais. Nesse contexto, surgiu a noção de *sentença condenatória*, que seria aquela que, reconhecendo a existência de um direito a uma prestação e o respectivo dever de pagar, autorizava o credor, agora munido de um título, a, querendo, promover a execução do julgado para buscar a satisfação do seu crédito. Havia a necessidade de dois processos para a obtenção da certificação/efetivação do direito: o primeiro destinava-se apenas à *certificação* do direito, objetivando o segundo à sua *efetivação*.

O tempo foi mostrando o equívoco dessa concepção.

---

10. Assim, por exemplo, CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, p. 331.

Havia, à época, vários procedimentos que autorizavam ou que inseriam, no âmbito do próprio processo de conhecimento, atos executivos, fato que já comprometia a pureza da distinção e da divisão que se fazia. Citam-se os exemplos da proteção processual da posse e do mandado de segurança.

A partir da generalização da tutela antecipada, (CPC, arts. 273 e art. 461, § 3º), que passou a ser permitida no procedimento comum, o legislador deu um grande salto evolutivo: previu, no procedimento padrão, a prática de atos executivos. O dogma da necessidade de um *processo autônomo* para a execução da decisão judicial mostrava-se obsoleto e injustificável. A doutrina já pugnava, então, pela idéia de que a divisão dos processos deveria dar-se pela predominância da função, não pela exclusividade.

Mas outro passo havia de ser dado.

A mudança na tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, iniciada pelo CDC (art. 84) e depois generalizada no art. 461 do CPC, operou profunda alteração no sistema da tutela executiva. É que, desde 1994, as sentenças que reconhecem a existência de tais obrigações não precisam, para serem efetivadas, submeter-se a um *processo autônomo de execução*. Essas sentenças possuem aquilo que a doutrina mais antiga chamava de "força executiva própria"; podem ser efetivadas no *mesmo* processo em que foram proferidas, independentemente de instauração de um novo processo e da provocação do interessado: o magistrado, no corpo da sentença, já determina quais providências devem ser tomadas para garantir a efetivação da decisão.

> "Cumpre observar que a adoção da execução *per officium iudicis*, em tais casos, não chega a comprometer nenhum dos valores fundamentais relativos ao processo, nem mesmo o princípio dispositivo, uma vez que, como já se demonstrou, ao requerer a prestação de tutela condenatória, o que o titular do direito realmente quer é a tutela executiva, a qual está, nesse caso, por opção do legislador, condicionada à prévia declaração judicial do direito a ser tutelado".[11]

Depois dessa alteração, pode-se dizer que a execução das sentenças, nessas hipóteses, passou a não mais ocorrer em processo autônomo, mas, sim, como fase complementar ao processo de conhecimento. Por causa dessa característica, a doutrina passou a designar tais processos de "sincréticos", "mistos" ou "multifuncionais", pois servem a mais de um propósito: certificar e efetivar.

Esse mesmo regime jurídico foi estendido, posteriormente, às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro – CPC, arts. 461-A e 621.

A dispensa do ajuizamento de um processo autônomo para execução dessas espécies de obrigações não só veio diminuir o tempo necessário à prestação da tutela jurisdicional – afinal, o credor não mais precisaria, tal como ocorria até então, promover nova citação pessoal do réu/devedor – como também veio romper de vez com um velho paradigma segundo o qual a atividade executiva estaria dissociada da precedente atividade jurisdicional cognitiva.

---

11. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 74.

Fortaleceram-se, então, as noções de sentença mandamental e de sentença executiva como sendo modelos de decisões *sincréticas*, isto é, de decisões em que o magistrado certifica o direito da parte e, ali mesmo, *sine intervalo*, já toma providências no intuito de tornar efetivo aquele direito certificado.

Com isso, apenas as decisões que impunham obrigação de pagar quantia permaneceram sujeitas ao regime de efetivação *ex intervalo*, isto é, somente elas passaram a exigir o ajuizamento de ação autônoma, de cunho executivo/satisfativo, para que pudessem ser efetivadas. A prática forense, contudo, terminou por revelar a deficiência desse modelo de efetivação e, igualmente, terminou por demonstrar a eficiência do modelo de execução *sine intervalo* adotado para as decisões que impunham obrigações de fazer, não fazer e dar coisa.

Justamente por conta disso, a Lei Federal n. 11.232/2005 veio aproximar o sistema de efetivação das decisões que impõem obrigação de pagar quantia àquele já vigente e aplicável às decisões que impõem os outros tipos de prestação, dispensando, tal como deixa claro o art. 475-J do CPC, a instauração de um novo processo com finalidade executiva.

> Na verdade, e como já se disse, a inserção da tutela antecipada no ordenamento processual acabou por acarretar uma *contradição* dentro do sistema, pois era mais eficaz efetivar uma antecipação de tutela do que executar uma sentença. Para executar uma sentença, era necessário instaurar um novo processo, por nova demanda, com petição inicial, provocando a citação do executado, que iria opor embargos que suspendiam, automaticamente, a execução. Concedida uma tutela antecipada, nada disso acontecia, não sendo necessário qualquer outro processo para sua efetivação. Enquanto era imprescindível instaurar um novo processo para executar uma sentença, a tutela antecipada efetivava-se imediatamente, desde logo, ali mesmo, sem necessidade de outro processo. A sentença – que se funda em cognição *exauriente* –, para ser executada, enfrentava maior dificuldade, ao passo que a efetivação da tutela antecipada, concedida por decisão fundada em cognição *sumária*, fazia-se de forma mais simples e ágil. Para manter coerência, a legislação atual eliminou essa disparidade, uniformizando o procedimento, de sorte que tanto a sentença como a tutela antecipada efetivam-se no mesmo processo, sem ser necessária a instauração de um outro, não havendo, ademais, efeito suspensivo automático com a defesa do executado.

A Lei n. 11.232/2005 pretendeu eliminar o *processo autônomo de execução* de sentença. Por meio de tal diploma legal, criou-se a fase de *cumprimento da sentença* (CPC, arts. 475-I a art. 475-R), que corresponde à *execução da sentença*, só que em uma fase de um mesmo procedimento, e não como objeto de um outro processo[12]. Utilizou-se o termo *cumprimento*, para designar uma atividade executiva do Estado, só, como já dito,

12. Eliminou-se, então, a necessidade de ajuizamento da *actio iudicati* em nova relação processual (THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104-107).

esse termo costuma ser empregado para designar o comportamento voluntário do devedor. Confusão terminológica desnecessária[13].

O art. 475-I está assim redigido: "O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo". De acordo com essa redação, parece que a *execução* da sentença ocorreria apenas nos termos dos arts. 475-J e seguintes, destinados basicamente à execução de sentença pecuniária, e que a efetivação das decisões com fundamento nos arts. 461 e 461-A do CPC dar-se-ia pelo *cumprimento da sentença*, que não seria execução. Curiosamente, as novas regras sobre o *cumprimento da sentença* são destinadas à execução pecuniária. Uma mixórdia. É como se o *cumprimento das sentenças* dos arts. 461 e 461-A não fosse, substancialmente, uma atividade executiva[14].

A mistura terminológica não se justifica: há execução sempre que se pretender efetivar materialmente um título executivo que imponha uma prestação (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia), pouco importando a natureza desta prestação. Talvez o mais correto fosse dizer, para manter a terminologia do CPC, que a *execução* da sentença de fazer e de não fazer far-se-á segundo os termos do art. 461 do CPC; a da sentença de entrega de coisa, de acordo com o art. 461-A; e a da sentença pecuniária, de acordo com as regras do cumprimento da sentença, previstas nos arts. 475-J e seguintes[15].

Uma última palavra.

Ainda remanesce o *processo autônomo* de execução de sentença para as hipóteses de sentença penal condenatória transitada em julgado, de sentença arbitral, de sentença

---

13. Percebeu o ponto, PASSOS, José Joaquim Calmon de. "A Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Questionamentos e perplexidades. (A montanha que pariu um rato)". José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto (coords.) *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 303-304.

14. "O artigo 475-I diz que o *cumprimento* da sentença far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A (sentenças que condenam a fazer ou não fazer alguma coisa ou a dar alguma coisa) ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por *execução*, nos termos dos demais artigos do Capítulo X. Por que esta necessidade de mudar a qualquer preço, mesmo que ao custo de ser pouco técnico e pouco exato? *Cumprir* o preceituado na sentença remete para comportamento do vencido, atendendo a quanto lhe foi determinado. Executar é mais específico da satisfação coercitiva por parte do Estado-juiz, justamente por ter faltado o cumprimento. O que me deixa sem explicação possível é compreender porque nas duas hipóteses primeiras de obrigação há cumprimento e na última execução. Mesmo quando se cuida de obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa se houver cumprimento não haverá execução, faltando ele, a coerção judicial é execução. Será que se pensou doer menos coagir a fazer ou não fazer ou dar alguma coisa do que se impor a obrigação de pagar dinheiro? Ou será que, como já afirmado por alguns, fica dispensada a formalidade de se deferir prazo para o devedor cumprir a obrigação? Em verdade, consciente ou inconscientemente, robustece-se entre nós um pensamento autoritário, que endeusa o mandar e tem horror ao simplesmente decidir para certificar". (PASSOS, José Joaquim Calmon de. "A Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Questionamentos e perplexidades. (A montanha que pariu um rato)", cit., p. 303-304.)

15. Sobre a confusão conceitual do legislador, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 42.

estrangeira homologada pelo STJ e do acórdão que julgar procedente revisão criminal (CPP, art. 630). Essa é a razão do parágrafo único do art. 475-N do CPC: "Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso". Também subsiste o *processo autônomo* de execução de sentença proferida contra o Poder Público.

Cumpre, por fim, fazer um alerta: as regras da execução de título extrajudicial aplicam-se subsidiariamente, no que couber, ao *cumprimento* ou *execução da sentença* (art. 475-R, CPC).

5. EXECUÇÃO IMPRÓPRIA

A prática de alguns atos jurídicos, realizados com o objetivo de documentar algumas decisões ou dar-lhes publicidade e eficácia, é chamada, por alguns doutrinadores, de *execução imprópria*. É o que acontece com o registro das sentenças de usucapião, anulação de casamento ou divórcio. Apenas em sentido muito amplo poderiam ser considerados atos executivos, já que não atuam sobre a vontade do indivíduo (execução indireta) nem são medidas de sub-rogação (execução direta)[16].

6. CLASSIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO

6.1. Execução comum e execução especial

A execução pode distinguir-se de acordo com o seu procedimento. Há procedimentos executivos *comuns*, que servem a uma generalidade de créditos, como é o caso do procedimento da execução por quantia certa previsto no CPC, e há os procedimentos executivos *especiais*, que servem à satisfação de alguns créditos específicos, como é o caso da execução de alimentos e da execução fiscal.

A distinção tem relevância, por exemplo, no estudo da cumulação de execuções, tendo em vista a incidência do inciso III do § 1º do art. 292 do CPC, que estabelece, como requisito para a cumulação de pedidos, a compatibilidade dos procedimentos. O enunciado n. 27 da súmula do STJ estabelece que "Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio". Tal possibilidade depende, como visto, da compatibilidade de procedimentos: se um título gera uma execução comum, sendo especial a execução acarretada pelo outro título, a cumulação não se revela possível.

Harmônico com o art. 292, assim dispõe o art. 573 do CPC: "É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e *idêntica a forma do processo*".

No v. I deste Curso, no capítulo sobre petição inicial, a regra do art. 292 do CPC é examinada com mais vagar. Mais à frente, no capítulo sobre a formação do procedimento executivo, o art. 573 do CPC será examinado com mais calma.

---

16. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, n. 1.329, p. 46; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araras: Bestbook, 2001, p. 20-21.

6.2. Execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial

A execução pode ser classificada de acordo com o título executivo que a lastreia. Fala-se em execução por título executivo judicial e execução por título extrajudicial.

Na concepção originária do atual Código de Processo Civil, não havia distinção *de rito* entre a execução fundada em título judicial e a execução fundada em título extrajudicial. Tanto numa como noutra, o executado era citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora. Feita a penhora, o executado era intimado para apresentar embargos que, uma vez ajuizados, suspendiam a execução. As execuções distinguiam-se uma da outra quanto às regras relativas à competência e no tocante à matéria que poderia constar dos embargos à execução.

Atualmente, varia o procedimento a depender do título executivo. Se o título for judicial, aplicam-se as regras do cumprimento da sentença (CPC, arts. 475-J a 475-R). Sendo, por sua vez, extrajudicial o título executivo, a execução é disciplinada pelas normas contidas no Livro II do CPC, com procedimento ditado a partir do art. 652.

No caso de título judicial, as regras de competência estão disciplinadas no art. 475-P, aplicando-se, no que diz respeito às execuções fundadas em título extrajudicial, as regras de competência previstas nos arts. 576 e 578 do CPC.

Há, ainda, uma distinção importante: a defesa do executado será mais ou menos ampla, conforme se trate de execução por título extrajudicial (art. 745, CPC) ou judicial (art. 475-L, CPC), respectivamente.

6.3. Execução direta e execução indireta

A execução forçada pode ocorrer com ou sem a participação do executado. A depender do *tipo* de providência executiva estabelecida pelo magistrado na sua decisão – se ela depende, ou não, da participação do devedor – é que se pode estabelecer uma diferença entre a decisão executiva e a decisão mandamental.

Como já afirmado no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste Curso, a decisão *executiva* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *direta*, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto. Ela está fundada, portanto, na noção de *execução direta* (ou execução *por sub-rogação*), assim entendida aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro. Em outras palavras, na execução direta, as medidas executivas são levadas a efeito mesmo *contra* a vontade do executado; sua vontade é irrelevante. São, normalmente, adotadas medidas sub-rogatórias.

São meios de *sub-rogação* ou *execução direta:* a) *o desapossamento,* que se realiza pela busca e apreensão, muito utilizado para a efetivação de dever de entregar coisa; *b) transformação*: que ocorre quando uma obrigação de fazer transforma-se em obrigação de pagar quantia, pois o órgão jurisdicional determina que um terceiro proceda ao *facere*

a expensas do devedor (CPC, art. 634); *c) expropriação*: meios de conversão de coisa em dinheiro (adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto forçado[17], todos examinados em capítulos próprios neste volume do *Curso*).

Já a decisão *mandamental* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *indireta* que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Nestes casos, o Estado-juiz busca promover a execução com a "colaboração" do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio de coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação. Chama-se essa execução de "execução indireta" ou "execução por coerção indireta", assim entendida aquela em que não há substituição da conduta do devedor. Nesses casos, a vontade do executado é importante; as medidas executivas contam com a participação do executado, sendo eficazes se houver essa participação.

> Este *Curso* parte da premissa de que a *coerção indireta* é, também, *execução*. Não é esse, porém, um entendimento unânime. Há quem entenda que só há *execução* se houver *sub-rogação*. Como as medidas de coerção indireta visam a que o próprio devedor cumpra a prestação (cumprimento forçado, não voluntário), não poderiam ser confundidas com a execução: "...si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver com la ejecución, la cual, por definición, no opera a través del cumplimiento"[18-19].

Os meios executivos de coerção *indireta* atuam na vontade do executado, servindo como uma espécie de "estímulo" ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode dar-se pelo *medo* (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo *incentivo*, como é o caso das chamadas *sanções premiais*, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

> Não se pode deixar de citar a crítica feita por MARCELO LIMA GUERRA à distinção que se faz entre as tutelas mandamental e executiva. Para ele, "tanto a 'execução forçada', ou execução por sub-rogação, como também a 'execução indireta', ou execução por coerção indireta, são técnicas distintas de atuação prática dos direitos, portanto, postas a serviço da mesma modalidade de tutela jurisdicional, a saber a prestação da 'tutela jurisdicional executiva'".[20]
>
> Considerando a expressão "tutela jurisdicional" na acepção de *tutela-resultado* (v. primeiro item do capítulo sobre a tutela das obrigações de fazer e não fazer, neste volume do *Curso*), a crítica tem procedência, eis que o *resultado* buscado, seja pela

17. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 137.
18. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Santiago Sentis Meleudo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, p. 333. Nesse mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5-6; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 229.
19. Sobre a polêmica, ver, por todos, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 30-34.
20. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 40.

> decisão que prevê medida coercitiva direta, seja pela que prevê medida coercitiva indireta, é o mesmo: a efetivação do comando nela previsto.
>
> Deve-se ver, contudo, que a diferenciação que ora se faz é das *decisões judiciais*, e não das *tutelas jurisdicionais* (resultados) a que elas visam alcançar. Assim, embora o resultado por elas buscado seja o mesmo (a tutela jurisdicional executiva), as *formas* com que se busca esse resultado se distinguem, o que permite a diferenciação dessas decisões.

A *execução* (coerção) *indireta* pode ser *patrimonial*, como ocorre com a fixação de uma multa pelo descumprimento da decisão, ou *pessoal*, como no caso da prisão civil do devedor de alimentos.

A *execução indireta* não era muito bem vista antigamente *(i)* quer porque não se podia falar de execução forçada com participação do executado, *(ii)* quer porque à época valia a máxima da intangibilidade da vontade humana, segundo a qual o devedor não poderia ser obrigado/forçado a colaborar, pois estaria livre para não cumprir o seu dever.

A tendência atual é a de prestigiar os meios coercitivos indiretos, tão eficazes quanto os meios de execução direta, mas menos onerosos.

> A distinção entre coerção direta e coerção indireta e entre coerção indireta por *desencorajamento* ou por *incentivo* é muito bem explicadas por Norberto Bobbio. A lição, inicialmente estruturada a partir de normas legais, é perfeitamente aplicável às decisões judiciais.
>
> O jurista italiano demonstra que o Estado contemporâneo, além de tutelar os direitos com a repressão dos ilícitos, também exerce uma função *promocional* dos comportamentos desejados. Trata-se do confronto entre a função protetora-repressiva do Direito e a sua função promocional.[21]
>
> Segundo BOBBIO, para atingir os seus fins, o ordenamento jurídico vale-se de operações de três tipos e graus. O modelo repressivo de ordenamento busca tornar a ação não desejada *impossível*, *difícil* ou *desvantajosa*. O modelo promocional, de modo simétrico, busca tornar a ação desejada *necessária*, *fácil* e *vantajosa*.
>
> Tornar a ação *impossível*, quando não desejada, ou *necessária*, quando desejada, consiste em pôr o destinatário da norma em uma condição de "não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução".[22] Para tanto, o ordenamento jurídico vale-se das chamadas *medidas diretas* (coerção direta ou execução direta), que impedem a sua violação ou compelem à sua efetivação. "São medidas diretas as várias formas de vigilância (que pode ser passiva ou ativa) e o recurso ao uso da força (que pode ser impeditiva ou constritiva)".[23] De acordo com o que se afirmou

---

21. "...possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes". (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Daniela Beccaccia Versiani (trad.). São Paulo: Manole, 2007, p. 15.)
22. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 15.
23. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 16.

neste capítulo, podem ser citadas como exemplos de medidas de execução direta, respectivamente, a *designação de um interventor* (administrador-judicial) para administrar a empresa que, por exemplo, vem desrespeitando o meio-ambiente, e a *busca e apreensão de coisas*.

Já para tornar a ação *difícil* ou *desvantajosa*, quando não desejada, ou *fácil* ou *vantajosa*, quando desejada, o ordenamento jurídico busca "influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento".[24] Vale-se o ordenamento de *medidas indiretas*. As *medidas indiretas* realizam-se pela técnica do *desencorajamento* (influenciar psiquicamente determinado sujeito para que não realize um comportamento não desejado, "obstaculizando-o [25] ou atribuindo-lhe conseqüências desagradáveis") ou *encorajamento* (influenciar psiquicamente determinado sujeito para que realize um comportamento desejado, "facilitando-o ou atribuindo-lhe conseqüências agradáveis"[26]). Perceba que a medida de *encorajamento* ou *desencorajamento* pode preceder ou ser contemporânea ao comportamento (facilitando-o ou dificultando-o, respectivamente), ou pressupor o comportamento já realizado (premiando-o ou punindo-o, respectivamente).

O *desencorajamento* é mais utilizado em ordenamentos repressivos; *encorajamento*, nos ordenamentos promocionais.

É exemplo de medida indireta que *desencoraja* criando obstáculo a determinação judicial para que se coloquem marcos identificadores artificiais provisórios na fronteira entre prédios vizinhos, cujos proprietários estejam litigando pela sua correta demarcação. Essa medida *dificulta* (torna mais penosa), com isso, a prática ilícita do "apagamento" dos marcos fronteiriços naturais (infelizmente comum em litígios reais ou possessórios), que se caracteriza como um *atentado* (CPC, art. 879, III), pois confunde juiz e peritos a respeito dos limites territoriais discutidos.

Constituem exemplos de medidas *indiretas* que *desencorajam* pela previsão de uma *punição* (*sanção negativa*) a prisão civil e a multa.

É exemplo de medida indireta que *encoraja*, criando uma *facilitação*, o direito potestativo ao parcelamento da dívida executada garantido pelo art. 745-A do CPC.

É exemplo de medida indireta que *encoraja* pela previsão de um *prêmio* (*sanção positiva* ou *premial*) o abatimento das custas processuais e honorários advocatícios, no caso de o réu cumprir voluntariamente o mandado monitório, pagando a dívida cobrada (art. 1.102-C, § 1º, CPC). Também constitui exemplo de medida indireta que *encoraja* pela previsão de um *prêmio* (*sanção positiva* ou *premial*) a redução, pela metade, dos honorários de advogado na execução fundada em título extrajudicial, na hipótese de o executado pagar, integralmente, a dívida no prazo de três dias, contado de sua citação (CPC, art. 652-A, parágrafo único).

A distinção tem muita importância. A tutela específica dos direitos pode realizar-se por medidas de coerção *direta* ou *indireta*, como se sabe. Normalmente, porém, somente são

24. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 16.
25. "Pode-se desencorajar um comportamento não desejado tanto ameaçando com uma *pena* (expediente da sanção), sempre que o comportamento vier a se realizar, quanto tornando o próprio comportamento mais *penoso*". (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 17.)
26. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p. 16.

utilizadas as medidas de coerção indireta por *desencorajamento*, muito possivelmente em razão de o aplicador (advogado, membro do Ministério Público ou órgão jurisdicional) desconhecer a técnica de coerção indireta pelo *incentivo* ou *encorajamento*.

Cumpre, ainda, esclarecer um ponto. Não se pode restringir a execução *indireta* às obrigações infungíveis. O raciocínio não pode pautar-se neste tipo de divisão. A forma de execução será aquela que for mais adequada para a efetivação do direito, seja fungível ou infungível a obrigação, pois não há entre elas qualquer hierarquia.

"É verdade que em se tratando de obrigações infungíveis, especialmente a infungibilidade dita *natural*, a respectiva tutela executiva somente poderá ser obtida através de medida coercitiva, já que, diante da infungibilidade, é impossível a *substituição* da atividade do devedor pela do órgão jurisdicional, característica da medida sub-rogatória. Todavia, daí não é lícito *inferir* que em se tratando de obrigação *fungível* a tutela executiva correspondente *deva sempre ser prestada, necessariamente, através de medida sub-rogatória*. Isso porque mesmo sendo correto afirmar que, *in abstracto*, é sempre possível o uso de medida sub-rogatória nos casos de obrigação *fungível, não é verdadeiro afirmar, de maneira apriorística e generalizada, que nesses casos é sempre preferível o recurso a tal tipo de medida*, em detrimento do uso das medidas coercitivas".[27]

LUIZ GUILHERME MARINONI traz um importante exemplo, relacionado à imposição de entrega de coisa (CPC, art. 461-A): é possível a utilização de medida coercitiva indireta em lugar da busca e apreensão na "hipótese em que a coisa devida constitua uma grande máquina, que exige dispêndio considerável de dinheiro para o seu desmonte e transporte. Em uma situação desse tipo, o uso da multa não só é permitido, como consiste no meio mais eficaz para a tutela do direito"[28].

Há, no entanto, uma tendência de conferir à tutela das obrigações de fazer e não fazer a técnica de execução indireta, segundo a qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida de coerção indireta.

Conforme se verá mais adiante, à tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, inicialmente, reservava-se a execução por sub-rogação, que se dava pelo desapossamento. Após a última reforma processual, entretanto, estendeu-se a tais obrigações a possibilidade de serem efetivadas por coerção indireta, conforme faz ver o art. 461-A do CPC. O caso concreto revelará qual a forma mais adequada de execução.

Normalmente se atribuía às obrigações de pagar quantia a técnica da execução por sub-rogação, que se daria pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exeqüente.

Essa, contudo, nunca foi uma regra absoluta, já que a execução para pagamento de dívida alimentar já pode ser buscada sob pena de prisão civil do devedor. Atualmente, porém, com a vigência da Lei Federal n. 11.232/2005, o que era regra (execução por

27. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 40.
28. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, cit., p. 239-240.

sub-rogação para pagamento de quantia) tornou-se exceção, ao menos nos casos em que a obrigação decorre de título judicial. Isto porque, como se pode ver no capítulo relativo ao cumprimento de sentença, o art. 475-J do CPC prevê a incidência de multa fixa cuja função é justamente compelir o devedor a promover o pagamento que lhe cabe, o que revela, além de sua função punitiva, o nítido caráter coercitivo indireto da medida prevista legalmente.

Não bastassem esses dois exemplos, a praxe forense revela, ainda, uma manifestação de execução indireta na execução por quantia certa: muitas vezes o magistrado, ao fixar o valor dos honorários advocatícios devidos no processo de execução, estabelece um valor menor, para a hipótese de pagamento pelo executado, e um valor maior, para o caso de ele embargar. Ora, nesses casos, incentiva-se o adimplemento, valendo-se o magistrado de técnica de coerção indireta pelo incentivo. A prática inspirou o legislador reformista, que acrescentou ao CPC o art. 652-A, que cuida da execução por quantia certa:

> "Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º). Parágrafo único. No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, a verba honorária será reduzida pela metade".

Ainda no dia-a-dia forense, mais especificamente nos Juizados Especiais Cíveis, consagrou-se meio atípico de execução indireta para pagamento de quantia: a inscrição do executado nos cadastros de proteção ao crédito (Serasa, SPC etc.), como forma de coagi-lo ao pagamento da dívida. Este entendimento, inclusive, encontra-se consolidado no Enunciado n. 76 do XXI Encontro Nacional dos Juizados Especiais (que substitui o enunciado 55), como medida extrema, dispondo-se que "(...) esgotados os meios de defesa e inexistindo bens para a garantia do débito, expede-se a pedido do exeqüente certidão de dívida para fins de inscrição no serviço de Proteção ao Crédito - SPC e SERASA, sob pena de responsabilidade".

6.4. Execução definitiva e execução provisória

A *execução judicial* pode ser definitiva ou provisória.

Execução definitiva é a execução completa, que vai até a fase final (com entrega do bem da vida) sem exigências adicionais para o credor-exeqüente.

Execução provisória (fundada em título provisório) é aquela que, embora no atual regramento do CPC possa ir até o final (CPC, art. 475-O), exige alguns requisitos extras para o credor-exeqüente.

Sucede que, antigamente, não era assim que se definia o instituto. A *execução provisória* passou por uma considerável remodelação nos últimos anos, para chegar ao atual estágio de desenvolvimento normativo e conceitual.

No regramento primitivo dado à matéria pelo art. 588 do CPC (antes da reforma de 2002), a execução provisória distinguia-se da definitiva pela impossibilidade de o credor-exeqüente chegar à fase final, alcançando o resultado material pretendido. Por isso, dizia a doutrina tratar-se de uma execução incompleta.

No entanto, a diferença substancial entre essas duas espécies de execução, como se vê, não reside mais na possibilidade de chegar-se ou não à fase final do procedimento executivo, com a entrega do objeto da prestação ao credor. Com o advento da Lei Federal n. 10.444/2002, que reformou o art. 588 do CPC (hoje revogado, vindo a ser substituído pelo atual art. 475-O), a distinção entre essas espécies de execução passou a não mais ser feita com base neste critério. Como agora é possível que, mesmo em execução provisória, se atinja a fase final do procedimento executivo, ainda que sob condições um tanto diferentes, não é possível mais distingui-las como base nisso; ambas podem ser completas, pois.

O critério, agora, é a *estabilidade* do título executivo em que se funda a execução: se se tratar de decisão acobertada pela coisa julgada material, a execução é *definitiva*; se se tratar de decisão judicial ainda passível de alteração (reforma ou invalidação), em razão da pendência de recurso contra ela interposto, a que não tenha sido atribuído efeito suspensivo, a execução é *provisória*[29].

Na verdade, o mais correto seria denominá-las *por extenso*: *execução fundada em decisão definitiva* e *execução fundada em decisão provisória*. É importante, ainda, que se atente para o fato de que provisório é o título (que poderá ser substituído ou anulado), não a execução (que não será substituída por outra)[30].

Feita a observação, cumpre prosseguir.

A execução de *título extrajudicial* é definitiva, de acordo com o art. 587, CPC.

Havia muita discussão sobre a natureza da execução de *título extrajudicial embargada*, pendente apelação contra sentença que julgou *improcedentes* os embargos à execução, porque o inciso V do art. 520 do CPC retira o efeito suspensivo dessa apelação. Assim, julgados improcedentes os embargos: interposta apelação (sem efeito suspensivo), poderá o exeqüente prosseguir na execução? Ela será definitiva ou provisória?

HUMBERTO THEODORO JR. entende ser *definitiva* essa execução[31]. ARAKEN DE ASSIS[32] afirma que seria manifesto contra-senso transformar em provisória a execução iniciada como definitiva. TEORI ZAVASCKI acrescenta que, caso o prosseguimento definitivo da execução implique risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o embargante poderia obter ante-

29. A regra geral do sistema processual brasileiro é a de que os recursos sejam dotados de efeito suspensivo (art. 497, CPC). Existem, contudo, no Código atual, alguns recursos que podem ser dotados, tão-somente, de efeito devolutivo (destituídos de efeito suspensivo), dando ensejo à execução provisória. Entre eles, destacam-se: a) a apelação, nos casos do art. 520, CPC (ressalvada a possibilidade de aplicação do art. 558, CPC); b) o recurso especial, como regra geral; c) o recurso extraordinário, também como regra geral; d) e o agravo de instrumento – sobretudo quando interposto contra decisão interlocutória que julga questão de mérito (ex.: julgamento antecipado parcial de lide ou julgamento antecipado da reconvenção) –, salvo nas hipóteses do art. 558, CPC etc. Confira-se, sobre o tema, o v. 3 deste curso, com comentários sobre outros casos em que o recurso pode ser despido de efeito suspensivo.

30. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109.

31. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 86.

32. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145.

cipação da tutela nos embargos, de modo a impedir que a execução seguisse adiante[33]. Isso sem falar que é possível requerer ao julgador que atribua efeito suspensivo ao recurso de apelação ou agravo (CPC, art. 558, *caput* e parágrafo único). Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial foi consolidado pelo enunciado n. 317 da súmula do STJ, com seguinte redação: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos". Assim, mesmo que a decisão dos embargos seja atacada por apelação sem efeito suspensivo, a execução continuará sendo definitiva.

No entanto, a Lei Federal n. 11.382/2006 alterou a redação do art. 587 do CPC, que agora determina: "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)". Não há explicação para essa mudança, que não se justifica: (a) está em dissonância com a jurisprudência sumulada do STJ e com sólida orientação doutrinária; (b) transforma uma execução que se iniciou definitiva em provisória, mesmo após uma sentença que *confirmou* o título executivo, reforçando a presunção de existência da dívida, em inversão esdrúxula de valores: a *vitória* do exeqüente nos embargos à execução é, estranhamente, fato que gera uma *capitis diminutio* do seu título executivo, agora apto a legitimar apenas uma execução provisória; (c) confere um despropositado benefício ao executado vencido no julgamento dos embargos, em face de quem há um título executivo já reconhecido como válido e eficaz por um magistrado, após um processo de conhecimento instaurado com esse objetivo. Remete-se o leitor ao quanto foi dito a respeito do efeito suspensivo da apelação nos embargos à execução, no capítulo sobre as defesas do executado, neste volume do *Curso*.

Já a execução de *título judicial* pode ser definitiva ou provisória, na forma do novo art. 475-I, § 1º, CPC, nos termos já examinados.

Registre-se, por oportuno, que o art. 475-I, § 1º, utiliza o termo "sentença" no sentido amplo de decisão judicial. Afinal, podem ser executados provisória ou definitivamente acórdãos, decisões interlocutórias ou até decisões de relator[34].

À *execução provisória* será dedicado um capítulo específico neste volume do *Curso*, para onde se remete o leitor.

7. COGNIÇÃO, MÉRITO E COISA JULGADA NA EXECUÇÃO

7.1. Cognição na execução[35]

É lição velha a de que, no cumprimento da tarefa executiva, a cognição judicial, se existir, é mínima, "rarefeita", em famosa adjetivação de KAZUO WATANABE. Caberia

33. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 438.
34. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 142. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova Execução*. Carlos Alberto Alvaro (Coord.). Rio de janeiro: Forense, 2006, p. 188.
35. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. "Esboço de uma teoria da execução civil". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 380, p. 69; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Cognição e decisões do juiz no processo executivo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa* Moreira. Teresa Wambier, Luiz Fux e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 358-378.

ao órgão jurisdicional tão-somente cumprir aquilo que estivesse determinado no título executivo.

Sucede que a análise não é tão simples, como se pretende.

Há cognição no exercício da função executiva – quer ocorra em processo autônomo, quer como fase de um mesmo processo.

Inicialmente, cumpre ao órgão jurisdicional verificar o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais. Além disso, o magistrado também deverá conhecer de questões de mérito, como o pagamento, compensação e a prescrição, por provocação do interessado ou até mesmo de ofício (CPC, art. 219, § 5º).

É indiscutível, ainda, que, no âmbito do processo de execução, há inúmeros incidentes cognitivos, nos quais haverá atividade intelectual do órgão julgador, chamado que é a resolver questões as mais diversas – e a resolução das questões pressupõe cognição. Tome-se como exemplo o incidente de substituição ou de alienação antecipada do bem penhorado, momentos em que o magistrado deverá decidir determinadas questões (qual o bem penhorado? justifica-se a alienação antecipada?), tarefa para a qual a atividade cognitiva é indispensável. Há ainda o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, para que se impute ao sócio a responsabilidade por determinada dívida, no qual deverão ser apurados os pressupostos para a aplicação dessa sanção (Código Civil, art. 50). Também haverá cognição no concurso de credores e na aplicação de sanções ao executado por ato atentatório à dignidade da justiça[36] Há inúmeros outros *incidentes cognitivos na execução,* vários deles examinados neste volume do *Curso.* No momento em que forem examinados, será feito o devido destaque a essa circunstância.

Mas não é só.

Frustrada a execução para a entrega da coisa ou para o cumprimento de prestação de fazer ou não-fazer, pode o exeqüente optar pela conversão da obrigação em perdas e danos, que precisarão ser apuradas, investigadas, conhecidas.

Não se pode querer construir uma teoria da tutela executiva expurgando conceitos, noções e institutos que pertencem, na verdade, à teoria do processo; não são institutos exclusivos de determinado tipo de tutela jurisdicional.

Não há atividade judicial que prescinda da cognição. O que se tem de fazer é adequar o grau de cognição à tarefa que se espera ver cumprida pelo Poder Judiciário. Se se busca a certeza, a cognição tem de ser tanto mais exaustiva quanto possível; se se busca segurança, uma medida que atenue os riscos da demora do processo, a cognição não pode ser tão exaustiva, sob pena de comprometer a própria utilidade da medida; se se pretende a execução, a cognição judicial não deve abarcar, ao menos inicialmente, questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as questões que

36. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Cognição e decisões do juiz no processo executivo", cit., p. 363-364

dizem respeito à efetivação da obrigação, ou seja, os pressupostos de admissibilidade e a sobrevivência da obrigação executada.

Essa conclusão é fundamental para o desenvolvimento do item seguinte.

7.2. Admissibilidade e mérito do procedimento executivo

O órgão jurisdicional pode fazer dois tipos de juízo sobre o procedimento: o juízo sobre a admissibilidade e o juízo sobre o mérito. O juízo de admissibilidade é o juízo sobre a validade do procedimento, sobre a sua aptidão para a produção do ato final a que se destina. O juízo de mérito é aquele sobre o objeto do procedimento, sobre o acolhimento ou não da pretensão veiculada por ele. O assunto foi tratado com mais vagar no volume I deste *Curso*.

O procedimento executivo também pode submeter-se a esse duplo juízo.

Sobre a necessidade de exame da validade do procedimento executivo (*juízo de admissibilidade*), parece não haver dúvidas: cabe ao órgão jurisdicional verificar o preenchimento dos pressupostos processuais, como, por exemplo, a existência de título executivo, a competência, o pagamento de custas etc.[37]

Sobre o *juízo de mérito* da execução, porém, não é muito comum encontrar livros ou ensaios doutrinários a respeito: parece prevalecer a equivocada idéia de que não há mérito na execução. Trata-se de erro que não se pode cometer e cuja perpetuação se deve evitar.

Obviamente, o objetivo da execução não é a produção de uma decisão que *certifique* uma situação jurídica, próprio que é da atividade jurisdicional de conhecimento. O mérito da execução é a efetivação/realização/satisfação de um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar) certificado em um título executivo. Essa é a pretensão executiva. A demanda executiva compõe-se do *pedido/objeto* (realização/efetivação/satisfação da prestação) e da causa de pedir (direito a uma prestação)[38]. Decisões sobre ela serão decisões de mérito.

Em razão da existência de um título executivo, não há mais necessidade de uma nova *certificação* do direito a uma prestação que se busca efetivar. O procedimento executivo não é um procedimento de decisão, no sentido de que o seu ato final seja um juízo sobre

37. Sobre o tema, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "Admissibilidade e mérito na execução". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47, p. 30-33; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, n. 245, p. 380; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada:* controle de admissibilidade. São Paulo: RT, 1995, n. 4.3, p. 116-117.

38. Se a ação, na concepção adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, é o direito a uma sentença de mérito, a doutrina revela uma "dificuldade de enquadrar-se, nesse conceito, a ação executiva, pois não se pode concebê-la como voltada a outra coisa senão à *satisfação prática do direito do credor representado em título executivo*, no que consiste, como se sabe, a razão de ser da tutela executiva". (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada:* controle de admissibilidade, cit., p. 118). Assim, também DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "Admissibilidade e mérito na execução", cit., p. 30-34

qual a solução ser dada a determinado conflito. Ato final do procedimento executivo é a *efetivação/realização/satisfação* do credor, com o cumprimento da prestação devida.

O procedimento executivo não é imune, porém, à ocorrência de algumas *decisões*.

Há, porém, a possibilidade de que surjam *decisões* sobre o mérito da execução. Quando se alega a existência de prescrição da pretensão executiva ou de pagamento da prestação, o órgão jurisdicional é chamado a resolver a questão de mérito: deve-se ou não executar essa obrigação? Surge a pergunta.

Há, ainda, a possibilidade de que apareçam *outras decisões*, sobre questões incidentes à execução, como a *impenhorabilidade de um bem* ou sobre se determinado sujeito é ou não o responsável pela obrigação. Essas *questões incidentes* normalmente são resolvidas *incidenter tantum*. Mas elas também podem ser objeto de algum *incidente processual*, quando, então serão resolvidas *principaliter* (como pode ocorrer com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou com o concurso especial de credores). Sobre a distinção entre a solução de uma questão *incidenter tantum* e *principaliter*, conferir o v. 1 deste *Curso*, especificamente o capítulo sobre a teoria da cognição.

É preciso anotar, ainda, que o *mérito* do procedimento executivo normalmente é delimitado a partir de um ato postulatório do exeqüente. Há casos, porém, que o procedimento executivo é instaurado *ex officio* (p. ex.: execução de sentença trabalhista e execução das sentenças que imponham fazer e não-fazer, art. 461 do CPC), mas nem por isso deixa de possuir o seu próprio mérito.

O Código de Processo Civil adotou, como se sabe, a teoria eclética de Liebman, incorporando a idéia de que a ação consiste no direito a uma sentença de mérito. Quanto a este – o mérito – identifica-se com o *pedido* formulado pelo autor. A ação, então, consiste no direito de provocar o julgamento do pedido, que é a decisão da lide ou a análise do mérito. Daí por que, na Exposição de Motivos do atual CPC, afirma-se que mérito é lide.

É inegável que há, na execução, um *pedido* a ser atendido. Logo, há *mérito*. E, se há *mérito*, existem *questões de mérito*, que são questões que dizem respeito ao acolhimento do pedido. Para que o pedido seja examinado, há, sempre, questões que lhe precedem logicamente. No caso da execução, o *pedido* (ou o *mérito*) é a satisfação do credor. Para isso ser alcançado, uma série de questões sobre o mérito tem de ser examinada. O *mérito* identifica-se com o *pedido* formulado pelo demandante. Se é certo que há *pedido* na execução, não restam dúvidas acerca da existência de *mérito* no processo executivo.

Na execução, a parte demandante *pede* que seja satisfeito seu crédito; o acolhimento do pedido consiste na expropriação de bens do executado, com a conseqüente entrega do dinheiro ao exeqüente, satisfazendo-se assim seu crédito e sua própria pretensão. O que o exeqüente pretende é ter seu crédito satisfeito. É isso que ele pede. Satisfeito o crédito do exeqüente, restou acolhido o seu pedido. Enfim, o *mérito*, na execução, é *atendido* com a satisfação do crédito.

> Por aí já se percebe que, na execução, o mérito não é atendido pela sentença. Ele é *acolhido antes* da sentença. Tal acolhimento é realizado, na execução por quantia

> certa, pela adjudicação, pela entrega do dinheiro ao credor ou pelo usufruto de bem móvel ou imóvel. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas percebeu esse detalhe, assim advertindo: "Ora, se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nele há pedido. Pede-se, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados, no processo executório, para a satisfação desse direito, constituem o *mérito* da execução"[39]. E prossegue, para concluir que: "Sobre esse *mérito*, todavia, não se forma uma sentença, diferentemente do que acontece no processo de conhecimento. (...). Não há, por conseguinte, sentença de mérito no processo de execução forçada"[40].

Existe, sim, *mérito* na execução. O detalhe é que ele é atendido *antes* da sentença. Satisfeito o crédito do exeqüente, o juiz irá extinguir a execução por sentença. E tal sentença irá, apenas, *declarar* que o mérito já foi atendido e que o crédito já foi satisfeito, estando extinta a obrigação.

Tudo se passa, na execução, da mesma forma que ocorre na *ação de consignação em pagamento*. Nesta última, o que extingue a obrigação é o *depósito*; a sentença só declara a extinção[41]. Daí a ação de consignação em pagamento ter conteúdo meramente declaratório, servindo, apenas, para declarar que a obrigação já foi extinta com o depósito feito pelo autor no curso no procedimento[42]. É exatamente isso que ocorre na execução: o que extingue a obrigação é o pagamento; a sentença só declara a extinção.

Note, porém, que o *pedido* na execução pode *não ser acolhido*: o juiz pode reconhecer a extinção da pretensão executiva pela prescrição, acolher a alegação de compensação etc.

7.3. Coisa julgada

Se há cognição e juízo de mérito no procedimento executivo, pode haver também coisa julgada. Trata-se de um corolário inevitável.

A possibilidade de surgimento da coisa julgada após uma decisão em um procedimento executivo revela-se, com alguma clareza, pela análise de um exemplo, que por ora nos servirá de paradigma: a decisão lastreada no art. 794 do CPC.

Nos termos do art. 794 do CPC, extingue-se a execução quando o devedor satisfaz a obrigação, quando o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida ou quando o credor renunciar ao crédito. O dispositivo, que se inspirou no *Codice di Procedura Civile* do Estado do Vaticano[43], estabelece que a execução extingue-se quando se extingue a dívida exeqüenda. Em outras palavras, a execução extingue-se quando acolhido o pedido do exeqüente. O que pretende o exeqüente é a satisfação do seu crédito, que, quando ocorre, autoriza a extinção da respectiva execução (CPC, art. 794, I).

---

39. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "Admissibilidade e mérito na execução", cit., p. 34.
40. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "Admissibilidade e mérito na execução", cit., p. 35.
41. MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. São Paulo: RT, 1985, n. 3.2.5.2, p. 65.
42. LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1995, n. 3.8.9.1, p. 82.
43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1993, n. 71, p. 9.

O juiz, ao proferir sentença, declara extinta a obrigação, quando ocorre uma das hipóteses previstas no art. 794 do CPC, ou extingue o processo de execução *sem* extinção da dívida, quando se concretiza um dos casos relacionados no art. 267 do CPC. Vale dizer que há, na execução, extinção *normal*, quando se alcança a satisfação do crédito, e a extinção *anormal* (crise do procedimento), sempre que tal resultado não for alcançado.

A extinção *normal* da execução ocorre na hipótese de satisfação do crédito (CPC, art. 794, I). Nessa hipótese do inciso I do art. 794 do CPC, estão abrangidos tanto os casos em que o devedor cumpre espontaneamente a obrigação como aqueles em que a satisfação é obtida por expropriação de bens, sem a colaboração do devedor[44].

Os incisos I, II e III do art. 794 do CPC correspondem aos incisos I, III e V do art. 269 do mesmo Código, sendo inegável que há, em todos esses casos, exame do mérito do procedimento[45]. A obrigação é extinta, vindo a ser igualmente extinto o processo. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira:

> "Cabe ressaltar que, em *todos* os incisos do art. 794, há um denominador comum: trata-se, em qualquer deles, de atos suscetíveis de extinguir a relação jurídica material entre as partes. A extinção da execução, aí, é sempre fenômeno conseqüencial: o processo executivo não há de subsistir porque já não subsiste a dívida, quer com a satisfação do credor (inciso I), quer sem ela (incisos II e III)"[46].

Nos casos do art. 794 do CPC, a sentença de extinção do procedimento executivo contém comando de extinção da própria relação de direito material havida entre as partes, fazendo, bem por isso, coisa julgada material[47], sujeita, portanto, à ação rescisória (CPC, art. 485)[48].

> Passado o prazo decadencial da ação rescisória, não há mais como modificar a situação, não se permitindo, na hipótese de constatar-se posteriormente ser indevida a obrigação ou injusta a execução, a repetição do indébito. Passado esse prazo, também não se permite mais que o credor cobre alguma diferença que veio a apurar posteriormente, verificando ter sido pago um valor inferior ao efetivamente devido.

Desse modo, comprovado o pagamento da obrigação ou verificada a extinção da relação jurídica material por outro motivo, haverá extinção da execução, por sentença proferida pelo juízo da causa. Opera-se, a partir daí, a *coisa julgada material*. Extinta a

---

44. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada:* controle de admissibilidade, cit., p. 50; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)", cit., p. 9.
45. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 312-315.
46. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)", cit., p. 11.
47. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*, cit., p. 305-315.
48. Assim, também, ALVIM, Thereza. "Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1985, n. 39, p. 15; STJ, 1ª T., REsp n. 15.622-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no *DJ* de 13.03.1995; STJ, 6ª T., REsp n. 147.735/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 23.05.2000, publicado no *DJ* de 12.06.2000, p. 139. Em sentido contrário, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 476.

obrigação, restou acolhido o pedido do exeqüente. Houve atendimento do mérito. Nesse caso, haverá formação da coisa julgada.

8. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

8.1. Princípio da efetividade. Direito fundamental à tutela executiva

Da cláusula geral do "devido processo legal" podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual. É dela, por exemplo, que se extrai o *princípio da efetividade:* os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste "na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"[49].

Esse posicionamento é reforçado pela moderna compreensão do chamado "princípio da inafastabilidade", que, conforme célebre lição de KAZUO WATANABE, deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente "bater às portas do Poder Judiciário", mas, sim, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz. "O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito"[50]. Também se pode retirar o direito fundamental à efetividade desse princípio constitucional, do qual seria corolário.

Segundo MARCELO LIMA GUERRA, o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional "capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"[51]. Mais concretamente, significa: a) A interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva[52].

Partir da premissa de que existe um *direito fundamental à tutela executiva* é indispensável para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo, principalmente aqueles relacionados à aplicação das regras de proteção do executado, com as hipóteses de impenhorabilidade (ver capítulo sobre penhora, neste volume).

---

49. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 102.
50. MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 303.
51. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 102-103.
52. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 103-104.

8.2. Princípio da tipicidade

Durante muito tempo vingou a idéia de que o magistrado só poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Essa era uma forma de controlar a sua atividade, evitando-se que agisse arbitrariamente e garantindo-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão[53], idéias que estão intimamente ligadas aos valores do chamado Estado liberal. "Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo"[54].

Sucede que, como bem pondera MARCELO LIMA GUERRA, "é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades".[55]

Diante dessa inexorável realidade, o chamado *princípio da tipicidade dos meios executivos* foi cedendo espaço ao chamado *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*[56]. Percebe-se atualmente uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de *poder geral de efetivação*, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de *coerção direta*, sejam de *coerção indireta*. Parte-se da premissa de que as "modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial"[57].

MICHELLE TARUFFO já apontava que o direito americano, diante da ineficácia dos meios executivos *at law*, começou a autorizar o magistrado a tomar medidas executivas adequadas ao caso concreto. Trata-se, afirma o jurista italiano, de aplicação do princípio da adequação, segundo o qual as regras processuais devem ser adaptadas às necessidades do direito material.

> "Muito comumente, a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva se coloca essencialmente na base do princípio de adequação, segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto.
>
> A aplicação desse princípio, combinando-se com a existência de situações identificáveis nas quais as técnicas tradicionais de tutela executiva *at law* se mostram largamente ineficazes, deu lugar a uma radical convulsão das distinções clássicas e também a um notável grau de desordem e de confusão no repertório dos remédios executivos. O outro lado da moeda é, porém, representado pela existência de uma ampla discricionariedade criativa das Cortes no que diz respeito à escolha do instrumento executivo e também pelo emprego de tal discricionariedade com a finalidade

53. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 43.
54. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 225.
55. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 66.
56. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 229.
57. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 61.

> de assegurar da maneira mais eficaz possível à exata atuação do direito substancial. De tal forma, que a regra da *specific performance* executiva tende a generalizar-se, em particular quando se trata de obrigações de fazer e de não-fazer, enquanto o remédio substitutivo do ressarcimento do dano pelo inadimplemento tem a tendência de ter uma aplicação sempre menos difundida"[58].

No Brasil, há previsão expressa que garante a *atipicidade* dos meios executivos na efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro. Trata-se do art. 461, § 5º, do CPC, que consagra o mencionado *poder geral de efetivação*. Eis a sua redação: "§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma *cláusula geral executiva*[59], na qual estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Claramente, ao lançar mão dessa cláusula geral executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi o de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões. Trata-se de noção já assente na doutrina a de que todo jurisdicionado tem o direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF)[60].

O exame mais minucioso desta cláusula geral será feito no capítulo relativo à execução das sentenças de fazer, não-fazer e dar coisa distinta de dinheiro, para onde se remete o leitor.

É preciso, porém, examinar o problema de aplicação dessa cláusula geral às execuções por quantia certa. Eis a dúvida: a execução por quantia certa é regida pelo princípio da tipicidade ou atipicidade dos meios executivos?

MARCELO LIMA GUERRA entende que se deve aplicar o § 5º do art. 461 do CPC à execução por quantia certa. Convém transcrever a sua fundamentação:

> "Ora, não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim,

---

58. TARUFFO, Michelle. "A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 59, p. 78.
59. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 231.
60. WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

> *anti-isonómico* que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do *princípio constitucional da isonomia* (igualmente dotado de *status* de *direito fundamental*), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado § 5º do art. 461 do CPC, *a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito* in executivis"[61].

O autor sugere, por exemplo, a fixação de multa coercitiva como um meio de *incrementar* a *expropriação forçada* (meio executivo típico para a obrigação pecuniária). Assim, poderia o devedor ser *intimado* para indicar bens à penhora, sob pena de multa. Não admite, porém, a fixação da multa para o cumprimento da obrigação pecuniária[62].

Parece ser esse também o pensamento de CASSIO SCARPINELLA BUENO, que, sem fazer qualquer ressalva, entende que "a atipicidade dos meios executivos tem cabimento, portanto, nos casos em que a lei não fez escolhas expressas quanto aos mecanismos de efetivação das decisões judiciais ou quando as escolhas existentes se mostrem, em cada caso concreto, insuficientes porque desconformes ao 'modelo constitucional do processo civil'"[63].

A questão é complexa e precisa ser mais bem amadurecida. É possível, porém, antecipar duas conclusões: a) o órgão jurisdicional pode afastar a aplicação de uma regra processual que, no caso concreto, se revele inadequada à efetivação dos direitos fundamentais a um processo adequado, à dignidade da pessoa humana e à tutela executiva, em razão da sua inconstitucionalidade (é o que será examinado no momento em que forem estudadas as regras sobre a impenhorabilidade de bens); b) pode o órgão jurisdicional determinar a efetivação de *deveres processuais de fazer/não-fazer*, como o de indicar bem à penhora, valendo-se da cláusula geral executiva do § 5º do art. 461 do CPC.

> Ao julgar o REsp n. 946.660/MS, a 3ª Turma do STJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, afirmou que, não obstante a omissão legislativa, seria possível a designação de uma terceira praça para a alienação do imóvel penhorado nos autos de execução extrajudicial. Trata-se de um bom exemplo de medida atípica realizada em execução por quantia certa. O CPC somente prevê a realização de duas praças, mas se entendeu que, de forma atípica e diante das peculiaridades do caso, seria possível a designação de uma terceira praça, a fim de que se realizasse, efetivamente, a expropriação do bem para viabilizar a posterior entrega do dinheiro ao exequente.

8.3. Princípio da boa-fé processual

A execução é um dos ambientes mais propícios para a prática de comportamentos desleais, abusivos ou fraudulentos. É, portanto, campo fértil para a aplicação do princípio

61. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 152.
62. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 154.
63. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 23.

da boa-fé processual, corolário do devido processo legal e previsto no inciso II do art. 14 do CPC.

O princípio da boa-fé processual já foi examinado no v. 1 deste *Curso*.

A aplicação desse princípio na execução é muitíssimo relevante. A ele será dedicado um capítulo autônomo, onde serão examinados todos os institutos processuais típicos à proteção da boa-fé na execução. Durante toda a exposição neste volume, será demonstrada a aplicação do princípio da boa-fé, nas mais variadas situações em que essa aplicação revelar-se adequada e imprescindível.

8.4. Princípio da responsabilidade patrimonial ou de que "toda execução é real"

De acordo com o *princípio da responsabilidade* ("toda execução é real"), somente o patrimônio do devedor (CPC, art. 591), ou de terceiro responsável, pode ser objeto da atividade executiva do Estado[64].

Nem sempre foi assim, contudo.

Houve época, como no primitivo Direito Romano, em que se permitia que a execução incidisse sobre a própria pessoa do executado, que poderia, por exemplo, virar escravo do credor como forma de pagamento da sua dívida. Episódio que bem demonstra o espírito desta época é o célebre julgamento de PÓRCIA na obra "O Mercador de Veneza" de SHAKESPEARE.

> No direito romano, não se falava em "obrigação". O seu correspondente histórico era o *nexum* (espécie de empréstimo), que conferia ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, sob pena de responder com o seu próprio corpo – quando poderia ser reduzido, inclusive, à condição de escravo[65].
>
> Essa visão era socialmente aceita, a ponto de admitir-se um concurso de credores sobre o corpo do devedor, que seria dividido entre eles (Tabula III: "Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto")[66]. A Tábua Terceira da Lei das XII Tábuas deixa clara essa macabra possibilidade de responsabilização pessoal do devedor, em sua Lei 9: "se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre".
>
> A obrigação era um vínculo eminentemente pessoal, estando o devedor vinculado à obrigação com o seu próprio corpo. O credor tinha o direito sobre o seu cadáver.

---

64. Com essa máxima, excluem-se da responsabilidade bens que compõem o patrimônio do devedor (ou terceiros responsáveis), e que são pela execução intocáveis - até porque não podem ser objeto de alienação voluntária ou forçada. Trata-se dos bens impenhoráveis, examinados no capítulo sobre a penhora, mais à frente.
65. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 5 e 6.
66. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 09 e 10.

> Com a evolução do conceito de obrigação, a execução passou da pessoa do devedor ao seu patrimônio. Foi com a edição da *Lex Poetelia* Papiria, em 428, a. C., que a responsabilidade assumiu caráter patrimonial[67]. E o Código Civil francês, que é de 1804, não deixa dúvidas, em seu texto, dessa conquista do Direito Moderno, referindo expressamente em seu art. 2.093 que "*os bens do devedor são a garantia comum de seus credores*".

A humanização do direito trouxe consigo este princípio, que determina que só o patrimônio e, não, a pessoa submete-se à execução. Toda execução é real. A humanização do Direito ainda fez com que, mesmo no patrimônio do devedor, alguns bens não se submetessem à execução, compondo o chamado *beneficium competentiae*, examinado no item sobre as impenhorabilidades, no capítulo sobre a penhora, mais à frente.

A proliferação das técnicas de execução indireta, examinada acima, parece *relativizar* um pouco esse princípio, na medida em que pressionam psicologicamente a *pessoa* do devedor para que cumpra a obrigação com seu comportamento[68].

Mas, ainda assim, na execução indireta, o cumprimento da prestação não se dá sobre o seu corpo, como ocorria em fases mais remotas da humanidade – prender o devedor não salda a dívida, por exemplo[69]. A prisão civil, como técnica de coerção pessoal, atualmente só é admitida para a execução de prestação pecuniária de alimentos, conforme orientação do STF, que ao julgar o RE n. 466.343-1, entendeu que nem mesmo para os casos de depositário infiel é possível a utilização da prisão civil por dívida.[70] Entendeu o STF que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que restringem a prisão civil por dívida à obrigação de alimentos, impedem que se admita a prisão civil para o depositário infiel, mesmo com expressa autorização constitucional.

A responsabilidade executiva parece assumir, atualmente, caráter híbrido, comportando coerção pessoal e sujeição patrimonial:

i) a *coerção pessoal* incide sobre a vontade do devedor, admitindo o uso de medidas coercitivas, de execução indireta, para forçá-lo a cumprir a obrigação com seu próprio comportamento (ex.: 461, § 5°, e 475-J, ambos do CPC);

ii) descumprida a obrigação, e não sendo possível/adequado o uso de técnica de coerção pessoal, tem-se a *sujeição patrimonial*, que recairá sobre os bens do devedor ou de terceiro responsável – que responderão pela própria prestação *in natura* (ex.: dar coisa

---

67. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 6.
68. Lopes da Costa fala do princípio e suas exceções, e ressalta: "as multas compulsórias (*astreintes*), embora satisfeitas com o patrimônio do condenado, têm também certo caráter pessoal, pois se destinam, por uma coação psicológica, a atuar sobre a vontade do réu, para coagi-lo a tomar determinada atitude". (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio da Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 53).
69. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 198; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 57.
70. É o quanto estabelecido no n. 25 da súmula vinculante do STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" e no n. 419 da súmula do STJ: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel".

ou entregar quantia) ou por perdas e danos. Mas é de considerar-se, ainda, que a pessoa do terceiro pode ser objeto de execução, como, por exemplo, a entrega de filho aos pais em busca e apreensão (CPC, art. 839) ou num divórcio[71].

Há, portanto, uma excessiva valorização do princípio da responsabilidade patrimonial, previsto no artigo 591 do CPC[72], que, afinal, destina-se, às obrigações de dar coisa e pagar quantia certa. Não se estende às demais obrigações (fazer/não fazer), em que a prioridade é a tutela específica, com a obtenção do cumprimento da obrigação pessoalmente pelo devedor, só se convertendo, em último caso, no seu equivalente em dinheiro.

Logo, o dito princípio não alcança a totalidade do fenômeno executivo[73], em razão da aplicação do princípio da efetividade. Em algumas obrigações, não se deve, desde logo, converter a obrigação em perdas e danos. Ao credor deve-se garantir tudo aquilo que ele tem direito, de sorte que, tendo direito à execução específica, deve-se promovê-la para que se alcance exatamente aquilo a que tem o credor direito, em prol da própria efetividade da tutela executiva.

A efetividade, como se percebe, limita, na tutela de algumas obrigações, o princípio da responsabilidade patrimonial, estimulando o uso de medidas de coerção indireta.

8.5. Princípio da primazia da tutela específica ou princípio da maior coincidência possível ou princípio do resultado[74]

A execução deve ser *específica*: propiciar ao credor a satisfação da obrigação tal qual houvesse o cumprimento espontâneo da prestação pelo devedor. Trata-se do princípio da *primazia da tutela específica* ou da *maior coincidência possível*[75]. As regras processuais devem ser adequadas a essa finalidade. A atividade jurisdicional deve orientar-se nesse sentido.

O credor tem o direito à prestação devida, tem direito à tutela específica.

O princípio está garantido no § 1º do art. 461 do CPC, que cuida da tutela das obrigações de fazer e de não-fazer: "§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente". O princípio também está garantido expressamente para a tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro (CPC, art. 461-A, § 3º).

---

71. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 435-436.
72. Isso, talvez, por influência de Liebman, que entende que "execução forçada" só se implementa com atividade subrogatória e, não, com atividade coercitiva (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5-6).
73. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 200-202.
74. Como prefere ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 101-102.
75. "Dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais". *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215.)

Note bem: o credor tem o direito de exigir o cumprimento *específico* da obrigação de fazer, não-fazer e dar coisa. Há a primazia da tutela específica. Apenas se o credor não a quiser, ou se o cumprimento específico for impossível, a tutela do equivalente em dinheiro (perdas e danos) será concedida.

Na execução por quantia certa, o princípio revela-se pela regra que permite o pagamento ao credor com a adjudicação do bem penhorado (CPC, art. 685-A), se *assim o requerer*. Ou seja: o credor de quantia certa tem o direito a receber o *dinheiro*, mas, *caso lhe interesse,* pode pedir a satisfação da dívida com o recebimento da coisa penhorada em vez do dinheiro.

8.6. Princípio do contraditório

A função jurisdicional realiza-se *processualmente*. Isso significa que o método de exercício do poder jurisdicional pressupõe a participação *efetiva* e *adequada* dos sujeitos interessados ao longo do procedimento. Esse direito à participação efetiva é o direito ao *contraditório*, conforme visto no v. I deste *Curso*.

Não poderia ser diferente no procedimento executivo: há contraditório na execução.

Há possibilidade de defesa do executado (embargos à execução ou impugnação, meios típicos de defesa). Além disso, garante-se o contraditório em todos os incidentes cognitivos que porventura surjam ao longo do procedimento executivo, como, por exemplo, a alegação de impenhorabilidade de um bem ou a alegação de fraude à execução.

O princípio do contraditório decorre do devido processo legal, dele se extraindo *(a)* a necessidade de dar-se ciência às partes dos atos a serem realizados no processo e das decisões ali proferidas e *(b)* a necessidade de conferir oportunidade à parte de contribuir com o convencimento do juiz ou tribunal.

Além da bilateralidade de audiência e de igualdade de oportunidades, o contraditório deve instaurar um *diálogo* no processo entre o juiz e as partes, garantindo uma atividade verdadeiramente dialética, com que se assegura a prolação de uma decisão justa e, de resto, de um procedimento justo.

Enfim, o princípio do contraditório compreende: *(a)* o direito de ser ouvido; *(b)* o direito de acompanhar os atos processuais; *(c)* o direito de produzir provas, participar da sua produção e manifestar-se sobre a prova produzida; *(a')* o direito de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; *(e)* o direito à motivação das decisões; *(f)* o direito de impugnar as decisões[76].

Na verdade, o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todo estágio e grau do procedimento,

76. LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 42.

como condição de paridade entre as partes[77]. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma seqüência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo[78]. Com efeito, não seria um processo civil aquele procedimento em que se conceda audiência a apenas uma das partes, se bem que seja suficiente dar a todas elas a *oportunidade* do contraditório, não sendo necessário que haja *efetiva* manifestação[79].

O princípio do contraditório, tal como previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, tem aplicação em *qualquer* processo judicial. Ora, sendo a execução um processo judicial, é curial que se aplica o princípio do contraditório na execução. Aliás, é certo que "a doutrina contemporânea reconhece a presença do contraditório na execução. E nem poderia ser diferente ante o *status* constitucional conferido ao princípio, assim no Brasil como na Itália"[80].

É óbvio que o princípio do contraditório não se aplica na execução com a mesma intensidade que incide no processo de conhecimento, mas é induvidosa sua aplicação na execução. E nem poderia ser diferente, visto que a obediência ao princípio do contraditório constitui garantia da imparcialidade do juiz. O magistrado que não confere audiência a ambas as partes e, de resto, não cumpre o primado do contraditório já terá, somente por isso, cometido uma parcialidade, por não haver examinado senão a metade do que poderia verificar[81].

Na execução, tanto o exeqüente como o executado têm direito de ser cientificados dos atos processuais. As partes, na execução, podem recorrer dos pronunciamentos judiciais. Em eventual questão a ser enfrentada pelo juiz, devem as partes ser intimadas para manifestar-se, contribuindo com o convencimento do magistrado, em atividade tipicamente cooperativa.

O contraditório no procedimento executivo, no aspecto do direito de defesa assegurado à parte demandada, é *eventual*, porquanto depende da provocação do executado, que não é chamado a juízo para defender-se, mas sim para cumprir a obrigação. O procedimento executivo adota a técnica monitória, que consiste, basicamente, na inversão do ônus de provocar o contraditório: o réu, em vez de citado para manifestar-se sobre a pretensão do autor, é convocado para cumprir uma determinada obrigação. Não é correto dizer, então, que não há contraditório no procedimento executivo: ele é previsto, até mesmo como conseqüência da garantia constitucional, mas é *eventual* na parte concernente à defesa do executado. É inegável a existência de contraditório na execução.

---

77. VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p. 106.
78. NICOLETTI, Carlo Alberto. *Profili istituzionali del processo civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 7.
79. SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, § 10, p. 46.
80. LOPES, João Batista. "Princípio da proporcionalidade e execução civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 4, p. 97.
81. ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 130.

8.7. Princípio da menor onerosidade da execução

O art. 620 do CPC consagra o princípio da execução menos onerosa ao executado: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

É preciso compreender corretamente a norma: "(...) a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes"[82]. Assim, havendo vários meios executivos aptos à tutela adequada e efetiva do direito de crédito, escolhe-se a via menos onerosa ao executado. O princípio visa impedir a *execução desnecessariamente onerosa ao executado*; ou seja, a *execução abusiva*.

O princípio aplica-se em qualquer execução (fundada em título judicial ou extrajudicial), direta ou indireta, qualquer que seja a prestação executada (fazer, não-fazer, dar coisa ou dar quantia)[83].

Trata-se, como se vê, de norma que protege a boa-fé, ao impedir o abuso do direito pelo credor que, sem qualquer vantagem, se valesse de meio executivo mais danoso ao executado. Não parece, porém, que tal princípio destine-se a proteger, ao menos primordialmente, a dignidade do executado, suficiente e adequadamente protegida pelas regras que limitam os meios executivos, principalmente aquelas que prevêem as impenhorabilidades. Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exeqüente. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual. A identificação do valor protegido é muito importante para a ponderação que se precise fazer entre esse princípio e o princípio da efetividade.

> Há quem encare o princípio da boa-fé como o corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme visto no v. 1 deste *Curso*[84]. Dessa forma, ao proibir a execução abusivamente onerosa, o princípio também serviria à tutela da dignidade da pessoa humana, ainda que *mediata ou reflexamente*.

Não se deve entender essa norma como uma *cláusula geral de proteção ao executado*, que informaria todas as demais regras de tutela do executado (princípio do *favor debitoris*[85])

---

82. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais", cit., p. 221. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil. comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 624.
83. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 400.
84. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186 e segs; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 224-274.
85. Princípio que fundamenta as regras de proteção ao devedor, para alguns um princípio geral do direito (ALVES, José Carlos Moreira. "O *favor debitoris* como princípio geral do direito". *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, 2006, n. 26, p. 98-108.). O princípio do favor debitoris desenvolveu-se bastante no Direito romano da era cristã, a partir de Constantino. A influência dos valores da moral cristã (piedade, clemência, caridade etc.) foi decisiva na conformação desse princípio de proteção do devedor, que evidentemente repercutiu no regramento da execução judicial, como se pode constatar em regras como o art. 620 e art. 659 (impenhorabilidades), CPC. Sobre a influência do cristianismo no Direito Romano, principalmente na execução, SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 91-101.

espalhadas pela legislação[86]. O princípio é uma dessas normas de proteção do executado, e não a fonte de todas as outras. O art. 620 do CPC é uma *cláusula geral* que serve para impedir o *abuso do direito* pelo exeqüente: em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer comportamento do credor que pretender valer-se de meio executivo mais oneroso do que outro igualmente idôneo à satisfação do seu crédito.

> O art. 187 do Código Civil também consagra uma *cláusula geral* sobre o abuso do direito: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".
>
> As normas têm natureza e finalidade semelhantes.

A aplicação do princípio pode dar-se *ex officio*[87]: se o credor optar pelo meio mais danoso, pode o juiz determinar que a execução se faça pelo meio menos oneroso. Mas, autorizada a execução por determinado meio, se o executado intervier nos autos e não impugnar a onerosidade abusiva, demonstrando que há outro meio igualmente idôneo, haverá preclusão. O princípio protege o executado; não se pode dispensar a preclusão, se o executado não impugnar a opção indevida do exeqüente no primeiro momento que lhe couber falar nos autos.

O princípio *não* autoriza a interpretação de que o valor da execução deve ser reduzido, para que o executado possa cumprir a obrigação, ou de que se deve tirar o direito do credor de escolher a prestação na obrigação alternativa[88], muito menos permite que se crie um *direito ao parcelamento da dívida*, ou *direito ao abatimento dos juros e da correção monetária* etc. Também não é correta a interpretação que pretende extrair do texto normativo a impossibilidade de penhora de *dinheiro*, porque é sempre mais oneroso ao executado: a penhora de dinheiro é sempre mais favorável ao exeqüente, não existindo outro meio tão eficaz quanto ele.

O princípio autoriza que se entenda lícito ao executado pedir a substituição do bem penhorado por dinheiro, a qualquer tempo. Não há justificativa que possa impedir esse

---

86. É por isso que se não faz, neste momento, uma lista com todas as regras de proteção ao executado, como se costuma fazer na análise deste princípio, opção doutrinária de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, v. 4, p. 57-58; GÓES, Gisele Santos Fernandes. "A base ética da execução por sub-rogação no processo civil brasileiro: os princípios da idoneidade do meio e da menor onerosidade". *Execução no processo civil: novidades & tendências*. Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves (coords.). São Paulo: Método, 2005, p. 111-112; SHIMURA, Sérgio. "O princípio da menor gravosidade ao executado". *Execução civil e cumprimento da sentença*. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura. São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 540 e segs.

87. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 624.

88. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 35; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 400.

tipo de providência, sempre mais favorável ao exeqüente e que, no caso concreto, pode revelar-se como menos onerosa ao executado.

> PONTES DE MIRANDA entende que a norma se aplica também à interpretação do próprio título executivo: "A vai executar B pelo contrato em que B prometeu construir uma ponte sobre o rio limítrofe, e o contrato diz que há de ser ponte de dezoito metros; A entende que é em curva, porque doze metros bastariam, e B, em retas, com subidas aos lados do rio; na dúvida, sendo mais barata a ponte em reta, o art. 620 favorece a B"[89].

Trata-se de princípio que frequentemente entrará em rota de colisão com o princípio da efetividade, o que torna ainda mais importante a correta identificação do seu conteúdo dogmático.

8.8. Princípio da cooperação

O princípio da cooperação foi examinado no v. 1 deste *Curso*. Como se viu, trata-se de princípio que pode ser extraído de dois outros princípios: contraditório e boa-fé.

Pelo princípio da cooperação, reforça-se a ética processual, com o aprimoramento do diálogo entre as partes, reciprocamente e com o órgão jurisdicional.

O princípio da cooperação incide em várias situações no procedimento executivo. Convém pontuar algumas dessas situações, para que se demonstre a importância dessa norma.

O executado tem o *dever* de indicar bens seus à penhora (art. 600, IV, CPC). Não encontrados bens penhoráveis e não havendo indicação de qualquer um deles pelo exeqüente, cabe ao executado declarar quais são seus bens penhoráveis, sob pena de se sujeitar a uma sanção pecuniária compulsória[90].

Também é manifestação do princípio da cooperação a exigência de que o executado, que pretende impugnar o *valor* da execução, apresente de logo o valor que reputa devido (art. 475-L, § 2º, CPC). Seria comportamento não-cooperativo afirmar que a cobrança é excessiva sem, simultaneamente, dizer qual é o valor correto.

Demais disso, aplicam-se à execução os deveres que decorrem do princípio da cooperação e que são imputados ao órgão jurisdicional, conforme examinado no v. 1 deste *Curso*. Assim, por exemplo, deve o juiz *advertir ao executado*, antes de puni-lo, de que seu ato pode vir a caracterizar-se como atentatório à dignidade da jurisdição (art. 599, II, CPC); perceba que se trata de uma conduta compatível com o *dever de prevenção*. O órgão jurisdicional somente pode conhecer da prescrição *ex officio* dando a oportunidade

---

89. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 33.

90. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, n. 8.2-8.3, p. 164-167. Sobre a relação entre o princípio da cooperação e o dever de o executado indicar bens à penhora, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Colaboração do executado no processo". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT. 2008.

de o exeqüente manifestar-se, conforme impõe o *dever de consulta*, salvo nos casos de cobrança judicial de valor inferior ao mínimo fixado por ato de Ministro de Estado da Fazenda (art. 40, §§ 4º e 5º, Lei n. 6.830/1980).

8.9. Princípio da proporcionalidade

A execução é ambiente propício para o surgimento de conflito entre diversos princípios. O princípio da efetividade choca-se muita vez com os princípios que protegem o executado, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que, embora também sirva ao exeqüente, costuma ser invocado para fundamentar a existência de uma série de regras de tutela do executado, como, por exemplos, as regras que prevêem as impenhorabilidades; o princípio da segurança jurídica choca-se com o princípio da atipicidade dos meios executivos etc.

O princípio da proporcionalidade tem, assim, aplicação muito freqüente e, consequentemente, muito importante na execução.

A aplicação do art. 620 do CPC, já examinado, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral, exige do órgão jurisdicional um esforço argumentativo em que a máxima da proporcionalidade terá um papel de destaque.

> A Ordenança Processual Civil alemã (ZPO), em seu § 803, veda a execução excessiva, não devendo ir além do necessário para a satisfação do crédito e para a cobertura das custas da execução. Significa que o juiz deve conduzir a execução de maneira proporcional, de sorte que impor uma execução efetiva, sem que atente contra a dignidade do executado.
>
> No Direito espanhol, a Lei de Enjuiciamiento Civil 1/2000, em seu art. 592, impõe ao Tribunal que observe 2 (dois) princípios: o da maior facilidade de alienação e o da menor onerosidade. A ponderação entre eles é feita, como se percebe, pelo princípio da proporcionalidade.
>
> Ao que tudo indica, a regra vem sendo adotada em vários sistemas, consagrando-se a aplicação da proporcionalidade na execução.

Também em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade na execução, a jurisprudência e a doutrina entenderam ser *relativa* a ordem de nomeação de bens prevista no art. 655 do CPC[91], posicionamento que acabou prevalecendo na última reforma processual. Realmente, não se deve ter como absoluta tal regra, relativizando-a tanto em prol do exeqüente como em prol do executado, sopesando-se os princípios da efetividade da execução e o da dignidade da pessoa humana. Num juízo de proporcionalidade, é preciso relativizar a ordem para que se sacrifique o mínimo possível os direitos de ambas as partes, tentando harmonizá-los da melhor maneira. O tema será examinado com mais minúcia no capítulo sobre a penhora .

---

91. LOPES, João Batista. "Princípio da proporcionalidade e execução civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 4, p. 98.

O art. 657, parágrafo único, do CPC atribui ao juiz poderes para decidir quaisquer dúvidas suscitadas pelo requerimento de substituição do bem penhorado, dando a solução mais adequada para o caso concreto. Tal dispositivo contém inquestionável autorização para que o juiz aplique a proporcionalidade na execução[92].

No processo de execução, também se verificam conflitos entre o princípio da efetividade e o princípio do contraditório. Assim, em decorrência da aplicação da proporcionalidade na execução, e com vistas a garantir maior efetividade em prol até mesmo do executado, tem-se admitido o cabimento de exceções ou objeções de não-executividade, a despeito da inexistência de autorização legal expressa, não somente para tratar de vícios formais da execução, como também para discutir, até mesmo, questões relacionadas com a relação jurídica material subjacente ao título, o que, em princípio, somente seria possível em sede de embargos do devedor, como será examinado no capítulo sobre *as defesas do executado.*

Na execução de alimentos, há forte incidência da proporcionalidade, somente devendo ser determinada a prisão do executado, quando se revelar absolutamente necessária a medida, devendo o juiz "levar em consideração os valores em jogo (direito à integridade física, direito à liberdade)"[93].

O art. 692 do CPC, ao vedar a arrematação por preço vil, também contempla a aplicação da proporcionalidade na execução[94]. Com efeito, na dicção do referido dispositivo, "não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil". Há uma dificuldade em se estabelecer o conceito do que seja preço vil, exatamente por se tratar de um conceito jurídico indeterminado[95]. É na análise do caso concreto que o juiz vai aferir quanto à circunstância de o preço ser vil ou não, ponderando os interesses em liça para se chegar a uma conclusão, mediante aplicação da proporcionalidade. Há, enfim, "necessidade de pôr a salvo o patrimônio do executado e, ao mesmo tempo, resguardar os interesses do exeqüente"[96].

Não é raro que, na execução, se faça necessária a quebra do sigilo bancário. Nesse caso, cumpre aplicar a proporcionalidade. Com efeito, "quando o assunto é a exceção do direito ao sigilo, sendo este um direito protegido constitucionalmente, que encontra

---

92. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, n. 3.5.1.5, p. 135.
93. LOPES, João Batista. "Princípio da proporcionalidade e execução civil", cit., p. 97.
94. LOPES, João Batista. "Princípio da proporcionalidade e execução civil", cit., p. 98.
95. Segundo Eros Roberto Grau, os conceitos contêm idéias universais, não podendo ser vagos. O que são vagos, no seu entender, não são os conceitos, mas sim suas expressões. Daí insistir em aludir a termos indeterminados, e não a conceitos indeterminados. Com efeito, "não existem *conceitos indeterminados.* Se é indeterminado o *conceito,* não é *conceito.* O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo,* determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma suma determinada de idéias,* não chega a ser conceito." (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, n. 93, p. 224-225). Não obstante o apuro técnico com que se expressa o autor, a denominação *conceito jurídico indeterminado* foi utilizada no texto, mercê de estar já consolidada na doutrina e na jurisprudência.
96. LOPES, João Batista. "Princípio da proporcionalidade e execução civil", cit., p. 98.

fundamento na liberdade (de negação), e sendo ainda expressão da privacidade, evidentemente que só poderá ser mitigado diante do interesse público, quando ficar patente a necessidade, adequação e razoabilidade dessa medida para o caso concreto, ou seja, quando for a justa medida na tensão entre os princípios protetores dos interesses particular e público. Essa tomada de justiça somente se chega através das diretrizes do princípio da proporcionalidade, no âmbito do devido processo legal"[97]. Em outras palavras, somente será possível, na execução, haver a quebra do sigilo bancário, se a hipótese passar pelos testes da proporcionalidade, atendendo-se à necessidade, à adequação e à proporcionalidade em sentido estrito. Na quebra ou manutenção do sigilo bancário, cumpre sopesar os princípios em conflito, mediante aplicação da proporcionalidade. Há, em tal situação, um conflito entre o princípio da efetividade e o da privacidade, devendo um prevalecer frente ao outro diante das peculiaridades do caso concreto. Realmente, "se, de um lado, o executado não pode ser submetido a devassa em seu patrimônio, de outro não há razão para que o juiz deixe de requisitar informações sobre eventual existência de bens penhoráveis. Assim, verificando-se que as diligências do exeqüente não foram suficientes para obter informações conclusivas sobre a existência de bens, caberá ao juiz requisitá-las aos órgãos públicos, no interesse da tutela jurisdicional"[98].

O princípio da proporcionalidade tem tido freqüente aplicação do direito processual civil, sobretudo na execução, onde se verificam conflitos entre o princípio da efetividade e o da dignidade da pessoa humana, sobretudo no que diz respeito aos poderes exercidos pelo juiz.

8.10. Princípio da adequação

O princípio da adequação, já examinado no v. I deste *Curso*, é um dos princípios fundamentais do direito processual e, com essa qualidade, não poderia deixar de incidir sobre a execução.

A previsão da *prisão civil* como meio de coerção para efetivar a prestação alimentícia revela-se aplicação do princípio da adequação objetiva: o direito aos alimentos impõe um meio coercitivo mais enérgico.

O regramento especial da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, de um lado impedindo a penhora de seus bens, de outro submetendo o pagamento ao regime dos precatórios, é uma manifestação da adequação subjetiva.

A estruturação do procedimento executivo com o contraditório eventual é manifestação da adequação teleológica: o procedimento executivo serve à satisfação do credor, que tem título executivo do seu crédito; não deve prestar-se, ao menos inicialmente, às discussões típicas do processo de conhecimento.

97. QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. *Sigilo bancário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 47.
98. LOPES, João Batista. "Princípio da proporcionalidade e execução civil", cit., p. 98.

A adequação jurisdicional do processo também se revela na execução, principalmente da cláusula geral executiva do § 5º do art. 461, CPC, examinada linhas atrás. Aqui, o órgão jurisdicional identificará a medida executiva adequada às peculiaridades do caso concreto, procedendo, assim, à adequação jurisdicional das regras processuais.

Remete-se o leitor ao capítulo sobre princípios, no v. 1 deste *Curso*, onde se examina o princípio da adequação com mais minúcias.

9. REGRAS QUE ESTRUTURAM O PROCEDIMENTO EXECUTIVO BRASILEIRO

9.1. Regra de que não há execução sem título (*nulla executio sine titulo*)

O procedimento executivo somente pode ser instaurado se houver um documento a que a lei atribua a eficácia executiva, o título executivo. Não há execução sem título executivo.

A exigência de título aplica-se tanto à execução *provisória* quanto à *definitiva*. Não é possível, por exemplo, executar provisoriamente uma sentença impugnada por recurso com efeito suspensivo; eventual execução seria inadmissível pela ausência de título executivo.

O título executivo é a prova mínima e suficiente de que deve valer-se o exeqüente para a instauração da atividade executiva.

Essa regra foi forjada doutrinariamente para justificar a idéia de que não poderia haver execução sem a "certeza" quanto à existência do direito. Com isso, buscava-se impedir a execução de decisões fundadas em juízo de verossimilhança (cognição sumária). Trata-se de idéia nascida das concepções liberais do processo do final do século XIX[99].

Atualmente, essa regra não pode ser compreendida como uma norma que impõe a *certeza jurídica* para o início da atividade executiva. Ao menos no Direito positivo brasileiro, há procedimentos executivos instaurados com base em decisões fundadas em cognição sumária, de que servem de exemplo a execução da tutela antecipada e a execução provisória.

A regra de que não há execução sem título *impõe* que a atividade executiva, provisória ou definitiva, somente pode ser instaurada se for apresentado um instrumento de um ato jurídico a que a lei atribua a eficácia executiva.

O *título executivo* pode ser *judicial* ou *extrajudicial*. A ele será dedicado um capítulo próprio neste volume do *Curso*.

9.2. Disponibilidade da execução (CPC, art. 569)

O credor pode dispor da execução, quer não executando o título executivo, quer desistindo, total ou parcialmente, da demanda executiva já proposta, quer desistindo de algum ato executivo já realizado (uma penhora, p. ex.). A execução realiza-se para atender ao interesse do credor/exeqüente e, assim, cabe a ele o direito de dispor da execução.

O credor pode desistir de toda execução ou de algum ato executivo independentemente do consentimento do executado, mesmo que este tenha apresentado *impugnação ou*

99. Como demonstraram MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 24-26.

embargos à execução (defesa do executado), ressalvada a hipótese de essa defesa versar sobre questões relacionadas à relação jurídica material (mérito da execução), quando a concordância do executado/embargante se impõe. Nesses casos, se o executado não consentir com a desistência, a execução se extingue, mas a defesa ainda terá de ser examinada.

Se não for apresentada a defesa, ou quando esta restringir-se a questões processuais, não há necessidade do consentimento. Nesse caso, manifestada desistência, haverá extinção da execução e, igualmente, dos embargos à execução ou da impugnação.

Observe-se que o consentimento do executado impõe-se apenas se se tratar de desistência do procedimento executivo; se a desistência restringir-se a um ato executivo, e não a todo procedimento, não há necessidade de o executado dar a sua anuência (CPC, art. 569, par. ún.).

Perceba que, na fase executiva, o regramento da desistência é diferente daquele previsto na fase de conhecimento, em que a concordância do demandado é exigida sempre que houver resposta, não fazendo a lei referência a nenhum conteúdo específico da defesa (ver, a propósito, o capítulo respectivo no v. 1 deste *Curso*).

Com a desistência, cabe ao credor-exeqüente arcar com as despesas processuais, inclusive os honorários advocatícios (CPC, art. 26).

Esse sistema sofre, porém, algumas mitigações.

Há, por exemplo, procedimentos executivos que podem ser instaurados *ex officio*, como a execução de sentença que impõe obrigação de fazer e de não-fazer e a execução de sentença trabalhista. Poderá o credor vir a desistir dessas execuções posteriormente, mas a instauração do procedimento executivo dá-se por atuação oficial.

No Direito processual coletivo, vigora a regra de que a execução da sentença coletiva é indisponível: se o legitimado à tutela coletiva que obteve a sentença não a executar, cabe ao Ministério Público ou a outro legitimado essa função. O tema foi examinado no v. 4 deste *Curso*.

9.3. Responsabilidade objetiva do exeqüente (arts. 475-O, I, e 574, CPC)

A execução corre por conta e risco do *exeqüente*. Prejuízos indevidos causados ao executado haverão de ser ressarcidos pelo *exeqüente*, independentemente de culpa. A responsabilidade do exeqüente pela execução injusta é objetiva[100]: basta a prova do dano, material ou moral, e do nexo de causalidade entre o dano e a execução indevida[101].

---

100. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 28; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 57; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 595; PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Responsabilidade do exeqüente no novo Código de Processo Civil". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 168-170; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 325.

101. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 116.

A regra está consagrada em dois dispositivos do CPC.

O art. 475-O, I, CPC, determina que a *execução provisória*, "corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido". A regra será examinada com mais minúcia no capítulo sobre a *execução provisória*.

O art. 574 do CPC dispõe que "o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução". Trata-se da norma geral que cuida do tema: aplica-se à execução *definitiva* de título judicial ou extrajudicial[102]. A responsabilidade objetiva, nesse caso, pressupõe o reconhecimento judicial de que a obrigação é inexistente; se a ilegitimidade da execução decorreu de outra causa, o regime da responsabilidade obedecerá ao disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil, regras gerais, ou, se se tratar de execução provisória, ao inciso I do art. 475-O, CPC, já referido[103].

Se porventura a ação rescisória da sentença exeqüenda for julgada procedente, extinguindo o crédito do exeqüente, todos os prejuízos causados ao *executado* ("executado", qualquer um, e não apenas o *devedor*, como diz a letra do art. 574, CPC[104]), em razão da execução que, afinal, se mostrou injusta, haverão de ser ressarcidos pelo exeqüente, em hipótese de responsabilidade objetiva[105]. Se, do mesmo modo, os embargos à execução (defesa do executado) forem acolhidos, com o reconhecimento de que não há a obrigação executada, todos os prejuízos sofridos pelo executado terão de ser ressarcidos pelo exeqüente[106]. Da mesma maneira, após o julgamento favorável do pedido de revisão criminal da sentença penal condenatória, que reconheça a inexistência de autoria ou materialidade do fato, fazendo desaparecer o efeito anexo de reparar o prejuízo (Código Penal, art. 91, I)[107].

---

102. Assim, PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Responsabilidade do exeqüente no novo Código de Processo Civil". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 168; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 9, cit., p. 107; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 8, cit., p. 113. Entendendo que a regra apenas se aplica à execução de título extrajudicial, embora sem fundamentar, CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 28.
103. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 8, cit., p. 116.
104. "Não se pode interpretar o art. 574 como se não protegesse o terceiro que, sem ter qualquer obrigação, sofreu a execução. No art. 574 fala-se em 'devedor', mas havemos de entender 'demandado na ação executiva de título judicial ou extrajudicial'". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 9, cit., p. 107.)
105. Assim, também, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 326. Em sentido contrário, não admitindo a aplicação do art. 574 no caso de ação rescisória julgada procedente, PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Responsabilidade do exeqüente no novo Código de Processo Civil", cit., p. 171.
106. Em sentido contrário, não admitindo a aplicação do art. 574 no caso de inexistência da dívida ser reconhecida por sentença dos embargos à execução, PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Responsabilidade do exeqüente no novo Código de Processo Civil", cit., p. 170. Para o autor, incide o art. 574 nas hipóteses de execução de título já pago, ou falso, ou absolutamente nulo; ou quando a respeito do ato jurídico que ele certifica ocorreu transação ou novação etc. (cit., p. 170-171).
107. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 327.

Repita-se: a responsabilidade é objetiva. O dever de indenizar surge de um ato-fato *lícito processual*; não há ilicitude, mas, se houver dano, haverá de ser indenizado. O risco da execução justifica que o exeqüente seja responsável. A norma é justa e faz parte da tutela jurídica da ética no processo, resguardando a parte de execuções infundadas.

> "A declaração de inexistência da obrigação pode referir-se a uma das obrigações que foram alegadas para a execução, ou a algumas, ou a todas. Tem-se de verificar qual o dano, ou quais os danos, que resultaram de cada obrigação que dera fundamento à execução"[108].

O ressarcimento do prejuízo dar-se-á nos próprios autos do procedimento executivo, seguindo-se, por analogia, o disposto no art. 475-O, II, CPC, que cuida da responsabilidade objetiva em execução provisória. O título executivo é a sentença que reconhecer a inexistência da obrigação, cujo efeito anexo é o dever de indenizar o executado. É preciso que o executado provoque a liquidação dessa sentença, pois é preciso provar a existência do dano: "embora dispensado de provar a culpa do exeqüente, terá [o executado] o ônus de demonstrar a ocorrência dos danos, o seu valor e a relação de causa e efeito com a execução da obrigação inexistente"[109].

> Embora não haja menção expressa no art. 574 do CPC, o executado também tem o direito à *recomposição da situação anterior*, ao retorno ao *status quo ante*, com o desfazimento dos atos executivos praticados, sempre que ficar reconhecida judicialmente a injustiça da decisão, mesmo sem declaração judicial da inexistência da dívida (p. ex.: invalidou-se a execução em razão de uma incompetência absoluta). Trata-se de outro direito do executado, que não pode ser ignorado. Trata-se de "efeito natural e inafastável do provimento sentencial em favor do devedor. É efeito decorrente do princípio constitucional da utilidade da função jurisdicional, que permeia necessariamente o sistema do processo civil, mesmo que dele não conste explicitamente"[110].

9.4. Aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento (art. 598, CPC)

De acordo com o art. 598 do CPC, "aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento".

A regra é importante.

Não há regras especiais na execução sobre intervenção de terceiros, litisconsórcio, recursos etc. Sempre que isso acontecer, deve o aplicador buscar nas normas do processo de conhecimento a solução para o problema que surja no procedimento executivo.

---

108. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 9, cit., p. 111.
109. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 8, cit., p. 114. Assim, também, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 596.
110. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 8, cit., p. 116.

CAPÍTULO II

FORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. A demanda executiva: 2.1. Noções de demanda e de demanda executiva; 2.2. Elementos objetivos da demanda executiva; 2.3. A demanda executiva fundada em obrigação alternativa (art. 571, CPC); 2.4. Cumulação de demandas (art. 573, CPC) – 3. Petição inicial: 3.1. Introdução; 3.2. Requisitos de validade; 3.3. Controle e emenda da petição inicial – 4. Efeitos da litispendência executiva – 5. Requisitos gerais para a deflagração do procedimento executivo: 5.1. Introdução; 5.2. Título executivo; 5.3. Afirmação do inadimplemento (arts. 580 a 582, CPC): 5.3.1. Conceito de inadimplemento e classificação; 5.3.2. Inadimplemento e interesse de agir; 5.3.3. Inadimplemento e exigibilidade; 5.3.4. Inadimplemento e a existência de deveres recíprocos (art. 582, CPC); 5.3.5. Inadimplemento e os deveres sujeitos a condição ou termo; 5.3.6. Boa-fé, adimplemento substancial (inadimplemento mínimo) e execução.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entende-se por procedimento executivo o conjunto de atos praticados no sentido de alcançar a tutela jurisdicional executiva, isto é, a efetivação/realização/satisfação da prestação devida, seja ela uma prestação de fazer, de não fazer, de pagar quantia ou de dar coisa distinta de dinheiro.

Como já se viu no capítulo relativo à teoria da execução judicial, a execução pode ser buscada através de *processo autônomo de execução* ou por meio de uma *fase* instaurada no bojo de um processo já em curso. Tanto num como noutro caso a execução se desenvolve com observância de um dado procedimento, que é o procedimento executivo.

O presente capítulo cuida de aspectos gerais atinentes à formação do procedimento executivo. Mas é necessário compreender que não existe apenas uma espécie de procedimento executivo, nem tampouco existe um procedimento executivo padrão (tal como existe um procedimento comum ordinário para a apreciação da demanda cognitiva).

A depender da natureza do título que certifique o direito cuja satisfação se busca (se judicial ou extrajudicial) e a depender da natureza da prestação que se pretende impor ao executado (prestação de fazer, de não fazer, de pagar quantia ou de dar coisa distinta de dinheiro), é possível que o legislador estabeleça séries específicas de atos executivos a serem praticados, construindo procedimentos distintos para cada uma dessas situações. Mesmo dentro de cada uma dessas categorias, é possível observar a existência de procedimentos executivos especiais, como ocorre, por exemplo, com o procedimento para a execução de alimentos ou com o procedimento para pagamento de quantia instaurado pela ou contra a Fazenda Pública, que se distinguem do procedimento executivo genérico para pagamento de quantia.

Para que se possa melhor entender a dinâmica da formação do procedimento executivo, é necessário ter em mente que a execução, a depender do título que lhe serve de lastro, pode ser classificada em execução fundada em *título executivo judicial* e execução fundada em *título executivo extrajudicial*. Afora isso, a depender da natureza da prestação

cuja satisfação se persegue, a execução pode ser classificada em execução de prestação de fazer, de não fazer, de pagar quantia e de dar coisa distinta de dinheiro[1].

O objetivo deste capítulo é, como se disse, o de trazer tão-somente aquilo que é comum aos procedimentos executivos fundados em título judicial ou fundados em título extrajudicial, qualquer que seja a natureza da prestação cuja satisfação se almeja. As particularidades inerentes a cada um desses procedimentos serão vistas mais adiante, em capítulos específicos.

2. A DEMANDA EXECUTIVA

2.1. Noções de demanda e de demanda executiva

A atividade executiva desenvolvida no intuito de satisfazer dever jurídico certificado em título executivo judicial pode ter início de duas formas: *(i)* por provocação da parte interessada, que é o mais comum, ou *(ii)* de ofício, por provocação do magistrado[2], que é o que ocorre, ou pode ocorrer, por exemplo, na execução trabalhista e na execução das decisões fundadas no art. 461 do CPC.

A execução fundada em título executivo extrajudicial sempre iniciará por provocação da parte interessada e necessariamente vai deflagrar um processo autônomo de execução. Não se pode, pois, falar em execução fundada em título executivo extrajudicial desenvolvida como *fase* de um processo sincrético.

A provocação da atividade jurisdicional recebe o nome de *demanda*. Como visto no capítulo sobre petição inicial, no v. 1 deste *Curso*, demanda é um termo que serve para designar tanto o ato de provocar a jurisdição, isto é, a postulação (demanda-ato), como para designar o próprio conteúdo dessa postulação, isto é, aquilo que se põe à análise do Poder Judiciário (demanda-conteúdo). Se a demanda tem por escopo a satisfação de um direito já certificado (seja num título executivo judicial ou extrajudicial) e que até então não foi satisfeito (inadimplemento), tem-se então uma *demanda executiva*.

---

1. Para uma melhor compreensão dos critérios de classificação da execução, ver item próprio no capítulo sobre a teoria da execução judicial.
2. Em sentido contrário: "Não existe execução *ex officio* no processo civil. O credor deverá sempre requerer a execução para estabelecer-se a relação processual (título executivo extrajudicial), ou para prosseguir nos atos de cumprimento da sentença, dentro da própria relação em que ela foi proferida (título executivo judicial)" (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217). Também assim, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de execução (arts. 566 a 645). São Paulo: RT, 2000, p. 389. Embora reconheça a possibilidade de, no processo trabalhista, a execução ser deflagrada de ofício, o autor afirma que "não há, em nosso sistema processual civil, execução desencadeada por ato do juiz". Os doutrinadores se esquecem, porém, de que o § 5º do art. 461 do CPC autoriza que o magistrado determine, de ofício ou a requerimento da parte, as medidas executivas que se mostrem necessárias para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Trata-se de decisão que, por si só, já deflagra o procedimento executivo, haja vista que contempla os atos iniciais de execução (medidas coercitivas indiretas ou diretas).

Em síntese, chamamos de *demanda executiva* aquela provocação da atividade jurisdicional que contém uma pretensão executiva (efetivação/realização/satisfação de um direito a uma prestação), calcada numa determinada causa de pedir (título executivo e inadimplemento/lesão), em função da qual os titulares das situações jurídicas materiais descritas no título executivo passam a estar vinculados na relação processual.

Nos casos em que a execução se dá por meio de processo autônomo, a demanda executiva deve ser materializada numa *petição inicial*. Nos casos em que se dá por mera fase que se abre no curso de um processo sincrético, ela deve materializar-se numa *petição simples*, que não precisa necessariamente satisfazer todos os requisitos de validade de uma petição inicial, mas que deve satisfazer requisitos mínimos necessários à compreensão dos limites da pretensão deduzida.

> Tecnicamente, também há demanda nos casos em que o magistrado, de ofício, dá início à atividade executiva. Ainda que travestida de contornos especiais, não se pode negar que há aí um ato de provocação da jurisdição – nascido do próprio órgão jurisdicional, como uma espécie de autoprovocação – que contém um motivo (causa) e um objetivo (pretensão). A diferença é que, em casos tais, o ordenamento autoriza que essa demanda seja formulada pelo próprio Poder Judiciário e sob uma forma específica (normalmente, por meio de despacho proferido nos autos).

2.2. Elementos objetivos da demanda executiva

Analisada a demanda como conteúdo do ato postulacional, isto é, como a substância do que se leva à apreciação do Poder Judiciário, é possível vislumbrar que se compõe ela de três elementos: partes, causa de pedir e pedido.

O elemento subjetivo – *partes* – será estudado em capítulo autônomo. Quanto aos elementos objetivos – *causa de pedir* e *pedido* –, é necessário tecer alguns comentários.

a) Causa de pedir:

É equivocado pensar que, para deflagrar o procedimento executivo, basta que a parte interessada manifeste a sua pretensão executiva. É necessário que, como ocorre em toda e qualquer demanda, a parte exeqüente exponha o motivo com base em que formula aquela pretensão.

A causa de pedir da demanda executiva exige a afirmação de, pelo menos, dois fatos jurídicos: *(i)* a existência de um direito de prestação certo, líquido e exigível, que precisa ser provada mediante a exibição de um título executivo judicial ou extrajudicial; *(ii)* a existência do inadimplemento por parte do devedor, que cause lesão ao direito certificado do credor. Sobre esses temas falaremos mais adiante.

Afora isso, alguns elementos acidentais podem/devem, eventualmente, figurar na exposição da causa de pedir da demanda executiva. Por exemplo: *(i)* a afirmação de que se implementou a condição ou de que ocorreu o termo, nos casos em que a exigibilidade da prestação do executado depender disso (art. 572, CPC); *(ii)* a afirmação do cumprimento da contraprestação respectiva, nos casos em que o dever de prestar do executado depender

do prévio cumprimento de um dever pelo exeqüente (art. 615, IV, CPC); *(iii)* a afirmação dos requisitos necessários à concessão de medidas acautelatórias urgentes, quando forem requeridas (art. 615, III, CPC).

b) Pedido.

Aplica-se aqui a noção de que o pedido abrange um objeto imediato e um objeto mediato.

O objeto *imediato* do pedido concerne à pretensão de concessão da tutela jurisdicional executiva, com a conseqüente tomada de providências executivas. Nesse caso, diz a legislação, quando por mais de um modo se puder efetuar a execução, cumpre ao exeqüente indicar aquele de sua preferência (art. 615, I, CPC), observada a cláusula geral de proteção do executado contra o abuso do direito pelo credor (art. 620 do CPC). Assim, por exemplo, ao pleitear a execução de uma prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro, deve o exeqüente indicar a medida executiva que pretende seja utilizada para alcançar a finalidade almejada. Por se tratar de objeto imediato do pedido, o magistrado não fica a ele vinculado, podendo valer-se de outro modo de efetivação da tutela jurisdicional, independentemente de pedido da parte.

Já o objeto mediato do pedido diz respeito ao bem da vida que se pretende alcançar (por exemplo, o pagamento de uma quantia, um fazer, um não fazer, a entrega de uma coisa distinta de dinheiro).

Tendo em vista a exigência de que o crédito exeqüendo (quantia, fazer, não fazer ou coisa) há de ser certo, líquido e exigível, o pedido deve ser expresso quanto ao que se pretende e delimitado quanto à quantidade/qualidade do objeto da prestação – ressalvadas as hipóteses em que a prestação cuja satisfação se pretende tem por objeto coisa incerta e a individualização cabe ao devedor (art. 629, CPC), o que será visto no capítulo relativo à execução para entrega de coisa, ou quando a prestação resulta de obrigação alternativa e a escolha compete ao devedor (art. 571, CPC), assunto que, por sua peculiaridade, será tratado mais adiante, em item específico. Por conta disso, quando se pretende, por exemplo, o pagamento de quantia, é necessário indicar expressamente o montante do crédito perseguido, juntando-se ao instrumento da demanda o respectivo memorial de cálculos (art. 614, II, CPC).

Aplica-se ao pedido executivo a diretriz do art. 290 do CPC[3], segundo o qual "quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido,

3. Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 429; NASCIMBENI, Asdrubal Franco. "Cumulação ulterior de execuções na atual sistemática do CPC". *Execução extrajudicial*: modificações da Lei 11.382/2006". Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 105-106. Este último autor traz alguns julgados sobre o assunto (p. 114 e seguintes), destacando-se o seguinte aresto: "EXECUÇÃO. NOTA PROMISSORIA. CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE DIVIDA. CORREÇÃO MONETARIA. TR. 1. Executividade de nota promissória vinculada a contrato de renegociação de dívida, onde ficou estipulado pagamento de prestações mensais de valores certos, estando a pretensão do exeqüente fundada nessa documentação e no demonstrativo dos valores em atraso, das prestações vincendas e dos encargos incidentes. Título suficiente para a execução. 2. Correção pela TR, assim como convencionado.

independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação". Assim, por exemplo, a execução de aluguéis atrasados abrange o pedido de pagamento dos aluguéis que se vencerem no curso do procedimento executivo.

LEONARDO GRECO traz, no entanto, alguns questionamentos interessantes quanto à inclusão de prestações vincendas na demanda executiva[4]. Vejamos.

i) "Com efeito, como conciliar a inclusão de prestações não vencidas com o pressuposto da exigibilidade do crédito, constante do artigo 586 do CPC?". Obviamente, as prestações vincendas somente serão acrescidas à demanda executiva à medida que se forem vencendo e, pois, se forem tornando exigíveis. Enquanto não vencidas, ficam elas fora do objeto litigioso da execução. Com isso, não há qualquer exceção à regra de que a prestação exeqüenda há de ser exigível.

ii) "Como ajustar a penhora ao valor do crédito, se este periodicamente se eleva?". A penhora há de contemplar o montante atual do débito. À medida que as prestações vincendas se forem tornando exigíveis, o seu valor deve passar a compor o montante perseguido na execução, com a conseqüente complementação da penhora. Na prática, normalmente se aguarda até que o montante das prestações ulteriores alcance uma soma considerável para, só então, promover-se a constrição de bens suficientes para saldá-las.

iii) "Como assegurar a marcha contínua da execução em direção ao seu fim, se o devedor deve ter o direito de discutir a correção dos valores que vierem a ser acrescidos a cada nova atualização do crédito?". De fato, a cada nova constrição, deve-se abrir a oportunidade para que o devedor apresente, querendo, defesa, seja quanto à penhora em si, seja quanto à existência e extensão do débito, podendo, quanto a cada nova prestação, valer-se das defesas cabíveis. A marcha processual é, no entanto, garantida, na medida em que não se admite discussão acerca do montante já acumulado, em relação ao qual já se tenha defendido o executado ou tenha perdido a oportunidade de fazê-lo. A possibilidade de manifestação restringe-se, pois, a cada uma das prestações ulteriores, jamais às vencidas. Há aí, na verdade, uma ponderação de interesses: é bem melhor e mais produtivo permitir que as prestações vincendas sejam incluídas numa demanda já em curso do que exigir que cada uma delas dê origem a uma demanda executiva própria e autônoma.

iv) "Por outro lado, como assegurar a prioridade da penhora de outros credores, já que somente algumas das prestações de trato sucessivo são a ela anteriores?". Nesse caso, deve-se levar em consideração o momento em que se efetuou a penhora relativa às prestações supervenientes. A penhora aí não poderá, obviamente, ter preferência em relação àquela efetuada por outro credor e que lhe fora anterior. Sendo assim, expropriado

---

Ressalva do relator. 3. Recurso não conhecido" (STJ, 4.ª T., REsp n. 163766/GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 12.05.1998, publicado no DJ de 03.08.1998, p. 251). Em *sentido contrário*, não admitindo a ampliação do objeto do processo após a citação do executado (art. 264, CPC), ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 117-118.

4. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 355-356.

o bem penhorado, paga-se o montante consolidado até o momento em que a penhora foi efetuada; após, paga-se o crédito do outro credor para, só então, efetuar-se o pagamento, se saldo houver, das prestações que se venceram no curso da demanda e em relação às quais houve complementação de penhora.

2.3. A demanda executiva fundada em obrigação alternativa (art. 571, CPC)

Diz o art. 571 do CPC que, "nas obrigações alternativas, quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro em 10 (dez) dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato, ou na sentença".

É fundamental, para compreender o citado dispositivo, entender primeiro o que são as *obrigações alternativas*.

A relação jurídica obrigacional pode ter *(i)* objeto único ou *(ii)* plúrimo. Sendo único o seu objeto, diz-se que se trata de obrigação simples; sendo plúrimo, tem-se uma obrigação composta. A obrigação composta pode ser *(a)* cumulativa ou *(b)* alternativa. Será *cumulativa* quando houver mais de uma prestação e o devedor, para obter a quitação, tiver de cumprir todas elas. Será *alternativa* quando houver mais de uma prestação e o devedor puder exonerar-se pelo cumprimento de apenas uma delas[5].

Segundo Teori Zavascki, "a alternativa pode ser entre duas ou mais coisas, entre dois ou mais fatos, entre coisa e fato, entre quantia e coisa, ou entre quantia e fato"[6]. Pode referir-se, pois, à natureza da prestação, mas também pode recair sobre a própria coisa a ser prestada, sobre o lugar, tempo ou qualquer outra circunstância[7].

Em regra, a escolha da prestação, na obrigação alternativa, caberá ao devedor, salvo quando houver disposição em contrário (art. 252, Código Civil).

Consideram-se as *obrigações alternativas* como compostas, pois há previsão de mais de uma prestação como forma de extinção da obrigação (arts. 252-256 do CC-2002): *plures sunt in obligatione, una autem in solutione.*[8]

As obrigações alternativas não se confundem com as obrigações facultativas, nem com as obrigações genéricas.

As chamadas *obrigações facultativas* são obrigações simples, que muito se assemelham às alternativas, mas apenas sob a ótica do devedor, que poderá eximir-se da obrigação efetivando qualquer das prestações possíveis; tem ele a faculdade de escolha da prestação

5. CRUZ, Gisela Sampaio da. "Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado". *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 149.
6. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 94.
7. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 95.
8. Sobre o regramento das obrigações alternativas no Código Civil de 2002, ver com proveito GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 89-93.

a ser cumprida, embora somente uma delas seja a devida: existem uma prestação *in obligatione* e uma *in facultate solutione*. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, não cuidou expressamente delas. A diferença entre as modalidades de obrigação reside no fato de que, nas *facultativas*, a segunda prestação é acessória: se a primeira perecer, perecerá a obrigação; nas *alternativas*, a obrigação só perece se ambas perecerem. Cumpre advertir que a prestação *in facultate solutione* não pode ser exigida pelo credor, que não tem sobre ela direito de crédito[9]. Nas obrigações *alternativas*, ao contrário, todas as prestações podem ser exigidas, cabendo a escolha ao credor ou devedor, conforme seja.

A obrigação será, por outro lado, *genérica* quando seu objeto tiver por conteúdo uma coisa incerta (isto é, determinada em relação ao gênero e à quantidade apenas; indeterminada em relação à qualidade – art. 243, CC). Assim, uma obrigação pode ser simples e genérica, quando tiver por objeto único a entrega de uma coisa incerta; pode também ser composta e genérica, quando uma ou todas as suas prestações envolverem a entrega de coisa incerta. O regramento de como se faz a individualização da coisa incerta, nos casos de obrigação genérica, consta dos arts. 629-631 e no art. 461-A, §1º, todos do CPC.

> É possível, portanto, que, numa obrigação *alternativa* em que se convencionou que a escolha caberia ao credor, este opte pela prestação que tem por objeto uma coisa incerta. Nesse caso, se nada se convencionou quanto à escolha da coisa a ser entregue, caberá ao devedor essa individualização (é a regra geral contida no art. 244, Código Civil). Por exemplo: num contrato de permuta, as partes convencionaram que um dos contratantes, em troca dos bens permutados, escolheria entre a entrega de um veículo utilitário do ano ou a reforma num determinado prédio (obrigação alternativa, pois o devedor se exonera cumprindo qualquer das prestações). Esse contratante (credor) opta pela entrega de um veículo utilitário do ano; ainda assim, porém, a prestação tem por objeto coisa incerta, razão por que ao devedor caberá individualizar o veículo utilitário a ser entregue (definirá a marca, o modelo, as características de combustível, a cor etc.).

Sendo alternativa a obrigação, é necessário que se proceda à *concentração da prestação*. É exatamente deste incidente que cuida o art. 571 do CPC. Nas palavras de ZAVASCKI, "são distintos e com conseqüências jurídicas próprias os fenômenos da escolha (*concentração*) e da realização"[10]. Por isso mesmo, trata-se de incidente de natureza cognitiva, autônomo, de cuja resolução depende o desencadeamento da atividade executiva, "até porque o procedimento executivo haverá de se adequar à natureza da prestação devida, que, por sua vez, somente será definida mediante processo de escolha"[11].

Se a obrigação que fundamenta a pretensão executiva é alternativa, mas a escolha da prestação cabe ao credor, deve ele, em sua petição de ingresso, exercer esse direito de opção (concentração), indicando a prestação cuja satisfação pretende (art. 571, §2º, CPC). Nessa situação, deverá formular pedido certo e determinado, nos termos já apontados no

---

9. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 93; ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136-137.
10. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., p. 96.
11. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., p. 97.

item anterior. O prazo para cumprimento voluntário (realização) será, então, aquele previsto para cada procedimento executivo (por exemplo: três dias, se a dívida é pecuniária e o título executivo é extrajudicial – art. 652, CPC). Não se terá, só porque é alternativa a obrigação, o prazo de que fala o art. 571 do CPC[12]. *Este prazo só se justifica se a escolha couber ao devedor ou a terceiro.*

Cabendo ao credor a escolha, o devedor somente terá notícia da opção feita no momento em que for citado/intimado para cumprir a prestação – salvo, obviamente, se o credor já noticiara a sua escolha por outro meio, antes da deflagração do procedimento executivo. Nessa hipótese, se o devedor, devidamente citado/intimado, cumpre voluntariamente a prestação eleita, não se lhe pode impor o ônus da sucumbência, pelo simples fato de que, por desconhecer a opção do credor, não poderia ter efetuado qualquer pagamento em momento anterior àquele. Desse modo, não terá sido o seu inadimplemento o causador da demanda executiva, mas sim o não conhecimento da opção feita pelo credor. Deve-se aplicar, então, o princípio da causalidade na distribuição do ônus da sucumbência, o qual deverá ser imputado, no caso concreto, ao credor, que deu causa ao procedimento executivo[13].

> Segundo o art. 255 do Código Civil, "quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexeqüíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos".

Se a escolha da prestação cabe *ao devedor*, então o exeqüente deve requerer que seja ele citado/intimado[14] "para exercer a opção e realizar a prestação dentro em 10 (dez) dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato, ou na sentença". Como se vê, a citação/intimação tem dupla finalidade: a concentração e a realização da prestação.

O devedor, uma vez citado/intimado, pode *(i)* escolher e prestar, caso em que estará configurado o cumprimento voluntário; não pode, porém, o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra (art. 252, §1º, Código Civil); *(ii)* escolher e não prestar e, nesse caso, nada obsta que se insurja contra a execução, apresentando defesa[15]; *(iii)* nada fazer, caso em que passará ao credor o direito de optar por uma das prestações possíveis (art. 571, §1º, CPC).

Considerando que a *concentração* e a *realização* da prestação são coisas distintas, e considerando a natureza cognitiva do incidente de concentração de que fala o art. 571 do CPC, deve-se permitir que a parte que não escolheu tenha a oportunidade de, se for o caso, discutir a legitimidade da escolha feita pela contraparte. Sucede que o art. 571 não

---

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 95.
13. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 106.
14. É possível que um título executivo judicial imponha obrigação alternativa. É o que se dá, por exemplo, quando o magistrado declara a existência/modo de ser de uma relação jurídica contratual em que se pactuou uma obrigação alternativa.
15. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 92.

regulamenta o assunto. Talvez seja o caso de aplicar, por analogia, dada a semelhança entre as situações, o que dispõe o art. 630 do CPC[16], que se refere ao incidente de individualização da coisa, nos casos em que se tem obrigação genérica.

> Eis o que diz o art. 630: "Qualquer das partes poderá, em 48 (quarenta e oito) horas, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano, ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação".

Se houver mais de um devedor, aos quais caiba, em conjunto, fazer a opção por uma das prestações, e não existir acordo unânime entre eles, caberá ao juiz decidir, findo o prazo por ele assinado para a deliberação (art. 252, §3º, Código Civil).

Se a escolha couber a terceiro, o que é possível segundo o direito material (art. 252, §4º, Código Civil), este deve ser citado a fazer a sua opção. Feita a opção, o devedor deve, então, ser citado/intimado a cumprir voluntariamente a prestação devida, de acordo com o procedimento executivo aplicável à situação concreta (o que vai depender da natureza do título executivo em questão e da natureza da prestação cobrada). Se o terceiro não quiser, ou não puder fazer a escolha, caberá ao juiz fazê-lo, se não houver acordo entre as partes (art. 252, §4º, Código Civil).

> Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tenha tornado inexeqüível, subsistirá o débito quanto à outra (art. 253, Código Civil). Se, por culpa do devedor, não for possível cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar (art. 254, Código Civil). Se, por fim, todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação (art. 256, Código Civil), a menos que a impossibilidade decorra de caso fortuito ou de força maior e por elas o devedor se tenha expressamente responsabilizado (art. 393, Código Civil).
>
> Afora isso, diz o Código Civil que, quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período (art. 252, §2º, Código Civil). Nesse caso, a cada novo período, deverá o executado ser chamado a fazer a sua opção e os atos subseqüentes vão depender da sua conduta.

Alerta Pontes de Miranda que o Código não fez previsão do caso de *obrigações recíprocas alternativamente ligadas*[17]. Por exemplo: comprometo-me a adquirir o bem *A*, pelo preço *X*, ou o bem *B*, pelo preço *Y*. O promissário vendedor formula pretensão no sentido de que eu faça o pagamento do preço (*X* ou *Y*, a depender da minha opção). Sendo recíprocas e interdependentes as prestações de pagar e entregar o bem, posso perfeitamente me valer da exceção substancial do que fala o art. 582 do CPC – sobre o qual falaremos mais adiante – para justificar o meu inadimplemento e pedir que o exeqüente seja compelido a entregar a coisa ou depositá-la em juízo.

---

16. É o que também sugere Teori Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 97.
17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 93.

Pode ser que uma ou mais das prestações que compõem a obrigação alternativa sejam ilíquidas. Como proceder então?

PONTES DE MIRANDA sugere que, nesse caso, "tem de anteceder à aplicação do art. 571 a liquidação da sentença, que é *ação*. Somente após o julgamento da liquidação pode o credor fazer citar o devedor para escolher e executar"[18].

É melhor, porém, a solução dada por TEORI ZAVASCKI. Com efeito, a atividade de liquidação, se efetivada *antes* do incidente de concentração, pode mostrar-se inteiramente inútil. Isso porque pode ela recair sobre prestação que, ao final, não foi a escolhida, e então ter-se-á desenvolvido a função jurisdicional inutilmente. É mais adequado, então, que se antecipe o incidente de escolha, devendo ele ser "destacado e transferido para o pórtico da ação de liquidação"[19] ou da fase de liquidação, conforme seja.

Há ainda uma outra questão.

Pode ser que as prestações que são objeto da obrigação alternativa tenham prazos distintos de vencimento. Nesse caso, cabendo a escolha ao devedor, precisa o credor aguardar o vencimento da última delas para, só então, ingressar com o seu pedido de concentração? A resposta é negativa. O seu interesse de agir nasce quando se vence a primeira das prestações, de modo que, já então, poderá deflagrar o seu pedido de concentração. Isso demonstra bem a autonomia do incidente de concentração. Optando o devedor pela prestação já vencida, deverá então, no prazo de que fala o art. 571 do CPC, realizá-la. Optando, porém, pela prestação ainda não vencida, deve o processo ficar suspenso pelo prazo necessário ao vencimento e ao cumprimento voluntário da prestação escolhida (aplicação, por analogia, do art. 792, CPC[20-21]).

Uma vez cumprida a prestação, aí sim será extinta a execução, imputando-se o ônus da sucumbência, segundo o princípio da causalidade, àquele que deu causa à deflagração do procedimento – ao credor, se exigiu o exercício do direito de escolha antes do tempo devido; ao devedor, se exerceu seu direito de escolha depois do tempo devido. Não cumprida a prestação, pode o credor dar início aos atos executivos (fase de execução forçada).

2.4. Cumulação de demandas (art. 573, CPC)

Admite-se, no procedimento executivo, a cumulação de demandas executivas contra o mesmo devedor, ainda que fundados em títulos diferentes, desde que para a sua apreciação seja competente o juízo e idêntico o procedimento executivo (art. 573, CPC[22]). Como se

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 92.
19. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 99.
20. Art. 792 do CPC: "Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação. Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso".
21. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 101-102.
22. Art. 573 do CPC: "É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo".

vê, os requisitos de admissibilidade da cumulação de demandas executivas previstos no art. 573 do CPC muito se aproximam daqueles previstos no art. 292 do CPC.

É necessário que: *(i)* haja identidade de partes, *(ii)* o juízo seja competente para apreciar as demandas executivas cumuladas, *(iii)* bem assim que o procedimento executivo necessário para a solução dessas demandas seja idêntico.

Eis algumas situações possíveis.

a) Formulação de apenas um pedido com base em mais de uma causa de pedir (concurso objetivo próprio de pretensões); é o que se dá quando, por exemplo, um determinado contrato, garantido por nota promissória emitida por um dos contratantes, não é cumprido[23]. Nesse caso, pode o credor cobrar a dívida do devedor seja com base no próprio contrato, desde que satisfaça ele os requisitos para que se considere um título executivo extrajudicial, seja com base no título cambial[24]. Obviamente, por espelharem a mesma dívida, os títulos não podem dar ensejo à formulação de duas pretensões simultâneas e paralelas, sob pena de *bis in idem*.[25] Há aqui um *cúmulo alternativo de demandas*: quer-se a efetivação da prestação com base em um título *ou* com base em outro.

b) Formulação de mais de um pedido com base em mais de uma causa de pedir. Também é possível que, apoiando-se em títulos executivos distintos, o credor formule, contra o mesmo devedor, pretensões distintas. Por exemplo: pode o credor cobrar de um mesmo devedor o pagamento de aluguéis vencidos, exibindo o respectivo título (contrato de aluguel que atenda às formalidades legais), e mais o pagamento da quantia descrita num cheque, ainda que a dívida ali consignada nada tenha a ver com a relação locatícia. Não se exige conexão entre os motivos ou entre os pedidos. Tem-se aqui uma hipótese de cumulação própria simples de demandas executivas.

O primeiro dos requisitos para que se possam cumular demandas executivas é a *identidade de partes*[26]. Mas é necessário compreender em que isso consiste.

---

23. Teori Zavascki diz que "não se pode confundir cumulação da execução com pluralidade de títulos" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 115). Discordamos da opinião. Parece haver aí mais de uma causa de pedir e, por isso, mais de uma demanda, já que a demanda compõe-se, como se viu, de três elementos: partes, causa de pedir e pedido. Havendo mais de uma causa de pedir que permita alcançar um mesmo e único pedido, tem-se então concurso objetivo próprio de pretensões.
24. Enunciado n. 27 da súmula da jurisprudência do STJ: "Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio".
25. EXECUÇÃO. PROMOÇÃO DE DUAS EXECUÇOES QUANTO A MESMA DIVIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Pode a execução, uma única execução, fundar-se em mais de um título extrajudicial. (Sumula 27/STJ). 2. Não pode, porém, o credor promover duas execuções, cobrando, a mesma dívida ao mesmo tempo e separadamente, a saber, do avalizado, com base no contrato, e dos avalistas, com base na nota promissória. *Non bis in idem*. 3. Compete ao juiz determinar que a execução se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. 4. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ, 3ª T., REsp n. 34.195/RS, rel. Min. Nilson Naves, j. em 22.02.1994, publicado no DJ de 06.06.1994, p. 14.274)
26. É o que se depreende do texto da lei, quando o legislador afirma "É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções [...]".

Se o título, conquanto único, aponta *A* e *B* como devedores, pode, obviamente, o credor *C* demandar contra ambos, caso em que haverá cumulação subjetiva de demandas. O mesmo se diga quando houver mais de um título, figurando em todos eles *A* e *B* como devedores. Também aí poderá o credor *C* demandar contra ambos. O que não se admite é que, sendo *A* o devedor de um título *X* e sendo *B* o devedor de um título *Y*, o sujeito *C*, que é credor em cada um deles, venha a cumular, num único procedimento, demandas executivas contra *A*, fundada no título *X*, e contra *B*, fundada no título *Y*.

> Como bem pontua ZAVASCKI, "o que não se permite é a coligação de devedores, ou seja, que o credor cumule a execução de diferentes obrigações, cada qual com distintos devedores"[27].

O mesmo vale para as hipóteses de litisconsórcio ativo ou de litisconsórcio misto (ativo e passivo): *a)* somente se admite a demanda cumulada de mais de um credor contra o mesmo devedor (litisconsórcio ativo), se esses litisconsortes ativos forem, todos eles, credores no único ou em todos os títulos executados, conforme haja apenas um ou mais de um título, respectivamente; *b)* somente se admite a demanda cumulada de mais de um credor contra mais de um devedor (litisconsórcio misto), se todos os litisconsortes, ativos e passivos, forem credores e devedores no único ou em todos os títulos executados, conforme haja apenas um ou mais de um título, respectivamente.

> Mais uma vez, ZAVASCKI: "Não apenas o devedor há de ser o mesmo, como também o credor. Se o mesmo devedor é obrigado por títulos diversos, cada um deles com credor distinto, a cumulação é inviável. Haveria, na hipótese, litisconsórcio ativo caracterizado por coligação de credores [...]"[28].

Desse modo, se sou credor de *B* e você também o é, mas os nossos créditos emanam de relações jurídicas materiais distintas, não podemos nos consorciar ativamente para demandar contra o devedor comum, porque aí haveria coligação indevida de credores.

Conforme lição de ARAKEN DE ASSIS, "a lei brasileira instituiu a unidade subjetiva dos créditos em excussão como requisito de admissibilidade da reunião de ações executórias. E isso porque o desaparecimento da exigência criaria uma nova espécie de concurso particular de credores"[29].

> Mais adiante, o mesmo autor continua: "Exemplo de coligação proibida pelo art. 573 se depara na hipótese de a instituição financeira cumular duas ações contra devedores diferentes: na primeira, baseada em contrato de confissão de dívida, executa o devedor 'principal'; na segunda lastreada em cambial emitida em garantia daquela obrigação, excetua o avalista do título. Em geral, esta situação subjazia nos casos que deram origem à referida Súmula 27 do STJ, em si neutra e compatível com o dispositivo em foco, e passou sem registro digno de nota. Ao invés, não atropela a

27. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 116.
28. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 116.
29. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 296.

> unidade subjetiva o fato de a mulher do executado lançar aval em alguns dos títulos em que se baseia a execução contra o marido".[30]

Outro ponto que merece análise mais detida diz respeito à possibilidade de se cumularem execuções fundadas em títulos executivos distintos. Malgrado isso seja admitido pelo legislador, é necessário verificar duas situações: quando se pretende cumular, num mesmo procedimento, execuções fundadas *(i)* em mais de um título executivo, sendo um deles judicial e outro extrajudicial ou *(ii)* em dois ou mais títulos judiciais distintos.

Ao contrário de MARCELO ABELHA RODRIGUES[31], não vislumbramos a possibilidade de cumulação de demandas executivas fundadas, uma delas, em título judicial, e outra em título extrajudicial.

Os procedimentos executivos das execuções fundadas em título judicial e das execuções fundadas em título extrajudicial possuem peculiaridades próprias que tornam impossível a sua convivência. Uma delas diz respeito ao fato de que a execução fundada em título judicial se opera, em regra, como fase de um processo já em curso, enquanto que a execução fundada em título extrajudicial deve ser buscada em processo autônomo de execução. Outra diz respeito à forma e aos prazos em que os atos processuais devem ser praticados. Assim, apenas a título de exemplo, são distintos os prazos para pagamento de quantia – na execução de quantia fundada em título judicial, quinze dias (art. 475-J, CPC); na execução de quantia fundada em título extrajudicial, três dias (art. 652, CPC) –, tal como são distintos os instrumentos que viabilizam o exercício da defesa pelo executado – impugnação, no primeiro caso (art. 475-J, §1º, CPC), embargos de devedor, no segundo (art. 736, CPC). Sem pretender esgotar aqui as diferenças procedimentais, há ainda uma outra incompatibilidade – quiçá a mais importante – que diz respeito à amplitude da cognição judicial quanto à matéria de defesa que pode ser argüida pelo executado: em regra, limitada na execução de título judicial (arts. 475-L e 741, CPC); ampla na execução de título extrajudicial (art. 745, CPC).

Quanto à cumulação de execuções fundadas em dois ou mais títulos judiciais distintos, a questão a ser enfrentada diz respeito à competência do juízo perante o qual se vai requerer a cumulação. Isso porque, como se viu, um dos requisitos de admissibilidade da cumulação diz respeito à competência do juízo para o processamento de cada uma das execuções cumuladas. Sucede que a competência para a execução de créditos provenientes de certificação judicial é, em regra, do juízo da sentença (art. 475-P, I e II, CPC). Desse modo, somente o juízo perante o qual se formou o título é que tem competência para tomar providências executivas. É bem verdade que o parágrafo único do art. 475-P flexibilizou esta regra, nas hipóteses de cumprimento de sentença, permitindo que o exeqüente fizesse opção pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado[32].

---

30. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 297.
31. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 163. Leonardo Greco também admite a cumulação de execuções fundadas em títulos distintos, sendo um deles judicial e outro extrajudicial (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 1, cit., p. 352).
32. Ver, sobre o tema, o capítulo sobre competência, neste volume do *Curso*.

Diante desses dados, pode-se dizer que a cumulação de execuções fundadas em distintos títulos judiciais somente é possível em duas situações: *(i)* se os títulos judiciais emanaram de um mesmo órgão jurisdicional, caso em que será sua a competência para executá-los[33] ou *(ii)* se um dos títulos judiciais emanou do juízo onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou do juízo do domicílio do executado, caso em que o exeqüente, exercendo o direito potestativo de escolha previsto no art. 475-P, parágrafo único, do CPC, poderá executar ali não apenas o título originário daquele juízo como também aquele originário de outro órgão jurisdicional.

Por fim, é preciso dizer que, mesmo sendo único o título executivo do qual se possa extrair distintos direitos a prestação, isso não quer dizer que será possível cumular, num só procedimento, todas essas demandas executivas. Do mesmo modo que é possível cumular execuções com base em títulos distintos, desde que atendidos os requisitos legais, é possível também que não seja lícito cumular execuções, ainda que seja único o título do qual emanem as pretensões executivas.

> Vale o exemplo trazido por Pontes de Miranda: "se a mesma sentença condena a coisa certa ou incerta e a fazer ou não fazer, ou a prestação de quantia, ainda que a causa da condenação foi a mesma, há a necessidade das proposituras separadas (não cumuladas). Seria absurdo que se fizesse citar o credor para *a*, *b* e *c*, sem se observar a diversidade das formas de processo"[34].

> Tome-se como exemplo a sentença que impõe à Fazenda Pública o cumprimento de obrigação de fazer e, de igual modo, o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa. Nesse caso, a obrigação de fazer deve ser cumprida de acordo com o disposto no art. 461 do CPC. Por sua vez, a obrigação de pagar deve ser executada na forma do art. 730 do CPC, submetendo-se à exigência do precatório. Em tal exemplo, não será possível cumular as duas execuções, eis que cada uma submete-se a procedimento próprio. O Superior Tribunal de Justiça entendeu possível, entretanto, tal cumulação[35].

Tem-se aqui, no âmbito dos títulos executivos judiciais, uma conseqüência prática da teoria dos capítulos de sentença[36]: é possível que, para cada capítulo decisório, o credor deva valer-se de um procedimento executivo próprio. O mesmo vale para os títulos executivos extrajudiciais: se encerram, por exemplo, um direito à entrega de coisa e um direito ao pagamento de quantia, tais prestações deverão ser buscadas em execuções autônomas.

---

33. Cf. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. I, cit., p. 352-353.
34. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 105.
35. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA E OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE.
1. Tratando-se de execução de sentença que concede a servidores públicos reajustes salariais, é possível cumular-se a execução por quantia certa, para haver as prestações vencidas, com a obrigação de fazer, para implementar o percentual aos vencimentos do executante.
2. Recurso não provido." (Acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp n. 1.263.294/RR, rel. Min. Diva Malerbi (Des. Conv. TRF 3ª REGIÃO), j. em 13.11.2012, publicado no *DJe* de 23.11.2012)
36. Ver, sobre o assunto, o capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.

3. PETIÇÃO INICIAL

3.1. Introdução

A petição inicial é o instrumento da demanda. Trata-se do documento que materializa o ato de provocação da atividade jurisdicional e que permite verificar quais são os elementos que compõem a demanda.

Nem sempre, porém, a demanda executiva estará materializada numa petição inicial. Se ela deflagra um processo autônomo – como ocorre, por exemplo, nas execuções fundadas em título extrajudicial, ou nos casos descritos no parágrafo único do art. 475-N do CPC –, a petição que a contém é denominada de petição inicial e, por isso, deve satisfazer todos os requisitos de validade de uma petição inicial.

Se, por outro lado, ela deflagra uma fase de um processo já em curso, não se tem aí uma petição inicial e, por isso, não é necessário que a sua elaboração cumpra todos os requisitos de validade de uma petição inicial. É fundamental, contudo, que, nesse caso, a petição exponha, de maneira clara e objetiva, quem são as partes envolvidas, bem como qual a causa de pedir e qual o pedido. Em alguns casos, conforme se verá, é necessário também que essa petição simples se faça acompanhar de documentos indispensáveis.

Este item é dedicado ao estudo da petição inicial que deflagra o processo autônomo de execução.

Nada obstante, o que aqui se diz pode, eventualmente, servir de base para a elaboração da petição simples que deflagra a fase de execução, quando esta se dá no bojo de um outro processo.

3.2. Requisitos de validade

A petição inicial que deflagra o processo autônomo de execução deve observar certos requisitos de validade. Aplicam-se, aqui, por força do art. 598 do CPC[37], as disposições contidas nos arts. 282 e 283 do CPC, que cuidam dos requisitos de validade da petição inicial que deflagra o chamado processo com função predominantemente cognitiva. Afora isso, existem requisitos específicos da petição inicial que contém a demanda executiva. Estão eles previstos nos arts. 614 e 615 do CPC.

Sendo assim, a petição inicial que deflagra o processo autônomo de execução deve observar o seguinte[38].

a) Indicação do juízo para o qual a demanda executiva é dirigida (art. 282, I, CPC). O endereçamento da petição inicial deve ser feito de acordo com as regras de competência estabelecidas na legislação[39].

---

37. Art. 598 do CPC: "Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento".
38. Para mais bem compreender os requisitos genéricos da petição inicial, ver o capítulo sobre Petição Inicial, no v. 1 deste *Curso*.
39. Ver, sobre o assunto, o capítulo sobre Competência, neste volume do *Curso*.

b) Qualificação das partes (art. 282, II, CPC), no intuito de evitar o processamento de pessoas incertas. De acordo com a Lei Federal n. 11.419/2006, que cuida da informatização dos processos judiciais, cumpre à parte, sempre que possível e desde que isso não dificulte o seu acesso à justiça, indicar, na qualificação, o número do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas (CPF ou CNPJ) junto à Secretaria da Receita Federal[40]; não há necessidade de nova qualificação quando se tratar de petição que deflagra a fase de execução.

c) Indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III, CPC), isto é, exposição da causa de pedir, assunto já visto.

d) Indicação da pretensão que se quer ver satisfeita (art. 282, IV, CPC), isto é, formulação do pedido, assunto também já visto.

e) Atribuição de valor à causa (art. 282, V, CPC), valendo-se dos parâmetros contidos no art. 259 do CPC; não há necessidade de atribuição de valor à causa quando se tratar de petição que deflagra a fase de execução.

f) Indicação das provas com que o exeqüente pretende demonstrar suas alegações de fato (art. 282, VI, CPC). Dadas as peculiaridades do processo autônomo de execução, a prova a ser produzida e cujo requerimento há de ser deduzido na petição inicial é a prova documental.

g) Requerimento para a citação do executado (art. 282, VII, CPC). No processo autônomo de execução, o executado é citado para cumprir a prestação de que é devedor, não para oferecer defesa. Assim o é porque a pretensão executiva se apóia na certeza do direito de prestação cuja efetivação se pede. Malgrado se admita o exercício do direito de defesa, trata-se de etapa meramente eventual (não-necessária) e que depende de provocação do executado.

A citação deve ser feita por oficial de justiça ou por edital, nos casos em que esta modalidade de citação ficta é admitida (v. art. 231, CPC). Por expressa disposição legal, não se admite, na execução, a citação por via postal (art. 222, "d", CPC), ressalva feita ao procedimento de execução fiscal, em que a regra é que a citação seja feita por via postal (art. 8.º, I, da LF 6.830/80). Em se tratando de processo eletrônico, admite-se também a citação por meio eletrônico (art. 9º, Lei n 11.419/2006).

No caso da petição que deflagra a fase de execução, deve-se requerer a *intimação*, não a citação, do executado.

h) Juntada dos documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 283, CPC). Consideram-se indispensáveis aqueles documentos que a lei expressamente exige para que a demanda seja proposta, bem como aqueles que se tornam indispensáveis porque o

40. Art. 15 da Lei n. 11.419/2006: "Salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, a parte deverá informar, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal".

exeqüente a eles se refere na sua petição inicial – respectivamente, documentos substanciais e fundamentais, segundo conhecida lição de Amaral Santos. A sua ausência implica a invalidade da petição inicial.

O art. 614 do CPC estabelece alguns documentos indispensáveis à propositura da demanda executiva.

O título executivo extrajudicial (art. 614, I, CPC). Vale observar que, até 2006, o inciso I exigia a juntada do título executivo, salvo se a execução se fundasse em sentença. A Lei Federal n. 11.382/2006 alterou a sua redação, passando a exigir a juntada do título executivo extrajudicial. Se a redação anterior era falha (eis que nem sempre a execução fundada em título judicial tinha por lastro uma *sentença*), a atual redação é ainda pior. Com efeito, casos há em que a execução se funda em título judicial e, nada obstante, é indispensável a juntada do documento. Isso ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que a demanda executiva assenta-se numa sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 475-N, II, CPC), numa sentença arbitral (art. 475-N, IV, CPC), numa sentença estrangeira, devidamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 475-N, VI, CPC), ou ainda no acórdão que julga procedente a revisão criminal (art. 630, CPP).

O demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa (art. 614, II, CPC). O demonstrativo do débito, ou memorial de cálculos, pode vir sob a forma de planilha, anexada à petição inicial, ou no próprio corpo da petição. Trata-se de documento que visa a esclarecer não só o montante perseguido como também os critérios e métodos utilizados para alcançá-lo. Por meio desse demonstrativo efetua-se o que denominamos de liquidação por cálculos do credor (art. 475-B, CPC), que é tipicamente uma modalidade de liquidação incidental[41]. Aplicam-se, pois, aqui, os §§ 1º a 4.º do art. 475-B do CPC.

A prova de que se verificou a condição ou de que ocorreu o termo de que trata o art. 572 do CPC (art. 614, III, CPC).

Segundo o art. 572 do CPC, "quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo". Assim, nos casos em que o dever representado no título está sujeito a condição ou termo, cabe ao exeqüente juntar, além do próprio título executivo, a prova da implementação da condição ou termo. O assunto será visto mais adiante, em item dedicado especificamente à discussão do art. 572 do CPC.

Prova do adimplemento da contraprestação (art. 615, IV, CPC). O inciso IV do art. 615 do CPC traz mais uma hipótese de documento considerado indispensável para a propositura da demanda executiva. se a prestação devida pelo executado depender do prévio cumprimento, pelo exeqüente, da contraprestação que lhe cabe, deve o exeqüente provar que adimpliu essa sua contraprestação, ou ainda provar que assegura o seu cumprimento, para, só então, exigir do devedor a sua prestação. Este dispositivo guarda íntima relação

41. Sobre o tema, ver item próprio, no capítulo sobre Liquidação, neste volume do *Curso*.

com o art. 582 do CPC, sobre o qual se falará mais adiante, neste mesmo capítulo, no item relativo ao inadimplemento. Conforme se verá, a execução de prestação que resulte de obrigações recíprocas e interdependentes depende não apenas da demonstração, pelo credor, do *inadimplemento do executado*, como também da demonstração do *adimplemento do exeqüente*[42]. Eis o porquê da exigência contida no inciso IV do art. 615 do CPC.

i) Há ainda outras providências que podem ser tomadas pelo exeqüente quando da elaboração/apresentação da sua petição inicial. Optamos por enumerá-las por último, porque não são providências que *necessariamente* precisam ser tomadas já nesse momento inicial do procedimento executivo; tudo vai depender da necessidade.

Ei-las:

(i) os arts. 475-J, §3º, e 652, §2º, ambos do CPC[43], autorizam que o credor de quantia indique, já no instrumento da sua demanda executiva, os bens do devedor a serem penhorados. Nota-se que, nesse particular aspecto, o sentido da reforma processual foi o de transformar a prerrogativa que antigamente o devedor tinha de nomear bens à penhora num direito subjetivo do credor de indicá-los – desde que, obviamente, os conheça. Desse modo, se o exeqüente já tem notícia de bens penhoráveis, pode indicá-los na própria petição inicial, mas também pode fazê-lo em momento posterior, através de petição simples, ou ainda informalmente, dirigindo-se ao oficial de justiça[44].

(ii) se o credor de quantia desconhece a existência de bens penhoráveis, pode requerer ao juízo, já na petição inicial, que requisite à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações acerca da existência de ativos em nome do executado, inclusive com possibilidade de torná-los indisponíveis desde já (art. 655-A, CPC). Trata-se de providência que pode, ou não, ser tomada nesse momento inicial, nada impedindo que o seja em momento posterior, já no curso do procedimento.

(iii) o art. 615 do CPC dispõe, no seu inciso II, que cumpre ao credor "requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, ou anticrético, ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto".

Como cediço, o penhor, a hipoteca e a anticrese constituem direitos reais de garantia sobre a coisa alheia, de modo que o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação garantida (art. 1.419, CC). Assim, o credor pignoratício e o credor hipotecário têm preferência na participação do produto da excussão da coisa dada em garantia (art. 1.422, Código Civil). Já o credor anticrético pode exercer sua preferência na participação do produto da excussão do bem dado em anticrese ou pode exercer, em face do eventual adquirente, o seu direito de retenção da coisa (art. 1.509, *caput* e §1º,

42. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., p. 170.
43. Art. 475-J. [...]. §3.º O exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. Art. 652. [...].§2.º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).
44. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 435.

Código Civil). Essas questões serão mais bem examinadas nos capítulo sobre penhora, entrega do dinheiro e arrematação.

A intimação do usufrutuário tem por objetivo abrir-lhe a oportunidade de adquirir a nua-propriedade, para consolidar de vez, em suas mãos, o domínio da coisa, ou, no mínimo, para que possa saber quem será o novo nu-proprietário, com quem manterá relação jurídica dali em diante[45].

Ao que parece, o art. 615, II, visa alcançar dois objetivos bem claros. Em primeiro lugar, busca assegurar àquele cujo crédito está garantido por penhor, hipoteca ou anticrese o direito de participar do procedimento em que o bem dado em garantia vier a ser eventualmente penhorado, a fim de que exerça a sua preferência quanto ao resultado pecuniário do produto da excussão do aludido bem ou, no caso da anticrese, a fim de que exerça o direito de retenção da coisa. E assim o é, porque a penhora, por outro credor, do bem dado em penhor, hipoteca ou anticrese autoriza que o credor com garantia real cobre antecipadamente o seu crédito (art. 333, II, Código Civil[46]). Em segundo lugar, a intimação do credor com garantia real ou do usufrutuário tem aí o condão de tornar eficaz eventual alienação da coisa penhorada, considerando que, segundo o art. 619 do CPC, "a alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado".

A intimação do credor com garantia real ou do usufrutuário somente é exigível, como se vê, quando o bem dado em garantia ou em usufruto for objeto de constrição judicial. Assim, o requerimento de intimação somente precisa ser formulado já na petição inicial se o exeqüente, desde então, indica à penhora um bem que sabe ter sido dado em garantia real ou em usufruto. Afora essa hipótese, o requerimento de intimação deve ser formulado no curso do procedimento, por meio de petição simples.

(iv) o art. 615, no inciso III, autoriza também que o exeqüente pleiteie a concessão das medidas acautelatórias que reputar urgentes. Trata-se, como se percebe, de dispositivo que autoriza a concessão de tutela cautelar no bojo do processo ou da fase de execução. Nesse caso, a providência pode ser tomada já na própria petição de ingresso ou em momento posterior, acaso a urgência surja apenas no curso do procedimento.

3.3. Controle e emenda da petição inicial

Uma vez recebida a petição inicial, cabe ao magistrado, antes de deferi-la e determinar a citação do executado, exercer sobre ela o juízo de admissibilidade, verificando se a peça satisfaz os requisitos de validade mencionados no tópico anterior.

---

45. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 6, t. 2, p. 644.
46. Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: [...] II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor.

Além de analisar os requisitos de validade da petição, deve o magistrado apreciar também a presença/ausência dos pressupostos e requisitos processuais e das condições da ação, além de poder, em situações específicas, apreciar o próprio mérito da postulação nela contida e indeferir a petição por improcedência *prima facie* da demanda. É o que se dá, por exemplo, quando o juiz reconhece já estar prescrita a pretensão executiva (art. 219, §5º, c/c art. 269, IV, CPC).

Desse modo, a petição inicial pode ser indeferida, total ou parcialmente, por duas ordens de motivos: *(i)* porque é formalmente inválida, seja em função de vício que lhe é intrínseco, seja em função de vício relativo aos pressupostos e requisitos processuais ou às condições da ação; ou *(ii)* porque a demanda nela contida é manifestamente improcedente. A diferença está em que, no primeiro caso, o indeferimento não implica análise de mérito, enquanto que, no segundo, o indeferimento implica a análise do mérito da pretensão executiva. Tudo isso é importante para se aferir a possibilidade de a decisão de indeferimento tornar-se indiscutível pela coisa julgada material[47].

De acordo com o art. 616 do CPC, "verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida". Tem-se aqui dispositivo semelhante ao art. 284 do CPC.

Importante ressaltar que o exeqüente possui direito subjetivo à emenda da inicial, nos casos em que ela apresente defeito ou irregularidade. Não pode, pois, o magistrado simplesmente indeferi-la sem antes abrir-lhe a oportunidade de consertá-la. Tem ele um *dever de prevenção*, que decorre diretamente do princípio da cooperação, por meio do qual deve o juiz alertar as partes sobre a existência de irregularidades ou falhas em seus pleitos, em seus argumentos, nas provas colacionadas aos autos ou em sua atuação de uma forma geral. A fora isso, a possibilidade de consertar a petição defeituosa é um efeito que se impõe a partir da regra do aproveitamento dos atos processuais.

Questão interessante trazida por Araken de Assis diz respeito à possibilidade de conversão do procedimento executivo eleito pela parte exeqüente. Segundo o autor, "nada impede que o credor, atendendo o comando do juiz e respeitado o princípio da demanda, altere o rito inicialmente proposto à demanda executória ajuizada [...]"[48]. Assim, por exemplo, ao executar um crédito alimentar, poderia o credor converter a execução por expropriação em execução por coerção pessoal (prisão civil), desde que atendidos os requisitos de admissibilidade desta última.

Concordamos com esta opinião. Araken de Assis, no entanto, entende não ser possível ao exeqüente buscar a conversão do procedimento nos casos em que houver necessidade de alterar a própria função processual – por exemplo, nos casos em que a

47. Sobre o assunto, ver o item sobre indeferimento da petição inicial, no capítulo sobre Petição inicial, v. 1 deste *Curso*, com considerações aplicáveis ao caso.

48. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 443.

demanda executiva tiver de converter-se numa demanda cognitiva[49]. Não nos parece que seja assim. Com efeito, se a demanda executiva já foi ajuizada, mas o juiz ainda não determinou a citação do executado, tampouco este último compareceu espontaneamente ao processo, não enxergamos qualquer impedimento à possibilidade de o exeqüente, emendando a sua inicial e adaptando-a às exigências dos arts. 282 e 283 do CPC, alterar o seu pedido e/ou a sua causa de pedir para tornar, por exemplo, cognitiva a demanda que outrora era executiva. Isso pode acontecer quando o credor imagina dispor de um título executivo e, após, se convence de que não o tem; por isso, resolve então buscar primeiramente a certificação, mediante processo cognitivo, do seu direito de crédito. Nesse caso, poderá aproveitar a demanda já ajuizada e emendar a petição inicial para adaptá-la à nova realidade. Dentre outras correções, pedirá que o juiz determine a citação do réu para apresentar, querendo, a sua contestação, além de formular o seu pedido de certificação do direito material afirmado.

Em síntese, temos o seguinte:

a) se a petição inicial estiver adequada, o magistrado proferirá então o seu juízo positivo de admissibilidade, determinando a citação do executado. Esse juízo de admissibilidade inicial é meramente provisório, no sentido de que o executado poderá, em sua eventual resposta, apontar a invalidade da petição inicial ou a improcedência da demanda nela contida. Não há preclusão da possibilidade de discutir a matéria para o executado, que ainda não havia ingressado na relação processual.

b) se a petição contiver vício sanável, tem o magistrado o dever de abrir prazo para que o exeqüente possa saná-lo. Devidamente emendada a petição inicial, o processo terá seu curso normal. Se a emenda não for feita, cabe ao juízo indeferir a petição, pondo fim ao procedimento sem análise de mérito, caso em que estará proferindo uma sentença contra a qual poderá o exeqüente interpor recurso de apelação. Aplica-se aqui, por força do art. 598 do CPC, o art. 296, também do CPC, que admite a possibilidade de o magistrado, à luz da apelação interposta, exercer juízo de retratação.

Por fim, é possível que a petição inicial seja apenas *parcialmente* indeferida – por exemplo, se o magistrado excluir do litígio apenas um dos litisconsortes executados, ou se o magistrado entender prescrita apenas uma das pretensões cumuladas. Nesse caso, ter-se-á uma decisão interlocutória, e não uma sentença[50]. Tal decisão interlocutória poderá, ou não, resolver (parcialmente) o mérito da demanda executiva, a depender do motivo do indeferimento: se calcado num vício formal da petição, não haverá resolução do mérito; se calcado na improcedência *prima facie* da demanda, haverá resolução parcial do mérito. O recurso cabível contra tal decisão será o agravo de instrumento.

---

49. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 444.
50. Dizemos isso com base no conceito de sentença e de decisão interlocutória que entendemos prevalecer no sistema processual atual. Sobre esse conceito, ver o capítulo sobre Teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.

4. EFEITOS DA LITISPENDÊNCIA EXECUTIVA

Segundo o art. 617 do CPC, "a propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219".

O art. 617 cuida, como se vê, de um efeito decorrente da deflagração da execução. A sua redação faz referência a "propositura da execução" e a "citação", razão por que a incidência do dispositivo está relacionada, a princípio, aos efeitos da deflagração da execução por meio de *processo autônomo*. Mas alguns desses efeitos podem perfeitamente ser observados nos casos em que a execução é buscada como *fase* de um processo já em curso. Não bastasse isso, deve-se ver que, embora trate expressamente apenas da interrupção da prescrição, há ainda outros efeitos que decorrem da incidência deste dispositivo combinado com outros artigos e que merecem referência.

Eis, em suma, quais são os efeitos da deflagração da execução. Alguns deles, conforme se verá, decorrem da propositura da demanda executiva, outros decorrem do despacho inicial do juiz e outros, por fim, decorrem da citação válida do executado.

a) Direito conferido ao credor de averbação da pendência da execução nos registros de bens do devedor.

Um dos efeitos da deflagração da execução, que decorre já da propositura da demanda executiva, é o direito que surge para o credor de, munido de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, proceder à averbação da pendência do processo junto ao registro de imóveis, ao registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto (art. 615-A, CPC). Trata-se de inovação trazida pela Lei Federal n. 11.382/2006 que tem por finalidade criar a presunção absoluta de que a alienação ou oneração posterior desses bens se fez em fraude à execução. Sobre o tema, remetemos à leitura de item específico no capítulo dedicado ao exame da boa-fé na execução.

b) Interrupção da prescrição.

Outro efeito diz respeito à interrupção da prescrição da pretensão executiva. Segundo o art. 617 do CPC, essa interrupção se dá com "a propositura da execução, deferida pelo juiz". Em outras palavras, a interrupção se dá quando o magistrado despacha nos autos, deferindo explícita ou implicitamente a inicial (juízo positivo de admissibilidade). A regra foi ratificada pelo art. 202, I, do CC, segundo o qual "a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á [...] por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual".

De acordo com o enunciado n. 150 da súmula do STF, "prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". Interrompida a prescrição pelo despacho inicial, entende-se que essa interrupção retroage à data da propositura da ação (art. 219, §1º, CPC,

aplicável aqui por força do art. 598, CPC)[51]. Para tanto, é necessário que o exeqüente promova a citação do executado nos dez dias subseqüentes ao despacho que a ordenar (art. 219, §5º, CPC).

> Conforme visto no v. 1 deste *Curso*, promover a citação significa, tão-somente, fornecer tantas cópias da inicial quantos forem os executados, indicar o endereço dos executados e arcar com o pagamento da diligência citatória, quando for o caso. Vale lembrar que a parte autora não pode ser prejudicada pela demora da citação do réu/executado quando esta demora não lhe for imputável (enunciado n. 106 da súmula do STJ[52]).

Em primeiro, fala-se em interrupção da prescrição quando se está diante de um processo autônomo de execução. Quando a execução é deflagrada como fase de um processo já em curso, não há que se falar em interrupção da prescrição como efeito da demanda executiva. Isso porque não há solução de continuidade entre a fase de conhecimento/certificação e a de execução/satisfação, na medida em que esta última sucede àquela numa mesma relação jurídica processual. Assim, interrompida a prescrição pelo despacho inicial que, ainda na fase cognitiva, determinara a citação do réu, o prazo prescricional somente volta a correr a partir do último ato praticado no processo (art. 202, p. único, CC).

Há, porém, uma ressalva. Há uma hipótese em que é possível falar em interrupção da prescrição decorrente da demanda executiva que instaura a fase de execução. Conforme se verá, toda execução comporta uma fase inicial, em que se defere ao devedor um prazo para cumprimento voluntário da prestação que lhe cabe, e uma fase posterior, em que se busca a execução forçada da prestação devida, acaso não ocorra o cumprimento voluntário. No caso de prestação de pagar quantia decorrente de título judicial, a deflagração da fase de execução forçada depende de requerimento do credor (art. 475-J, CPC). Sendo assim, passados os quinze dias para o cumprimento voluntário da obrigação e considerando que o prosseguimento da fase executiva depende aí de requerimento do credor, entendemos que, a partir do décimo sexto dia, volta a correr o prazo prescricional da pretensão executiva (prescrição intercorrente). Assim, fluindo o prazo de prescrição intercorrente, será ele interrompido pelo despacho que deferir o requerimento de instauração da fase de execução forçada. Sobre o assunto, contudo, voltaremos a falar mais adiante, no capítulo relativo aos atos iniciais da execução por quantia.

c) Prevenção.

A citação válida induz a prevenção do juízo em que ela se deu (art. 219 c/c art. 598, ambos do CPC). Mas este critério de prevenção somente vale para as causas conexas que

---

51. Sobre a data em que se considera proposta a ação, eis o que diz o art. 263 do CPC: **Art. 263.** Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.
52. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".

tramitam perante juízos que têm competência territorial distintas. Se têm a mesma competência territorial – p. ex., juízos que funcionem numa mesma comarca ou seção judiciária –, prevento é aquele que despachou em primeiro lugar (art. 106, CPC).

Assim, por exemplo, se estão em curso, em comarcas ou seções judiciárias distintas, uma ação declaratória de inexistência de obrigação de prestar e uma ação de execução que busque exatamente a satisfação dessa obrigação de prestar, prevento será o juízo em que se deu a primeira citação válida.

d) Litispendência.

A rigor, a litispendência é um efeito da própria propositura da ação executiva, ou do requerimento de execução, quando processada como fase de um processo já em curso. A partir do momento em que a ação é proposta ou o requerimento é formulado, já está pendente uma demanda executiva e, pois, já há litispendência. Desse modo, não pode o exeqüente, pendente a sua demanda executiva, formular uma outra idêntica, perante o mesmo ou outro juízo, sob pena de a segunda demanda ser extinta por litispendência (art. 267, V, CPC). Sucede que essa litispendência somente opera efeitos em relação ao executado a partir de quando ele é validamente citado (art. 219 c/c art. 598, ambos do CPC).

É necessário atentar para o fato de que a formulação da demanda executiva, nos casos em que a execução se desenvolve como fase de um processo já em curso, dá origem a uma nova litispendência, que se distingue daquela decorrente da formulação da precedente demanda cognitiva. Assim, a propositura da execução de sentença – ou o requerimento do seu cumprimento – instaura uma nova litispendência, que irá produzir novos efeitos. Até então, o litígio pendente tinha um objeto: a certificação de um direito subjetivo afirmado; a partir da demanda executiva, o litígio pendente passa a ter um novo objeto: a satisfação de um direito subjetivo certificado. É por esta razão que, se o processo já estiver em fase de execução, a eventual repetição, num outro processo, dos termos da demanda cognitiva – isto é, da demanda que deflagrara a fase cognitiva do procedimento – ensejará a extinção desse segundo processo em razão da objeção da coisa julgada material, e não da litispendência.

e) Litigiosidade do objeto.

Também a litigiosidade do objeto é um efeito da própria propositura da ação executiva, ou do requerimento de execução, quando processada como fase de um processo já em curso. Proposta a execução (por petição inicial ou simples requerimento), já é litigioso o seu objeto, ao menos em relação ao autor. Assim, se o exeqüente resolver ceder o crédito de que é titular a um terceiro – o que se afigura juridicamente possível –, não perderá a legitimidade para continuar demandando em juízo (art. 42, CPC). Nada impede, porém, que o credor originário seja sucedido processualmente pelo cessionário (art. 567, II, CPC), mas para que isso ocorra é necessário o consentimento da parte contrária (art. 42, §1º, CPC). Não havendo o consentimento, poderá o cessionário intervir na execução na condição de assistente litisconsorcial (art. 42, §2º, CPC).

Para o réu, contudo, a litigiosidade do objeto é conseqüência da sua citação válida (art. 219 c/c art. 598, ambos do CPC).

f) Indisponibilidade patrimonial relativa.

Outro efeito da citação válida no processo autônomo de execução é a indisponibilidade relativa do patrimônio do devedor. Uma vez citado o executado para responder por demanda executiva capaz de reduzi-lo à insolvência, a alienação ou oneração de bens é considerada como fraude à execução (art. 593, I, CPC).

É necessário distinguir a alienação do direito litigioso da alienação dos bens que compõem o patrimônio do devedor e, pois, estão sujeitos aos atos executivos[53]. Já se viu que um dos efeitos da citação válida no processo autônomo de execução é o de tornar litigiosa a coisa ou o direito objeto da pretensão executiva, de modo que a sua alienação é ineficaz em relação ao processo. O que aqui se tem é diferente: impede-se, embora não absolutamente, a alienação ou oneração de bens que compõem o patrimônio do devedor, se os atos de disposição forem capazes de reduzir o devedor à insolvência.

A hipótese se distingue da alienação de coisa litigiosa, mencionada linhas atrás e examinada no v. I deste *Curso*, porque aqui não se faz referência à indisponibilidade do bem que é objeto do litígio (por exemplo, a coisa cuja entrega se persegue), mas sim dos bens que compõem o patrimônio do devedor e que respondem pelas suas dívidas pecuniárias. Noutros termos, temos o seguinte: *(a)* se o devedor aliena o bem objeto do litígio (por exemplo, a coisa que o credor pretende receber), o caso é de alienação de coisa litigiosa; *(b)* se essa coisa é perseguida com fundamento em direito real, além de alienação de coisa litigiosa, há aí também fraude à execução (art. 593, I, CPC); *(c)* se, no entanto, o objeto do litígio é o pagamento de quantia (execução para pagamento de quantia) e o devedor aliena ou onera bens que compõem o seu patrimônio, de modo a tornar-se insolvente, tem-se aí fraude à execução, sem alienação de coisa litigiosa. Todas essas situações serão esmiuçadas no capítulo sobre a boa-fé na execução.

Desse modo, a citação válida no processo autônomo de execução torna relativamente indisponíveis os bens do devedor cuja alienação ou oneração seja capaz de reduzi-lo a insolvência. Diz-se que a indisponibilidade é relativa porque os atos de disposição são ineficazes apenas em relação ao processo executivo, embora sejam válidos e eficazes em relação ao terceiro que tenha participado do negócio. Nesse caso, a alienação ou oneração constitui fraude à execução[54].

g) Constituição em mora.

Um dos efeitos da citação válida na fase cognitiva do procedimento é que ela constitui o devedor em mora. Ele se aplica nos casos de mora *ex persona*, quando não houve nenhum ato anterior de constituição em mora.

> Mora é o retardamento ou imperfeito cumprimento da obrigação. A mora *ex persona* ocorre quando a obrigação não tiver data fixada para o seu cumprimento, dependendo de providência do credor. Para que se constitua em mora o devedor,

53. Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 439.
54. Sobre o instituto de fraude à execução, ver o capítulo sobre a boa-fé na execução.

é necessário a notificação, interpelação ou protesto (art. 397, p. único, CC). Distingue-se da mora *ex re*, que se constitui independentemente de qualquer ato de notificação, interpelação ou protesto do credor. Ocorre a mora *ex re* quando: *(i)* a obrigação descumprida é positiva (dar e fazer), líquida (valor certo) e tem data fixada para o seu cumprimento, desde o implemento desta data; *(ii)* a obrigação descumprida é negativa (não fazer), desde o dia em que for executado o ato cuja abstenção se exigia (art. 390, CC), *(iii)* há prática de ato ilícito, desde o momento em que foi ele praticado (art. 398, CC).

Este efeito, contudo, não se aplica aqui. Isso porque, conforme se verá mais amiúde, um dos pressupostos de fato para que a demanda executiva seja deflagrada é o inadimplemento do devedor. Desse modo, o inadimplemento há de ser, necessariamente, *anterior* à deflagração da demanda executiva, sob pena de ser ela inadmissível[55].

h) Direito potestativo do executado ao parcelamento da dívida exeqüenda.

O art. 745-A do CPC[56], acrescentado pela Lei Federal n. 11.382/2006, confere ao executado o direito potestativo ao parcelamento da dívida pecuniária exeqüenda. Note que se trata de um direito que surge a partir da litispendência executiva. Como os efeitos da litispendência executiva somente se produzem para o executado a partir de sua citação, o parcelamento constitui um direito potestativo que nasce a partir da citação no procedimento executivo. Aplica-se ele tão-somente à execução para pagamento de quantia fundada em título executivo extrajudicial. Voltaremos ao assunto no capítulo referente às defesas do executado.

5. REQUISITOS GERAIS PARA A DEFLAGRAÇÃO DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO

5.1. Introdução

Além de ter que atender, genericamente, aos pressupostos de existência, aos requisitos de admissibilidade e às condições da ação, a deflagração do procedimento executivo depende da observância de dois requisitos específicos, a saber: *a)* a apresentação de um título executivo a partir do qual se possa aferir a existência de um direito a uma prestação líquida, certa e exigível; *b)* a afirmação, pelo exeqüente, de que houve inadimplemento do executado quanto ao dever jurídico que é correlato a esse direito de prestação. Daí a previsão normativa contida no Capítulo III do Título I do Livro II do Código de Processo Civil, que cuida "dos requisitos necessários para realizar qualquer execução".

---

55. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, cit., p. 439; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 415.
56. Art. 745-A do CPC: "No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês".

Esses são os requisitos específicos de admissibilidade de todo e qualquer procedimento executivo. A não apresentação do título executivo ou a não afirmação de que houve inadimplemento enseja a inadmissibilidade do procedimento.

5.2. Título executivo

O Código de Processo Civil faz alusão ao *título executivo* como requisito necessário para realizar qualquer execução. O título executivo é o documento indispensável à propositura da demanda; é requisito da petição inicial da ação executiva. É o documento que a lei exige para que se possa instaurar o procedimento executivo. É um requisito de admissibilidade específico do procedimento executivo.

A falta de título executivo implica, sem dúvida, inadmissibilidade do procedimento executivo, em razão de defeito do instrumento da demanda, assim como a falta de documento indispensável à propositura da ação pode ensejar indeferimento da petição inicial (art. 282 c/c art. 284 do CPC). O título executivo serve como meio de prova da existência das condições da ação: é por ele que se comprovam a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Assim, para que o mérito da pretensão executiva seja apreciado, é necessário que, dentre outras coisas, seja providenciada a juntada do título executivo. Saber se a pretensão executiva deve ser julgada procedente ou improcedente já é um outro passo. Para tanto, é necessário analisar o título e verificar se, efetivamente, ele espelha um direito de prestação líquido, certo e exigível.

Vale a pena insistir na distinção, porque deveras importante: a *juntada* do título executivo (documento que, em tese, representa um direito de prestação líquido, certo e exigível) é um requisito de admissibilidade do procedimento; verificar se esse título, de fato, representa um direito de prestação líquido, certo e exigível, aí já é questão de mérito.

> Em princípio, não se deve aceitar a execução fundada numa mera cópia do *título de crédito*. Isso porque o original pode ter sido endossado, tendo o crédito sido transferido a outrem. Executar o título de crédito com base na cópia pode acarretar o risco de o devedor ser executado várias vezes com base no mesmo título: o credor originário executa-o com base na cópia e o credor atual (endossatário) promove execução com base no original, acarretando o risco de mais de uma execução relativamente ao mesmo crédito, em manifesto prejuízo ao devedor. Há, contudo, o risco de extravio ou de o título ser subtraído dos autos, não havendo mais título, o que acarretaria a impossibilidade de prosseguimento da execução, em flagrante prejuízo ao credor.
>
> Para conciliar esses problemas e evitar prejuízo tanto ao credor como ao devedor, a solução é aceitar a execução com base na cópia da cártula, desde que o exeqüente demonstre que o original não está circulando, nem houve endosso ou transferência do crédito a outrem. O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre título executivo.

Teceremos mais considerações sobre o título executivo em capítulo próprio, a cuja leitura ora se faz remissão.

5.3. Afirmação do inadimplemento (arts. 580 a 582, CPC)

5.3.1. Conceito de inadimplemento e classificação

Há *inadimplemento* sempre que o devedor deixa de cumprir um dever jurídico, seja ele convencionado, legal ou estabelecido numa decisão judicial. Inadimplemento, em sentido amplo, é sinônimo de *inexecução de um dever jurídico.*

O inadimplemento pode ser *imputável* ou *inimputável* ao devedor:

a) Diz-se *imputável* o inadimplemento cujas consequências podem ser atribuídas ao devedor. Pode ser que essa imputabilidade *(i)* decorra de ter ele agido com culpa em sentido amplo (negligência, imprudência ou imperícia), caso em que o inadimplemento é imputável por ter sido culposo – também chamado de *inadimplemento subjetivamente imputável* –, *(ii)* ou decorra de uma imposição da norma jurídica, caso em que o inadimplemento é imputável nada obstante a ausência de culpa do devedor – também conhecido como *inadimplemento objetivamente imputável*; exemplo desse último é o que se dá nas hipóteses em que a inexecução decorre de fato alheio e não imputável ao devedor, como o caso fortuito ou a força maior, mas, ao tempo do evento alheio à sua vontade, já estava ele em mora (art. 399, CC[57]), ou se o sujeito expressamente se responsabilizou por arcar com as conseqüências do caso fortuito ou da força maior (art. 393, CC[58]).

b) Diz-se *inimputável* o inadimplemento cujas consequências não podem ser atribuídas ao devedor; isso normalmente ocorre nos casos em que *(i)* não agiu ele com culpa e *(ii)* não há norma jurídica que lhe atribua qualquer responsabilidade.

O inadimplemento também pode ser *absoluto* ou *relativo.*

a) É absoluto quando a inexecução do dever jurídico torna a prestação material ou juridicamente impossível, ou ainda a torna inútil para o credor.

Há impossibilidade material da prestação quando, por exemplo, a coisa que deveria ser entregue se deteriorou ou se perdeu.

Há impossibilidade jurídica da prestação quando, por exemplo, o fazer convencionado – fornecimento de determinados medicamentos – se tornou ilícito em virtude de superveniência de lei que determinou a retirada daqueles medicamentos de circulação comercial.

Há inutilidade da prestação quando, por exemplo, o cumprimento tardio do dever jurídico deixa de ser objetivamente interessante para o credor.

b) O inadimplemento é relativo quando, a despeito do retardamento ou do cumprimento imperfeito do dever jurídico, ainda é possível e útil a prestação. O inadimplemento

---

57. Art. 399 do Código Civil: "O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".
58. Art. 393 do Código Civil: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado".

relativo normalmente decorre da mora do devedor, embora com ela não se confunda, vez que, para a caracterização da mora, é irrelevante verificar se ela resultou na impossibilidade ou inutilidade da prestação; afora isso, é possível também cogitar de mora do credor (art. 394, CC[59]).”

A importância de distinguir entre inadimplemento *absoluto* e inadimplemento *relativo* está em que, se o objeto da prestação for um fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro e ainda houver possibilidade/utilidade de cumprimento da prestação, o credor tem o direito subjetivo a que esse cumprimento se dê na forma específica (art. 461, CPC). Em outras palavras, pode ele, credor, manejar execução buscando alcançar o próprio fazer, não fazer ou a coisa pretendida. Assim, somente o inadimplemento absoluto ou a vontade do credor podem dar ensejo à conversão dessas prestações em perdas e danos (art. 461, §1º, CPC).

Por fim, é preciso dizer que as classificações acima apontadas podem ser entrecruzadas. Assim, é possível que o inadimplemento absoluto seja culposo ou fortuito, o mesmo valendo para o inadimplemento relativo.

5.3.2. Inadimplemento e interesse de agir

Para que o procedimento executivo, qualquer que seja ele, seja admissível e tenha prosseguimento, é necessário que o exeqüente, no instrumento da sua demanda executiva – petição inicial ou petição simples – *afirme* que houve inadimplemento por parte do executado. Daí se dizer que a *afirmação* do inadimplemento é requisito de admissibilidade do procedimento executivo[60].

A princípio, não é necessário demonstrá-lo, até porque isso nem sempre é possível, já que, normalmente, o inadimplemento constitui uma conduta omissiva do devedor (não fazer, não entregar a coisa, não pagar), o que torna difícil a prova documental dessa alegação de fato.

Quando se tratar, porém, de inadimplemento perpetrado por ato/conduta comissivo do devedor (por exemplo, o devedor praticou o ato em relação ao qual tinha o dever jurídico de abster-se), além da afirmação do inadimplemento, cabe ao exeqüente a sua demonstração, porque aí é seu o ônus da prova.

Mas isso não desnatura o que já se disse anteriormente: a *afirmação* do inadimplemento, comissivo ou omissivo, é que é um dos requisitos específicos de admissibilidade do procedimento executivo; a *demonstração* do inadimplemento é questão de mérito.

Como normalmente o inadimplemento constitui um ato/conduta omissivo do devedor, é natural que a discussão sobre essa questão de mérito somente surja em sede de defesa do executado, onde se invoca a objeção de pagamento direto ou qualquer das exceções

---

59. Art. 394 do Código Civil: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.
60. Ver, nesse sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 2ª ed., cit., p. 149.

de pagamento indireto. Nesse caso, porém, por se tratar de fato novo invocado pelo executado, cabe a ele o ônus da prova.

É a afirmação do inadimplemento que impulsiona o interesse de agir do exeqüente. Se não há afirmação do inadimplemento, entende-se que falta interesse de agir ao exeqüente, que não tem necessidade de ir a juízo para provocar a atividade jurisdicional executiva[61]. Com isso, *não se está dizendo que o inadimplemento é condição da demanda executiva.* Está-se dizendo apenas que o interesse de agir é impulsionado pela *afirmação* do inadimplemento; se há, ou não, efetivo inadimplemento, isso já é questão de mérito.

> Corretas as palavras de Teori Zavascki, para quem "o inadimplemento, na verdade, é instituto jurídico do domínio do direito material e o questionamento a seu respeito integra o objeto litigioso da ação executiva, ou seja, o seu próprio mérito. Inadimplemento não é condição da ação de execução, mas condição para realizar legitimamente os atos executivos, ou, em outras palavras, condição para uma ação executiva *procedente*".[62]

Estabelece o art. 580 do CPC que "a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo". O legislador utiliza a expressão "obrigação" num sentido amplo, pretendendo referir-se a "dever jurídico". Afora isso, é necessário compreender exatamente os termos do aludido dispositivo: a não satisfação do dever jurídico, que corresponde ao inadimplemento, é pressuposto de fato para o acolhimento, no mérito, da pretensão executiva (não o único, é bem verdade, mas é um dos pressupostos para tanto). A possibilidade de instauração do procedimento executivo, tal como se vem dizendo, independe do inadimplemento (não satisfação do dever jurídico); depende, sim, da afirmação do inadimplemento.

5.3.3. Inadimplemento e exigibilidade

Inadimplemento e exigibilidade do direito de prestação são coisas inconfundíveis. A exigibilidade constitui uma das qualidades de que se deve revestir o direito a uma prestação para que possa lastrear a demanda executiva. Além de *certo* e *líquido* (com objeto prestacional determinado quanto à qualidade e à quantidade), o direito a uma prestação deve ser também *exigível*, ou seja, deve estar livre de qualquer condição ou termo que impeça a sua plena eficácia e, pois, o seu pleno exercício[63]. Somente quando o direito de prestação é exigível é que se pode falar em adimplemento ou inadimplemento.

Disso é possível extrair duas conclusões: *(i)* a exigibilidade é um atributo inerente ao direito de prestação, enquanto que o adimplemento/inadimplemento lhe é externo (um

---

61. Segundo Liebman, "só em presença dessa situação [o inadimplemento] é que surgem a razão de ser e o interesse prático da execução" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 264). Acrescentamos a informação entre colchetes.
62. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 160.
63. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 2ª ed., cit., p. 150.

modo de ser do direito, como afirma CARNELUTTI[64]); *(ii)* a exigibilidade precede o inadimplemento, de sorte que, para que se possa afirmar que não houve pagamento, é necessário que se avalie se o direito de prestação já era, antes disso, exigível, ou não. Somente se poderá falar em inadimplemento se o direito de prestação era exigível. A exigibilidade é uma *situação jurídica*, o inadimplemento é um *fato*.

Essas noções são fundamentais para que se possa entender o que ocorre nos casos em que exeqüente e executado têm deveres recíprocos e interdependentes ou em que o dever jurídico cuja satisfação se pretende alcançar está, ou estava, sujeito a termo ou condição. É o que se verá nos próximos itens.

5.3.4. Inadimplemento e a existência de deveres recíprocos (art. 582, CPC)

De acordo com o *caput* do art. 582, "em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta".

Como se percebe, o referido dispositivo cuida da hipótese em que, sendo recíprocos e interdependentes os deveres de parte a parte, uma delas, dizendo-se credora, vem a juízo para exigir o cumprimento do dever da outra. Em casos tais, se o exequente não cumpriu a sua própria prestação, ou se a cumpriu de modo imperfeito, poderá o executado, invocando a *exceção substancial de contrato não cumprido*, recusar-se ao adimplemento.

Eis, na sistematização de TEORI ZAVASCKI, o substrato fático necessário para que incida a hipótese normativa contida no art. 582:

> "Para que se opere a hipótese do dispositivo é indispensável a configuração de situação jurídica com as seguintes peculiaridades: (a) que o credor-exeqüente seja devedor de prestação recíproca e simultânea à do devedor-executado (se a prestação do exeqüente for sucessiva, isto é, exigível *após* ter havido a prestação do executado, é certo que o art. 582 não incide); (b) que o exeqüente não tenha cumprido a sua prestação; (c) que o executado tenha oferecido, por meios 'idôneos', a prestação que lhe toca, ou seja, que se disponha a cumprir sua parte de modo integral e adequado; e (d) que o exeqüente recuse, sem motivo justificado, a oferta do executado".[65]

Para entender o art. 582 do CPC, é fundamental compreender o que é uma exceção substancial.

Pode-se definir a exceção substancial, segundo a lição de ANDRÉ FONTES, como o "meio autônomo com que se tende a neutralizar a pretensão, mas não destruí-la"[66]. É uma espécie de contradireito de que o sujeito passivo de uma relação jurídica (que, no processo,

64. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, n. 191, p. 307.
65. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 169.
66. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 49-50.

costuma ser o réu/executado) dispõe em face do sujeito ativo de uma relação jurídica (que, no processo, costuma ser o autor/exeqüente), que tem aptidão para impedir ou retardar a eficácia da sua pretensão. As exceções substanciais são sempre defesas indiretas, ou seja, com elas não se negam os fatos afirmados pelo autor/exeqüente para fundar sua pretensão, nem as conseqüências jurídicas extraídas; traz-se fato novo apto a neutralizar sua eficácia.

As exceções substanciais podem ser peremptórias ou dilatórias: *peremptória* é a exceção cujo acolhimento impede os efeitos da pretensão do autor (por exemplo, a prescrição); *dilatória* é a exceção cujo acolhimento apenas retarda esses efeitos (por exemplo, a exceção do contrato não cumprido e o direito de retenção)."

O art. 582 do CPC, embora não trate especificamente da *exceção substancial de contrato não cumprido* (arts. 476-477, CC[67]) – que é uma exceção substancial dilatória –, cuida da possibilidade de o executado invocá-la contra a pretensão executiva do credor, nos casos em que a relação jurídica material envolve prestações recíprocas e interdependentes e o credor/exeqüente não cumpriu a sua própria prestação, quando deveria tê-lo feito em primeiro lugar ou, pelo menos, simultaneamente à prestação do executado, ou mesmo quando o adimplemento da prestação que cabia ao credor/exeqüente foi parcial ou defeituoso[68].

> Eis a advertência de TEORI ZAVASCKI: "Ao mencionar a figura do 'contraente' o dispositivo induz a suposição de que a referida interdependência decorre de contrato. Realmente, é em atos negociais que, geralmente, se estabelecem obrigações com aquelas características. Todavia, elas podem surgir também de situação jurídica sem natureza contratual, como no caso do possuidor de boa-fé que tem direito de retenção por benfeitorias"[69]. De todo modo, a possibilidade de o executado alegar o direito de retenção, que também é uma exceção substancial dilatória tal como a exceção do contrato não cumprido, já consta do art. 745, IV, do CPC.
>
> Importante também a advertência de PONTES DE MIRANDA: "As regras jurídicas do art. 582 e parágrafo único apenas se referem a processo de execução, seja sentencial, seja extrajudicial o título executivo"[70].

---

67. Art. 476 do Código Civil: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". Art. 477 do Código Civil: "Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la".
68. Admitindo essa possibilidade, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 296 e seguintes. Trata-se da chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, que nada mais é que uma outra face da *exceptio non adimpleti contractus*, da qual substancialmente não difere (p. 303). Ela pode ser utilizada em caso de adimplemento parcial ou defeituoso por parte do credor/demandante e desde que o excipiente não tenha aceitado a prestação, ainda que parcial ou defeituosa, como pagamento. Também nesse sentido: ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*: conceito e fundamento. Coimbra: Almedina, 1986, p. 92 e seguintes.
69. ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 166-167.
70. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 148.

> De fato, conquanto o dispositivo faça referência a "contraente" e a "obrigação", dando a entender que somente se aplica no campo do direito obrigacional, parece possível a sua aplicação também às execuções fundadas em título executivo judicial, quando a relação jurídica material sobre a qual recaiu a decisão envolve prestações recíprocas e interdependentes. É o que se dá, por exemplo, quando a decisão judicial, esquadrinhando o modo de ser de um determinado compromisso de compra e venda de imóvel, declara que o réu deve providenciar a liberação de crédito de financiamento imobiliário junto ao agente financeiro, transferindo-o ao autor, e que este deve, antes disso, providenciar a apresentação, para o agente financeiro, de documentos que estão em seu poder a fim de que o referido crédito possa ser liberado. Neste caso, há certificação de prestações recíprocas e interdependentes, de modo que, se o autor, antes de cumprir o seu próprio dever (exibição dos documentos que estão em seu poder), for cobrar do réu o cumprimento da prestação que lhe cabe, poderá este último invocar, com base no art. 582 do CPC, exceção substancial dilatória que justifique/legitime o seu inadimplemento.

Segundo SERPA LOPES, a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), ou simplesmente a exceção de inadimplemento, "paralisa a ação do autor ante a alegação do réu de não ter recebido a contraprestação que lhe é devida, estando o cumprimento de sua obrigação, a seu turno, dependente do adimplemento da prestação do demandante"[71]. Ela constitui uma exceção substancial porque, por ela, se busca apenas neutralizar a pretensão do demandante/exeqüente, encobrindo a sua eficácia, sem, contudo, negar o direito em que essa pretensão se funda. Trata-se de exceção substancial dilatória, porque o seu acolhimento implica tão-somente o retardamento do cumprimento da prestação devida pelo excipiente/executado, e não a sua liberação.

Em outros termos, o que se tem é que o direito invocado pelo demandante/exeqüente é certo, líquido, exigível e, por isso mesmo, pode ser cobrado. O demandado/executado, no entanto, por não ter recebido ainda a prestação devida pelo demandante/exeqüente ou por ter sido ruim ou defeituoso o adimplemento, pode, legitimamente, recusar-se a cumprir a sua própria prestação, ao menos até que o demandante/exeqüente tenha adimplido o seu dever.

Segundo TEORI ZAVASCKI, "o art. 582 do CPC parte do pressuposto de que a exigibilidade da contraprestação devida pelo executado somente ocorrerá *se* e *quando* houver a entrega da prestação que cabe ao exeqüente. Antes disso, não sendo exigível sua contraprestação, não há falar-se em inadimplemento. E, sem inadimplemento, não se pode realizar a execução"[72].

Na verdade, a exceção de inadimplemento só tem razão de ser se a prestação devida pelo executado *já for exigível*[73]. Para que seja exigível o direito, vale lembrar, basta que

---

71. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 135.
72. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 168.
73. Segundo Araken de Assis, "A exceção de inadimplemento supõe que a prestação e a contraprestação sejam exigíveis" (ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 671).

esteja ele livre de qualquer condição ou termo que impeça a sua plena eficácia e, pois, o pleno exercício da pretensão. Assim, independentemente de o exeqüente ter cumprido, ou não, a sua própria prestação, se o direito é plenamente eficaz, ele é exigível. Se o direito do exeqüente não for ainda exigível – porque, por exemplo, a dívida cobrada ainda não venceu –, o principal argumento do executado contra a pretensão executiva do autor não será a exceção de inadimplemento, mas sim a ausência de exigibilidade e, pois, a irrelevância acerca da questão do adimplemento/inadimplemento[74]. Com base neste fundamento, poderá pleitear a improcedência da demanda executiva.

Se já há exigibilidade, então o executado se encontra, sim, em estado de inadimplência. A peculiaridade é que, uma vez cobrado, o executado pode, legitimamente, recusar-se a cumprir a sua própria prestação, até que o exeqüente cumpra a dele. A *exceptio non adimpleti contractus*, desde que acolhida, legitima, pois, esse estado de inadimplência[75], impedindo que ele gere efeitos jurídicos em relação ao executado (por exemplo, a mora e seus consectários, a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa, ainda que isso se dê em decorrência de caso fortuito ou força maior etc.).

> "É pois", diz José João Abrantes, "uma *causa justificativa de incumprimento das obrigações*, que se traduz numa simples recusa provisória de cumprir a sua obrigação por parte de quem a alega. O excipiente apenas se opõe à exigência de cumprimento da sua obrigação feita pelo outro contraente, enquanto este não realizar ou não oferecer a realização simultânea da contraprestação a que, por seu turno, está adstrito. Limita-se à recusa da sua prestação enquanto se mantiver a situação de recusa de cumprir por parte do outro contraente"[76].

O principal efeito do acolhimento da exceção do contrato não cumprido é, pois, a *suspensão da exigibilidade da prestação devida pelo executado*[77]. Em outras palavras, a prestação, que até então era *exigível*, deixa de sê-lo em decorrência do acolhimento da exceção de inadimplemento. Eis o principal efeito jurídico da *exceção de contrato não cumprido*.

Saber que o direito do exeqüente já é exigível e que o executado se encontra em estado de inadimplência não é apenas uma firula técnica. Esse detalhe tem relevância prática. Isso porque, se o executado não opuser a exceção do contrato não cumprido no momento oportuno (por exemplo, em seus embargos de executado), não poderá mais fazê-lo, porque preclusa estará a matéria[78]. Sendo assim, por não se ter valido da exceção substancial, o estado de inadimplência do executado se torna injustificado, razão por que o

---

74. Nada obsta, porém, que, com base no princípio da eventualidade (art. 300, CPC), o executado traga o argumento subsidiário da exceção do contrato não cumprido, para a hipótese de a dívida vencer no curso do procedimento. Conferir, a propósito, ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, cit., p. 675.
75. MORENO, María Cruz. *La 'exceptio non adimpleti contractus'*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 90.
76. ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 128.
77. ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 127.
78. Segundo Pontes de Miranda, "do conceito de exceção é ineliminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la. A vontade do titular do direito de exceção é que pode cobrir a eficácia do direito, da

procedimento deve prosseguir a fim de que se tenha a execução forçada do seu dever. Ou seja: o executado perde, então, a oportunidade de retardar, legitimamente, o cumprimento da sua própria prestação.

> "O nosso meio de defesa é uma verdadeira excepção; é um *contra-direito* que o réu *pode* fazer valer, paralisando a demanda do outro contraente; o seu efeito é tornar ineficaz a pretensão deste outro contraente – *pretensão que vale por si só*. [...] O demandado tem um *direito subjectivo* ao cumprimento simultâneo, direito esse que é *disponível*, ou seja, que está na sua disponibilidade exercer ou não. Ele pode renunciar tacitamente à faculdade de exigir tal simultaneidade de cumprimento, não alegando a excepção. [...] Se não a alegar, o juíz não pode substituir-se-lhe oficiosamente. Daí deriva, por exemplo, que o réu pode ser condenado, ainda que o autor não tenha cumprido"[79].

Se fosse outra a premissa – a de que o direito do exeqüente seria inexigível e, pois, o executado não seria, ainda, inadimplente –, decerto que a ausência da exceção de inadimplemento não permitiria que a execução prosseguisse, visto que, sendo inexigível o crédito, haveria de ser julgada improcedente a pretensão executiva. Mas não é este o caso.

Resta saber como se desenvolve o procedimento em que há alegação de exceção de contrato não cumprido.

Ao ajuizar a sua demanda executiva, o exeqüente precisa, pelo menos, *afirmar* o inadimplemento do executado. Trata-se, como já se viu, de requisito de admissibilidade do procedimento executivo. Mas é necessário ir além. Ele precisa também afirmar e demonstrar, documentalmente, que adimpliu a sua própria prestação (art. 615, IV, CPC). A ausência deste documento é, segundo o legislador, causa de inadmissibilidade da demanda executiva, acaso o vício não seja sanado a tempo (art. 616, CPC).

A despeito do que dizem os arts. 615, IV, e 616, do CPC, parece-nos que a ausência de documento que comprove o adimplemento da prestação devida pelo exeqüente *não tem aptidão para ensejar a inadmissibilidade da demanda executiva*. É necessário analisar a lei processual em consonância com a regra de direito material a que ela serve de instrumento.

Conforme já se viu, a exceção de contrato não cumprido a que se refere o art. 582 do CPC é um contradireito de recusa que pode, ou não, ser exercido pelo executado. Porque inserido em sua esfera de disponibilidade, o demandado pode perfeitamente optar por não exercê-lo no processo. E se assim o fizer, quer deliberadamente, quer por desídia, a sua conduta não poderá ser suprida por atuação oficiosa do juiz.

É dizer: o magistrado não pode, de ofício, exercer a exceção substancial em nome do executado. Se não pode conhecer dessa matéria de ofício, não faz sentido que possa ele indeferir a petição inicial em razão de o exeqüente não ter provado que cumprira a

---

pretensão, da ação ou da exceção de quem vai contra êle" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 11).

79. ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 149. O itálico consta do original.

prestação que lhe cabia; somente se o executado suscitar a exceção de inadimplemento é que, então, o exeqüente, chamado a manifestar-se sobre o assunto, terá o ônus de provar o adimplemento da sua prestação – salvo se se tratar de prestação negativa (não-fazer), caso em que o ônus da prova do adimplemento caberá ao executado. Se o executado não suscitar a referida exceção, haverá preclusão da matéria e, pois, tornar-se-á irrelevante e indiferente à seqüência do procedimento executivo a apresentação, pelo exeqüente, de prova do seu adimplemento.

> Nesse sentido, ARAKEN DE ASSIS ensina que, diante dessas considerações, duas são as conclusões a que se pode chegar: "(*a*) a exceção constitui assunto confiado à disposição dos contratantes, nada obrigando o executado a alegá-la; (*b*) o art. 615, IV, é uma regra acerca do ônus da prova. Portanto, abrindo o órgão judiciário o prazo do art. 616, o que só beneficia o exeqüente, jamais poderá indeferir a petição inicial da execução. [...] Em síntese, malgrado o ônus instituído no art. 615, IV, o regime legal permite e conduz à citação do executado. E a razão consiste no fato de que não é dado ao juiz conhecer de ofício a exceção de inadimplemento"[80].

Em suma, a prova documental do adimplemento da prestação cabível ao exeqüente, nos termos dos arts. 615, IV, e 582, ambos do CPC, não é e nem pode ser vista como um requisito de admissibilidade da demanda executiva. A se pensar assim, está-se colocando em pauta, já no início do procedimento e no âmbito da esfera de atuação oficiosa do juiz, uma questão que, segundo as regras de direito material, só poderia ser discutida por provocação do executado/excipiente.

Uma vez citado/intimado, o executado pode: *(a)* alegar, em sede de defesa (impugnação ou embargos de devedor), a exceção substancial de que fala o art. 582 do CPC, seja para afirmar o inadimplemento, seja para afirmar o adimplemento ruim/defeituoso por parte do exeqüente – segundo dispõe o art. 743, IV, do CPC[81], ela se enquadra na hipótese de "excesso de execução"; *(b)* apresentar defesa versando sobre outras matérias, sem alegação a exceção substancial em comento; *(c)* simplesmente adimplir a prestação que lhe é cobrada, caso em que o procedimento será extinto; *(d)* requerer, em se tratando de execução por quantia fundada em título executivo extrajudicial, o benefício de que fala o art. 745-A, CPC; *(e)* não comparecer aos autos, nem adimplir a prestação exigida.

Nas quatro últimas hipóteses, torna-se indiferente à execução o fato de o exequente encontrar-se em situação de inadimplência face ao demandado. No caso da letra "b", a defesa será apreciada e, se rejeitada, o procedimento terá seqüência para buscar-se a execução forçada da prestação devida pelo executado. No caso da letra "c", o pagamento voluntário opera o fim almejado do procedimento executivo. No caso da letra "d", deve-se trilhar o rito previsto no próprio art. 745-A do CPC. No caso da letra "e", o procedimento terá curso normal, buscando-se alcançar a satisfação do direito do credor/exeqüente.

---

80. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, cit., p. 689.
81. Art. 743. Há excesso de execução: [...] IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);

Optando por alegar, em sua defesa, a exceção substancial admitida pelo art. 582, CPC – letra "a" –, o executado pode adotar uma dessas duas posturas: *(i)* exigir o cumprimento da prestação devida pelo exeqüente, mediante a promessa de cumprir a sua própria prestação (art. 582, *caput*, CPC); *(ii)* depositar em juízo, desde já, a prestação ou a coisa, caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor/exeqüente a receba, sem cumprir a contraprestação que lhe cabe (art. 582, p. único, CPC).

Diante dessas hipóteses, abrem-se ao exeqüente as seguintes possibilidades: *(a)* opor-se, em sua manifestação sobre a defesa, à exceção substancial invocada pelo executado, provando[82] que já cumprira a prestação que lhe era exigível, caso em que o magistrado deverá avaliar se houve, ou não, inadimplemento do exeqüente, bem assim se é, ou não, legítima a recusa de cumprimento do executado; *(b)* cumprir a prestação que lhe toca ou depositá-la em juízo, caso em que o executado será chamado a cumprir ou depositar em juízo (se assim já não o fez) a sua própria prestação, sob pena de prosseguir o procedimento executivo, já que aí não mais terá em seu favor a causa de legitimação do seu estado de inadimplência; *(c)* não se manifestar sobre o assunto, caso em que a alegação do executado deverá ser presumida como verdadeira, porque incontroversa.

Se o magistrado afastar a exceção substancial argüida pelo executado, deve dar prosseguimento à execução no intuito de buscar a satisfação forçada do direito do exeqüente.

O problema surge nos casos em que a exceção substancial do art. 582 é acolhida. Qual a solução a ser adotada neste caso?

Ao que parece, não pode o magistrado, acolhendo a exceção do contrato não cumprido, julgar *improcedente* a demanda executiva formulada pelo exeqüente. Isso porque, como já se viu, ao suscitar uma exceção substancial dilatória, o executado não nega a existência do direito do exeqüente; ele apenas busca retardar, temporariamente, os efeitos da pretensão dele resultante, através do retardamento (legítimo) do adimplemento da sua própria prestação. Desse modo, não se pode dizer, tecnicamente, que a demanda executiva é improcedente. Também não se pode dizer que ela é *procedente*, visto que, a despeito da certeza, liquidez e exigibilidade do direito invocado pelo exeqüente, há um contradireito do executado que legitima o seu inadimplemento.

A questão não é fácil. É necessário pensar numa solução processual que seja adequada ao direito material. Se o executado argüiu a exceção do art. 582 do CPC, prometendo cumprir a sua prestação por meios considerados idôneos pelo juiz, ou se já depositou a sua prestação em juízo, mas o exeqüente, ainda assim, se recusa, injustificadamente, a cumprir ou depositar a sua própria prestação, o melhor caminho aí é o magistrado determinar a intimação do exeqüente para que, num determinado prazo, venha cumprir ou depositar a

82. Obviamente, não precisará lançar mão de prova se: *(i)* já juntou à petição com que deflagrou o procedimento executivo o documento de que fala o art. 615, IV, do CPC, *(ii)* a prestação cujo inadimplemento se lhe imputa é negativa (não-fazer), caso em que o ônus da prova incumbe ao executado e *(iii)* a exceção substancial do executado se baseia na alegação de adimplemento ruim ou defeituoso.

prestação que lhe cabe, sob pena de configuração de abandono unilateral, que é causa de extinção do procedimento sem análise do mérito (art. 267, III, CPC[83]).

> ARAKEN DE ASSIS, adotando esta mesma solução, sugere – e essa parece ser uma boa saída – que o prazo fixado pelo juiz deve ser de trinta dias, em conformidade com o aludido art. 267, III, CPC, durante o qual o procedimento deve ficar suspenso. Em sua opinião, findo o prazo fixado, o juiz ordenará a intimação pessoal do demandante "para realizar o ato que lhe compete, extinguindo a execução no caso de o exeqüente não suprir sua falta no prazo de quarenta e oito horas (art. 267, III, e §1º, do CPC)"[84].

A própria legislação processual prevê solução semelhante para a hipótese de exercício, pelo executado, do *direito de retenção* em sede de embargos à execução. Não custa lembrar que o direito de retenção é, assim como a exceção do contrato não cumprido, uma exceção substancial dilatória. Uma vez acolhida, ela não fulmina o direito do exeqüente de receber a coisa que está em mãos do executado; ela apenas retarda a eficácia dessa pretensão, condicionando o recebimento da coisa ao pagamento da indenização pelas benfeitorias que foram realizadas.

Eis, a propósito, o que diz o art. 745, IV, §§1º e 2º, do CPC:

> Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:
>
> [...]
>
> IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621);
>
> [...]
>
> § 1.º Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exeqüente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo.
>
> § 2.º O exeqüente poderá, a qualquer tempo, ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.

Como se percebe, o legislador admite, no §2º, transcrito acima, que o exeqüente exija do executado o cumprimento da sua prestação, *desde que* preste caução ou deposite o valor que deve.

É o que, por analogia, deve ser aplicado ao art. 582 do CPC: a execução somente poderá prosseguir contra o executado, acaso o exeqüente, dentro de um determinado prazo, cumpra a sua prestação ou a deposite em juízo. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, o processo deve ser extinto, sem apreciação do mérito, por abandono unilateral.

---

83. Art. 267 do CPC: "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias".
84. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, cit., p. 690.

Ainda há aqui mais uma dúvida: como devem ser distribuídos os honorários de advogado e as despesas processuais nesse caso?

A solução vai depender do desfecho: *(a)* se o procedimento foi extinto por abandono do exeqüente, caberá a ele o pagamento das verbas de sucumbência; *(b)* se o exeqüente cumpriu ou depositou a sua prestação, mas o executado, a despeito disso, não honrou a sua promessa de cumprir a sua prestação após o adimplemento da prestação do exeqüente (hipótese do *caput* do art. 582, CPC), caberá ao executado arcar com as verbas da sucumbência; *(c)* se ambas as partes cumpriram ou depositaram judicialmente suas respectivas prestações, caberá ao juiz aplicar o princípio da causalidade, que é o que rege a distribuição do ônus da sucumbência; deve, pois, investigar quem *deu causa* ao processo e imputar a essa parte a responsabilidade pelos seus custos. De um modo geral, se a exceção substancial foi acolhida e, diante dela, o exeqüente cumpriu ou depositou a sua prestação, certamente a ele caberá arcar com o ônus da sucumbência[85]. Isso porque a situação faz ver, ao menos em tese, que o executado, de fato, somente não cumpriu anteriormente a sua prestação em função do inadimplemento do próprio exeqüente, que teria, então, dado causa, sem necessidade, à existência do processo.

Surge, por fim, um outro ponto importante, que diz respeito à prescrição da pretensão que dá ensejo à exceção substancial. O Código Civil atual trouxe, no seu art. 190, uma disposição até então inexistente no nosso ordenamento. Diz o referido dispositivo que a exceção, como o inverso da pretensão, prescreve no mesmo prazo que ela. O objetivo da norma foi acabar com as dúvidas que até então existiam sobre o assunto, ante o silêncio do Código Civil de 1916.

Diante dessa inovação, a doutrina cuidou de assentar que o aludido prazo prescricional somente se aplica às *exceções dependentes*; as *exceções independentes* não se sujeitam a prescrição alguma[86].

Diz-se *dependente*, ou *não autônoma*[87], a exceção que tem por fundamento um direito autônomo, o qual, por sua vez, é distinto dela mesma, exceção. A exceção de contrato não cumprido, por exemplo, é uma *exceção dependente*[88]. Isso porque o direito de recusa em

---

85. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, cit., p. 691.
86. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. 2, p. 185. Compartilham esse pensamento, apesar de utilizarem nomes distintos para designar as exceções dependentes e as independentes: CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008, p. 41; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 362. Mesmo à luz do Código Civil de 1916, que não continha regra expressa sobre o tema, Serpa Lopes já admitia a prescrição das exceções dependentes, ou não autônomas: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, op. cit., p. 348.
87. Andreas von Tuhr as chama de *exceções subordinadas* (VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1999, t. I, p. 20).
88. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 15.

que ela consiste só tem existência na medida em que existe, como seu fundamento, um direito de crédito do excipiente em face do excepto. Também o é, pelo mesmo motivo, o direito de retenção: um sujeito pode negar a entrega de um determinado bem (direito de recusa), com fundamento no seu direito de crédito (por exemplo, indenização das benfeitorias que, de boa-fé, nele fizera).

Esse direito de crédito em que elas se assentam pode perfeitamente ser exercido por meio de demanda autônoma. Por exemplo: o sujeito que suscita a exceção de inadimplemento pode, perfeitamente, pleitear, por demanda autônoma, o cumprimento da obrigação que lhe é devida.

A *exceção independente*, ou *autônoma*, por sua vez, é aquele contradireito que não se fundamenta em nenhum outro direito. A prescrição é um exemplo de exceção independente: o demandado tem o contradireito de obstar os efeitos da pretensão do demandante e essa situação jurídica ativa não tem por fundamento nenhum outro direito; baseia-se tão-somente na conjugação de certos pressupostos de fato – no caso específico, a inércia, durante certo lapso de tempo, do titular de um direito. Também o é o *beneficium excussionis personalis*, ou *benefício de ordem*, previsto no art. 596 do Código de Processo Civil e no art. 1.024 do Código Civil, segundo o qual "o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que se jam primeiro excutidos os bens da sociedade" (art. 596, CPC).

Justamente porque são independentes, esses direitos de obstar a pretensão (prescrição) e de exigir que primeiro se jam excutidos os bens da sociedade (benefício de ordem) somente podem ser exercidos como *reação* a uma determinada demanda. São, pois, situações jurídicas ativas que só podem ser exercidas como contradireitos (exceções). É dizer: nada obstante *independentes* quanto à afirmação de outro direito, que lhes sirva de fundamento, elas são *dependentes* da pré-existência de uma demanda.

Ao afirmar que somente se pode falar em prescrição das exceções dependentes, os adeptos dessa doutrina partem do pressuposto de que o direito que serve de fundamento a tais exceções e que lhes dá existência pode ser exercido autonomamente. Em outras palavras, o seu titular não depende do ajuizamento de uma demanda para poder exercê-lo, como contradireito. Pode fazê-lo por meio de demanda autônoma. Isso, porém, não vale para as exceções independentes: considerando que elas somente se exercem se o outro sujeito formular a sua demanda, "o excipiente não poderia perder o direito à sua defesa antes de ter podido exercê-lo"[89].

Esse raciocínio levaria à conclusão de que, por ser uma exceção dependente, o exercício da exceção de contrato não cumprido poderia ser obstado acaso prescrita a pretensão relativa ao direito de crédito de que é titular o demandado em face do demandante.

89. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. III, t. 2, op. cit., p. 185.

Nesses casos, porém, pensamos que não se pode falar em *prescrição* da exceção. Isso porque, em primeiro lugar, o que estaria prescrito aí não seria a exceção em si, ou a pretensão relativa ao contradireito de recusa em que ela consiste, mas sim a pretensão relativa ao direito que lhe serve de fundamento (o direito de crédito do executado em face do exequente). Em segundo lugar, um dos pressupostos de fato para a *existência* da exceção, como contradireito, é a situação de duplo inadimplemento – é dizer: inadimplemento do credor e do devedor. O inadimplemento, já se viu, depende da prévia *exigibilidade* da prestação, de modo que, se a pretensão relativa ao direito de prestação do executado está prescrita, ela é inexigível; se é inexigível, não se pode dizer que fora inadimplida; se não houve inadimplemento, não há que se falar sequer na *existência* da exceção.

Em suma, se está prescrita a pretensão do executado contra o exequente – e, por isso, não poderia ele, nem mesmo por demanda autônoma, cobrar o direito de crédito a que faz jus –, não tem ele *exceção*, ou contradireito de recusa, contra esse mesmo exequente.

5.3.5. Inadimplemento e os deveres sujeitos a condição ou termo

Segundo o art. 572 do CPC, "quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo". Por sua vez, o art. 614, III, também do CPC, estabelece que "cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial [...] com a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo (art. 572)". Por fim, o art. 618, III, do CPC, dispõe que "é nula a execução [...] se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572".

Desenhado o panorama legislativo, cumpre fixar, inicialmente, o que se entende por *condição* e o que se entende por *termo*.

Segundo o art. 121 do Código Civil, "considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto". Malgrado o dispositivo legal faça alusão apenas à condição como sendo o evento futuro e incerto que subordina a produção ou a sustação dos efeitos do *negócio jurídico*, é possível também tratá-la como o evento futuro e incerto que condiciona a eficácia de qualquer outro ato jurídico em sentido estrito.

> Na lição de PONTES DE MIRANDA, "os termos e as condições referem-se à eficácia; uns e outros determinam quando há de começar ou quando há de acabar algum efeito, ou quando hão de começar ou de acabar alguns ou todos os efeitos dos atos jurídicos, menos um ou mais. Somente atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos são suscetíveis de termos e de condições. Não se atermam, nem se condicionam fatos jurídicos *stricto sensu*, nem atos ilícitos, nem atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos".[90]

90. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 98.

O Código Civil não estabelece o conceito de termo, mas a doutrina o faz. Por entendermos suficiente e esclarecedora, eis a lição de FRANCISCO AMARAL:

> "Termo é o momento em que começa ou se extingue a eficácia de um ato jurídico. Enquanto a condição é acontecimento futuro e incerto, o termo é acontecimento futuro e certo. O critério distintivo reside na certeza ou na incerteza do evento (do se), não na certeza ou incerteza do tempo (do quando). Por exemplo, quando se condiciona o nascimento de um direito à morte de uma pessoa determinada, o evento funciona como termo, pois que é certo, embora incerta a data de sua ocorrência".[91]

Feitas essas considerações prévias, pode-se ver que o art. 572 estabelece que, se a decisão judicial versa sobre relação jurídica material cujos efeitos estão subordinados a condição ou termo, o credor somente poderá requerer a sua execução se conseguir provar que ocorreu o evento futuro, certo ou incerto, ao qual se sujeita a eficácia do título executivo.

É preciso, preliminarmente, fazer duas considerações, bem lembradas por BARBOSA MOREIRA[92]:

(i) o dispositivo cuida de condição *suspensiva* e de termo *inicial*[93]. Diz-se *suspensiva* a condição quando os efeitos do ato jurídico ficam sobrestados até que sobrevenha o evento futuro e incerto, momento em que o ato passa a ter eficácia; ao contrário, diz-se resolutiva quando o ato jurídico produz efeitos até que sobrevenha o evento futuro e incerto, momento em que se resolve e deixa de ser eficaz. Diz-se *inicial* o termo quando os efeitos do ato jurídico se subordinam a um evento futuro e certo; diz-se final quando esse evento futuro e certo delimita o momento em que o ato deixará de produzir efeitos. Daí se vê que a condição resolutiva e o termo final são eventos futuros que subordinam a *cessação* dos efeitos do ato jurídico, razão por que não poderia o exeqüente, após o implemento de tais eventos, exercer qualquer pretensão, porque ineficaz.

(ii) embora a lei faça alusão à decisão judicial, é certo que ele também se aplica aos títulos extrajudiciais[94] e aos títulos judiciais que não emanam de um juiz estatal (a sentença arbitral, por exemplo), tendo em vista que é perfeitamente possível que a eficácia dos direitos representados nesses títulos executivos se subordine a condição suspensiva ou a termo inicial.

---

91. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6 ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 483.
92. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro". *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112-113.
93. Nesse sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 102; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 109.
94. Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 113.

É comum relacionar o art. 572 do CPC ao parágrafo único do art. 460, também do CPC[95]. Isso porque a leitura desses dois dispositivos parece revelar uma antinomia: ora, se a sentença, segundo o art. 460, p. único, deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional, por que exigir do credor a prova de que se realizou a condição ou que ocorreu o termo, nos casos em que a decisão resolve uma relação jurídica sujeita a condição ou termo?

Essa antinomia é apenas aparente.

A *certeza* a que alude o art. 460, p. ún., do CPC, é atributo que se relaciona à *validade* do pronunciamento judicial; é um qualificativo que se pode atribuir à decisão. Inicialmente, deve *existir* uma decisão, ou seja, uma conclusão expressa acerca do pedido dirigido ao órgão jurisdicional. Existindo essa conclusão, a decisão somente será válida se, dentre outras coisas, for *certa*, se firmar um preceito, estabelecendo uma certeza. A exigência da *certeza* como requisito de validade da decisão não impede que o juiz, ao julgar, crie, ele mesmo, uma condição de eficácia do seu pronunciamento[96]. E isto se dá porque, enquanto a *certeza* é atributo que se relaciona ao *plano da validade* do ato jurídico *sentença*, a sujeição, ou não, desse ato a uma *condição* ou *termo* é situação relacionada ao *plano da eficácia*.

O art. 460, p. ún., do CPC, não veda que a decisão judicial preveja uma condição de eficácia do direito por ela certificado[97], isto é, não proíbe a prolação de uma decisão condicional; ele veda a não-certificação do direito afirmado e posto à análise do juiz[98].

Por isso mesmo o art. 572 do CPC admite a execução de decisão que, das duas, uma: *(a)* tenha, ela mesma, decisão, seus efeitos condicionados a condição ou termo futuro (por exemplo: a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao ressarcimento do ônus da sucumbência, que se sujeita, segundo o art. 12 da Lei Federal n. 1.060/50, ao futuro e eventual incremento da sua fortuna); *(b)* certifique relação jurídica cujos efeitos se sujeitem a condição ou termo futuros (por exemplo: a certificação/declaração de que, sobrevindo o evento futuro "morte" do segurado, qualquer que seja a sua causa,

---

95. Art. 460. [...] Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.
96. Vicente Greco Filho afirma o seguinte: "Isso não quer dizer que a sentença não possa estabelecer, por exemplo, alguma prestação do autor para que se possa executá-la, mas isso não a torna incerta ou condicional. A condenação é certa, mas a execução deve ser precedida de algum ato do credor" (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17ª ed., v. 2, p. 258).
97. Em sentido contrário, Teori Zavascki afirma, com base no referido dispositivo legal, que "a sentença jamais pode ficar subordinada a condição, sob pena de nulidade" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 108). No mesmo sentido de Zavascki, ver, por exemplo: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 223; OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, v. 3, p. 214.
98. Sobre o assunto, remetemos à leitura do item sobre a certeza como requisito de congruência interna da decisão judicial, no capítulo sobre a teoria da decisão judicial, volume 2 deste *Curso*.

a seguradora tem o dever de pagar aos beneficiários da apólice contratada a respectiva indenização de seguro)[99]. Além disso, e como já se viu, admite a execução de títulos executivos extrajudiciais cuja eficácia se subordine a condição ou termo futuros.

Em todos esses casos, cabe ao exeqüente fazer prova de que a condição ou termo foram implementados e que, pois, o direito certificado no título executivo (judicial ou extrajudicial) já pode ser plenamente exercido. Essa prova deve acompanhar a petição de execução (art. 614, III, CPC), por se tratar de documento indispensável à propositura da demanda (art. 283, CPC)[100]. A sua ausência, segundo o legislador, enseja a nulidade da execução (art. 618, III, CPC).

Mas é necessário esclarecer bem as coisas.

São requisitos de admissibilidade do procedimento executivo, dentre outras coisas, a *afirmação* da existência de um direito líquido e certo, a *afirmação* de que esse direito é exigível em razão da superveniente ocorrência da condição ou termo ao qual a sua eficácia estava subordinada e a *afirmação* do inadimplemento do executado. Constitui, ainda, requisito de admissibilidade do procedimento executivo a *juntada* de documento representativo desse direito líquido e certo, bem como, no caso específico de direitos sujeitos a condição ou termo, a *juntada* de documento representativo da superveniência

99. Barbosa Moreira (Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro, op. cit., p. 114, nota 4) cita o Recurso Especial n. 108.116, cuja ementa diz o seguinte: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - CONSORCIO - DESISTENCIA - RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – CORREÇÃO MONETARIA - INTERESSE DE AGIR. I - Assentado na jurisprudência da Terceira Turma o entendimento no sentido de que prendendo-se o interesse de agir a existência de clausula contratual que exclui a incidência da correção monetária, a circunstância de a ação ter sido proposta antes do prazo contratualmente estabelecido para a restituição das prestações pagas pelo desistente de plano de consórcio não induz decreto de carência (RESP 43.334-7/SC - RISTJ 64/263). II - Recurso conhecido e provido" (STJ, 3.ª T., REsp 108116/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 21/11/1997, DJ 25/02/1998, p. 70).

100. Veja esta decisão do STJ: "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO FUNDADA E M NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA AO CONTRATO DE DESCONTO DE TÍTULO. NÃO COMPROVAÇÃO DO IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO. CONDIÇÃO ESPECÍFICA DE ADMISSIBILIDADE DA EXECUÇÃO. ART. 614, III, DO CPC. 1. Não ocorre violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes. 2. O contrato de desconto bancário (borderô) não constitui, por si só, título executivo extrajudicial, dependendo a ação executiva de vinculação a um título de crédito concedido em garantia ou à assinatura pelo devedor e por duas testemunhas. Precedentes. 3. No caso, a propositura da ação executiva com base em nota promissória vinculada ao contrato de desconto bancário foi condicionada à prova do inadimplemento pelos sacados, ou seja, a exigibilidade do título só seria caracterizada no caso do não pagamento das duplicatas pelos devedores originários. 4. A não comprovação do inadimplemento das duplicatas impede o ajuizamento da execução, nos moldes em que ora proposta, sendo certo que tal prova deve acompanhar a exordial, porquanto inerente à própria exigibilidade da obrigação. 5. Recurso especial provido. (REsp 986972/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. em 04.10.2012, DJe 23/10/2012)". Como visto, a Corte Federal faz referência a uma *condição específica de admissibilidade da execução*, o que não nos parece correto. Tem-se aí, apenas, mais uma hipótese de documento tido, pelo legislador, como indispensável, cuja não juntada pode ensejar a invalidade da petição inicial da execução.

desse evento futuro. Dessa forma, se a petição que deflagra o procedimento contém essas afirmações e se faz acompanhar desses documentos, pode-se dizer que ela satisfaz os requisitos de admissibilidade de que ora tratamos.

Saber, contudo, se as afirmações lançadas são *efetivamente verdadeiras* ou se os documentos juntados são *efetivamente representativos* do direito líquido, certo e exigível, aí então já estamos no terreno das questões relativas ao mérito da demanda executiva.

Assim, o que o art. 614, III, do CPC, exige é a juntada de documento que, ao menos em tese, demonstre a ocorrência da condição ou termo que subordinam a eficácia do direito de prestação que se quer ver satisfeito. Se o documento não for juntado, cabe ao juiz abrir prazo para que se faça a emenda da petição (art. 616, CPC). Se, ainda assim, o vício não for sanado, deve o magistrado então indeferir a petição de ingresso, reputando inadmissível o procedimento executivo por ela deflagrado, dada a ausência de documento indispensável (art. 616, parte final, c/c art. 283, CPC). Não é que a execução seja *nula*, como diz o art. 618, III, CPC. Segundo BARBOSA MOREIRA, "a figura-se mais apropriado reputá-la *inadmissível*"[101].

> O inciso III do art. 618 é absolutamente desnecessário, visto que, ausente a prova documental da ocorrência da condição ou do termo, a verdade é que falta exigibilidade ao crédito representado no título executivo, o que se subsome à hipótese normativa contida no inciso I do art. 618, CPC[102].

Se, porém, o documento foi juntado pelo exeqüente, a discussão acerca da efetiva ocorrência da condição ou termo que ele supostamente representa já é questão de mérito.

A não ocorrência da condição ou do termo impede apenas a *eficácia* do direito de prestação de que o exeqüente é titular. Esse direito é *certo*, porque reconhecido judicialmente (no caso de título executivo judicial) ou porque reconhecido em um título executivo extrajudicial e há de ser *líquido*, é dizer, delimitado em relação à qualidade e à quantidade do objeto da prestação, quando for o caso. Se, no entanto, ele se subordina a uma condição ou a um termo e se esses elementos acidentais ainda não ocorreram, isso significa dizer que a pretensão que lhe é inerente ainda não pode ser exercida; somente o poderá se e quando sobrevier esse evento futuro, certo ou incerto. Em outras palavras, trata-se de direito ainda *inexigível*[103].

Se ainda não há exigibilidade, é certo que não se pode, por enquanto, falar em adimplemento ou em inadimplemento. A questão aí, pois, diz respeito ao próprio mérito

---

101. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro", cit., p. 118.
102. MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro", cit., p. 118; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 417.
103. Teori Zavascki entende que o caso é de *incerteza* do direito: "Relativamente à execução de obrigação condicional, a prova da realização da condição [...] representa, na verdade, a demonstração da própria existência do direito subjetivo, ou seja, da *certeza* da obrigação a ser coativamente executada" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 114).

da demanda executiva: inexigível o crédito perseguido pelo exeqüente – em função da ausência de demonstração de que ocorreu a condição ou o termo –, o caso é de *improcedência* da sua pretensão executiva.

5.3.6. Boa-fé, adimplemento substancial (inadimplemento mínimo) e execução

Um dos efeitos do princípio da boa-fé é limitar o exercício das situações jurídicas ativas. Há diversas modalidades de exercício inadmissível de situações jurídicas. Fala-se, por exemplo, em *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* etc.

Uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada *teoria do adimplemento substancial*, "estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso Boone v. Eyre, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor"[104].

Assim, por exemplo, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se *substancialmente* adimplida a prestação), o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito à indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico.

Mas não apenas a resolução do negócio pode ser impedida pela aplicação dessa teoria (repita-se: derivada da aplicação do princípio da boa-fé)[105]. Pode-se, por exemplo, cogitar da extinção da *exceção substancial de contrato não cumprido*[106] (outra situação jurídica ativa): a parte não poderia negar-se a cumprir a sua prestação, se a contraprestação tiver sido *substancialmente adimplida*.

Embora sem utilizar essa terminologia, MENEZES CORDEIRO demonstra que o *desequilíbrio no exercício jurídico* que se revela pela desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem é uma das espécies

---

104. SILVA, Clóvis do Couto e. "O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português". *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 55.

105. SCHREIBER, Anderson. "A boa-fé e o adimplemento substancial". *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 141.

106. ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português – conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 123-127; MORENO, María Cruz. *La 'exceptio non adimpleti contractus'*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 75; BECKER, Anelise. "A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1993, v. 09, p. 60 e 65; BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-106. Assim, também, STJ, 4ª T., REsp n. 656.103/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 12.12.2006, publicado no DJ de 26.02.2007, p. 595.

de exercício inadmissível de situações jurídicas ativas[107]. Segundo o autor, trata-se do mais "promissor" subtipo de exercício em desequilíbrio de posições jurídicas, que se verifica em situações como o "desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais" [108]. Os exemplos de exercício de poder-sanção por falta insignificante mencionados pelo autor são exatamente o da *exceção de contrato não cumprido* e o da resolução do negócio por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte[109].

No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil)[110].

O princípio da boa-fé vige também no direito processual. Uma de suas conseqüências é, também, a vedação ao abuso do direito no âmbito processual, conforme visto no v. 1 deste *Curso*.

É fácil perceber que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do "abuso do direito" processual (desrespeito à boa-fé objetiva).

Resta saber se a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada no âmbito do direito processual, especificamente no processo de execução, que é o que nos interessa neste momento.

Pensamos que sim.

Vejamos alguns exemplos, que, não obstante sem exaurir a casuística, podem iluminar a identificação de outras situações semelhantes.

Como visto, a afirmação do *inadimplemento* é um dos pressupostos para a instauração do procedimento executivo (art. 580 do CPC). Constatado o *inadimplemento mínimo*, pode o órgão jurisdicional recusar a tomada de medidas executivas mais drásticas, como a busca e apreensão do bem, por exemplo. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que, em execução de contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu correta a decisão judicial que se recusou a determinar a busca e apreensão liminar do bem alienado, tendo em vista a insignificância do inadimplemento[111].

---

107. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 857-860
108. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 857.
109. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 858.
110. BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed., cit., p. 87-92; SCHREIBER, Anderson. "A boa-fé e o adimplemento substancial". *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 139.
111. STJ, 4a T., REsp n. 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 25.03.2003, publicado no DJ de 05.05.2003, p. 310.

Em sentido semelhante, já se impediu a decretação de falência, em razão da pequena monta da dívida[112]. O entendimento jurisprudencial repercutiu na nova lei de falências (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005)[113].

Do mesmo modo, a aplicação desta teoria pode servir para rechaçar o exercício abusivo da *exceção de contrato não cumprido*, conforme já apontado.

112. "FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação. (STJ, 4ª T., REsp n. 136.565/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 23.02.1999, publicado no DJ de 14.06.1999, p. 198). Em sentido contrário, STJ, 3ª T., REsp n. 515.285/SC, rel. Min. Castro Filho, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 20.04.2004, publicado no DJ de 07.06.2004, p. 220)

113. Art. 94 da Lei 11.101/2005: "Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência".

CAPÍTULO III

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Sumário • 1. Introdução – 2. Conceito – 3. Modelos processuais de liquidação: processo autônomo de liquidação, fase de liquidação e liquidação incidental: 3.1. Introdução: antes e depois da Lei Federal n. 11.232/2005; 3.2. A fase de liquidação (ou liquidação-fase); 3.3. O processo de liquidação; 3.4. A liquidação incidental (ou liquidação-incidente) – 4. Legitimidade para requerer a liquidação – 5. Competência para conhecer e julgar a liquidação – 6. Momento para requerer a liquidação – 7. A cognição na liquidação: 7.1. O *princípio da fidelidade* ao título; 7.2. A matéria de defesa na liquidação – 8. Espécies de liquidação: 8.1. Introdução; 8.2. A liquidação por cálculo do credor – 8.3. A liquidação por arbitramento; 8.4. A liquidação por artigos – 9. Liquidação com "dano zero" (sem resultado positivo) e o *non liquet* – 10. A Liquidação nas ações contra a Fazenda Pública.

1. INTRODUÇÃO

Como se viu no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*, um dos requisitos da decisão é a liquidez. Considera-se *líquida* a decisão que define a extensão do direito subjetivo por ela certificado, isto é, define o *quantum debeatur*, nas prestações sujeitas a quantificação, bem assim aquela que individualiza completamente o objeto da prestação[1]. Quando é ilíquida, uma decisão precisa ser liquidada para poder ser título que fundamente a execução. É exatamente dessa atividade que cuida o presente capítulo, ao qual se dá o nome de "liquidação de sentença".

É fundamental alertar, contudo, e desde já, que o termo *"sentença"* aqui é utilizado, e assim o será durante toda a exposição, em *sentido amplo*, para indicar todo e qualquer tipo de pronunciamento judicial com conteúdo decisório, tenha sido ele proferido por um juízo cível ou criminal, no Brasil ou no estrangeiro. O vocábulo também abrange as sentenças arbitrais, que têm eficácia de título executivo *judicial* (CPC, art. 475-N, IV).

Pelo título do capítulo já se pode antever que não é possível falar em liquidação de título executivo *extrajudicial*, já que a liquidez, ao lado da certeza e da exigibilidade, são atributos indispensáveis para que as obrigações representadas em tais títulos possam permitir um processo de execução (CPC, art. 586)[2]. Isso, porém, não significa que não

---

1. Já se viu que Cândido Rangel Dinamarco tem entendimento mais restrito de liquidez. Para ele, "o tema da liqüidez ou iliqüidez só existe quando se trata de obrigações cujo objeto seja suscetível de quantificação pela medida, peso, volume, quantidade *etc.* (...) Não existe nas demais hipóteses, em que não se concebe quantificação alguma: não há como quantificar uma obrigação de dar coisa certa ou de prestar um ato ou abster-se dele (obrigações de fazer ou de não-fazer)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 213-214).

2. "A 'liquidação' é, apenas, de título judicial, ou seja, a *sentença*, nos termos expressos do art. 603 *[atualmente, art. 475-A, CPC]*. O título executivo extrajudicial, que seja certo, mas não líquido, somente pode ser usado como meio de prova em processo de conhecimento" (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 6, t. 2, p. 574). Acrescentamos a informação entre colchetes.

existe, ou que não pode existir, liquidação em processo de execução de título extrajudicial. O *título extrajudicial* não pode ser ilíquido; mas, iniciada, por exemplo, a execução para entrega de coisa ou para a satisfação de um fazer ou de um não-fazer, fundada em título extrajudicial, pode ser que não seja possível obter o cumprimento da obrigação na forma específica, o que exigirá a conversão em perdas e danos, a ser apurada mediante *liquidação* (CPC, arts. 627, § 2º, 633, par. ún., 638, par. ún., e 643).

2. CONCEITO

A decisão judicial, como já se viu no v. 2 deste *Curso*, para que possa definir de modo completo a norma jurídica individualizada, certificando o direito subjetivo do credor a uma prestação (fazer, não-fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia), deve conter pronunciamento sobre: *a)* o *an debeatur* (existência da dívida); *b)* o *cui debeatur* (a quem é devido); *c)* o *quis debeat* (quem deve); *d)* o *quid debeatur* (o que é devido); *e)* nos casos em que o objeto da prestação é suscetível de quantificação, *quantum debeatur* (a quantidade devida)[3].

Partindo dessa premissa, diz-se ilíquida a decisão que *(i)* deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeatur*), nos casos em que o objeto dessa prestação seja suscetível de quantificação – por exemplo, a que condena o réu ao pagamento de indenização de valor a ser apurado em posterior liquidação – ou *(ii)* que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza (*quid debeatur*) – por exemplo, a que determina ao réu que entregue duas toneladas de grãos, sem identificar a espécie, ou a que impõe a construção de um muro, sem dizer como, onde nem quando fazê-lo[4].

Há casos, no entanto, em que o grau de iliquidez é ainda maior, atingindo outros elementos da relação jurídica individualizada, como ocorre, por exemplo, quando não se pode definir, na fase de certificação, quem é o seu sujeito ativo.

O objetivo da liquidação é, portanto, o de integrar a decisão liquidanda, chegando a uma solução acerca dos elementos que faltam para a completa definição da norma jurídica individualizada, a fim de que essa decisão possa ser objeto de execução. Dessa forma, *liquidação de sentença é atividade judicial cognitiva pela qual se busca complementar a norma jurídica individualizada estabelecida num título judicial*. Como se trata de decisão proferida após atividade cognitiva, é possível que sobre ela recaia a autoridade da coisa julgada material.

> Complementando o conceito de liquidação, é importante fazer duas considerações.
>
> *a)* Há algumas situações em que a decisão define todos os elementos da norma jurídica individualizada, mas é necessário fazer cálculos aritméticos, de acordo com os parâmetros indicados na própria decisão ou na lei, para que se possa aferir,

3. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 338.
4. "Não basta condenar o réu a levantar o muro. É preciso estipular, ainda, como, onde e quando fazê-lo" (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96).

em pecúnia, o *quantum debeatur*; esses cálculos são feitos, conforme se verá, na chamada "liquidação por cálculo do credor". CÂNDIDO DINAMARCO entende que não há aí, propriamente, liquidação, na medida em que, segundo diz, "fazer contas não é liquidar, porque uma obrigação determinável por simples conta é líquida, não ilíquida" [5]. Não concordamos com o seu pensamento. Não há dúvida de que o grau de iliquidez de uma obrigação certificada nesses termos é *menor*, se comparada, por exemplo, a uma obrigação pecuniária cujo *quantum debeatur* sequer é determinado. Mas é justamente por isso que ela é ilíquida: as decisões podem ser *mais* ou *menos* ilíquidas, mas, em qualquer dessas hipóteses, serão *ilíquidas*. A atividade necessária para liquidá-la – se uma "simples" conta, uma perícia ou ampla e complexa produção probatória – determina apenas o *procedimento* de liquidação a ser adotado. É um equívoco dizer que não há liquidação só porque a atividade que se exige é *mínima*. Ora, é mínima, mas *é* atividade de quantificação.

b) Em outros casos, quando as obrigações de fazer, não-fazer ou de entrega de coisa não podem ser cumpridas na forma específica, abre-se, no curso da fase executiva do processo ou do próprio processo autônomo de execução, um incidente cognitivo para apurar o valor em dinheiro dessa prestação, a fim de que se possa convertê-la numa obrigação de pagar quantia; a essa atividade de apuração do *quantum debeatur* também se dá o nome de liquidação.

Controverte a doutrina acerca da adequada classificação da decisão que encerra a liquidação: há quem entenda ser ela meramente declaratória[6], há quem a entenda constitutiva[7].

O problema não tem muita importância prática.

De fato, tem ela caráter *constitutivo*, na medida em que tem por função tornar líquida uma prestação até então ilíquida. Com isso, promove, claramente, uma alteração na sua situação jurídica, o que é típico das decisões constitutivas, permitindo que o credor possa, agora sim, inserido nesse novo *status* jurídico, efetivar o título que lhe certifica um direito de prestação. Esse caráter constitutivo existe em qualquer decisão judicial, na medida em que *cria* ("constitui") a norma jurídica individualizada[8].

Mas a decisão que encerra a liquidação tem também uma forte carga de *declaração*, visto que dispõe sobre a existência e o modo-de-ser de uma relação jurídica pré-existente. Essa afirmação do *modo-de-ser* da relação jurídica já certificada judicialmente parece

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit., v. 4, p. 617.
6. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Bestbook, 2001, p. 96; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 625; CARMONA, Carlos Alberto. "O processo de liquidação de sentença". *Revista de Processo*, n. 60, p. 48; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998, p. 47-49; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 332.
7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 405-406; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 6, t. 2, p. 604-607; ARRUDA, Antônio Carlos Marteis de. *Liquidação de sentença*. São Paulo: RT, 1981, p. 112-115; ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105.
8. Sobre o tema, ZANETI JR., Hermes. "A eficácia constitutiva das sentenças. As sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial." In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91-114.

ser a sua característica preponderante, podendo-se dizer que, por isso, a decisão que encerra a liquidação é declaratória. É possível, como será examinado adiante, que, na liquidação, não se consiga apurar qualquer valor ou que se conclua pelo "valor zero". Nesse caso, a sentença também será declaratória, reconhecendo não haver qualquer valor a ser executado.

3. MODELOS PROCESSUAIS DE LIQUIDAÇÃO: PROCESSO AUTÔNOMO DE LIQUIDAÇÃO, FASE DE LIQUIDAÇÃO E LIQUIDAÇÃO INCIDENTAL

3.1. Introdução: antes e depois da Lei Federal n. 11.232/2005

Antes da Lei Federal n. 11.232/2005, a liquidação de sentença podia ser feita por meio de *processo de liquidação* ou de *liquidação incidental*.

Normalmente, a liquidação do julgado exigia o manejo de ação autônoma, que deflagrava uma nova relação jurídica processual, distinta daquela em que fora certificado o direito cuja liquidação se buscava. Havia três tipos de *processo de liquidação*: *(i)* por artigos, *(ii)* por arbitramento e *(iii)* a liquidação das sentenças coletivas. Os dois primeiros eram regulados pelo Código de Processo Civil e o último, pelo Código de Defesa do Consumidor. Não havia três tipos de liquidação[9], mas, sim, três tipos de *processo de liquidação*.

Mas havia também a *liquidação incidental*, que, como o próprio nome sugere, dispensava o ajuizamento de nova demanda para que fosse viabilizada, bastando a instauração de um incidente no próprio processo de execução por meio do qual se buscava a satisfação do direito subjetivo objeto da liquidação.

Com a promulgação da Lei 11.232/2005, pretendeu-se eliminar o *processo de liquidação* de sentença. A regra agora é que a liquidação deve ser buscada numa *fase* do processo, que tem múltiplos objetivos (é sincrético): certificar o direito, liquidar (complementar a certificação) e efetivar a decisão judicial[10].

A despeito da intenção dessa lei, subsistem, ainda hoje, o processo de liquidação e a liquidação incidental. Pode-se dizer, pois, que, atualmente, há três técnicas processuais para viabilizar a liquidação de sentença: *(a) fase de liquidação*: a liquidação ocorre dentro de um processo já existente, como questão principal de uma fase do procedimento exclusivamente destinada a esse objetivo; *(b) processo de liquidação*: a liquidação é objeto de um processo de conhecimento autônomo, instaurado com essa exclusiva finalidade; *(c) liquidação incidental*: a liquidação ocorre como um incidente processual da fase executiva do procedimento ou do processo autônomo de execução.

---

9. Como pareceu a Cândido Dinamarco ("As três figuras da liquidação de sentença". *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 2, p. 1.261).
10. Em sentido diverso, Luiz Rodrigues Wambier, para quem "o fato de não mais se exigir, formalmente, a realização de citação para a angularização da relação jurídico-processual, não autoriza que se entenda que se está, no caso, diante de mero incidente processual, integrante de uma ação mais ampla" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 109).

3.2. A fase de liquidação (ou liquidação-fase)

A liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos, atualmente, por expressa disposição legal (CPC, arts. 475-C e 475-E, respectivamente), devem ser buscadas numa fase específica do processo que se abre com essa exclusiva finalidade: a fase de liquidação. O silêncio sobre a *liquidação da sentença coletiva* não impede a interpretação de que o regramento geral também se lhe aplica; ou seja, salvo quando se tratar de sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos – caso em que a liquidação deve ser buscada por cada um dos titulares individuais, em processo autônomo –, a liquidação coletiva pode ser buscada numa fase específica do processo coletivo, sem a necessidade de instauração de um novo processo apenas com esse objetivo[11].

> Assim, por exemplo, numa ação civil pública em que se busca reparação pelo equivalente pecuniário em virtude de prejuízos causados ao meio ambiente, a liquidação do valor da indenização por danos materiais imposta ao réu deve ser buscada como *fase* do processo, previamente à instauração da fase executiva do julgado.

Este novo sistema da liquidação de sentença pode ser visualizado a partir da observação das seguintes alterações.

a) Toda a disciplina da liquidação de sentença foi transferida do Livro II do CPC, que cuida do Processo de Execução (arts. 603 a 611, todos revogados), para o capítulo IX do Livro I, que cuida do processo de conhecimento (arts. 475-A a 475-H).

b) O § 1º do art. 475-A (correspondente ao antigo parágrafo único do art. 603, já revogado) prescreve que o réu será *intimado* do requerimento de liquidação de sentença, *na pessoa do seu advogado*, e não mais *citado* como constava do texto anterior. Exige-se o contraditório, obviamente, mas não se fala mais em *citação* exatamente porque não há instauração de um novo processo; o processo de conhecimento continua pendente, agora em nova fase. Essa intimação pode ser feita pelo órgão de publicação oficial.

c) A despeito de se tratar de fase do procedimento – e, por isso, submeter-se ao princípio geral do impulso oficial (CPC, art. 262, segunda parte)–, a liquidação depende de requerimento do interessado; é o que se depreende da leitura do supracitado art. 475-A, § 1º, do CPC, que faz alusão expressa ao "requerimento" de liquidação de sentença[12].

d) A liquidação, embora seja uma mera fase do procedimento, inicia-se por uma *demanda,* que contém um objeto próprio, a ser examinado pelo juiz, mediante atividade desenvolvida em contraditório e cooperação com as partes, mediante uma *nova cognição.*

---

11. Cândido Rangel Dinamarco chama de "imprópria" esse tipo de liquidação (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 632). Humberto Theodoro Jr. chama de "imprópria" a liquidação em que se busca a individuação dos bens que compõem uma universalidade (THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999, p. 223). Sobre a liquidação nas ações coletivas, ver o v. 4 deste *Curso*.

12. Sendo, contudo, líquida a decisão, a ordem para o cumprimento independe de requerimento da parte interessada; esse requerimento somente será exigido, quanto às decisões que impõem o pagamento de quantia, para a expedição do mandado de penhora e avaliação (CPC, art. 475-J, *in fine*). Ver, com maiores detalhes, o capítulo sobre cumprimento de sentença.

Não é insólito haver, no ordenamento processual, processos que contenham mais de uma demanda, bastando lembrar da reconvenção, da oposição interventiva, da denunciação da lide, que são novas demandas ajuizadas num mesmo processo já em curso.

e) A decisão que encerra a fase de liquidação em primeiro grau de jurisdição é *sentença* (em sentido estrito), porque finaliza uma fase cognitiva do procedimento em primeira instância, complementando a norma jurídica individualizada estabelecida na decisão liquidanda. De fato, na primeira fase de conhecimento, o magistrado certifica alguns elementos da obrigação; nesta fase, certifica-se o elemento restante (normalmente, o *quantum debeatur*).

f) Curioso é que o legislador, no particular, embora se trate de sentença, prevê o cabimento do agravo contra essa decisão (art. 475-H, CPC), o que excepciona a regra do CPC, que estabelece a apelação como recurso cabível em tais situações. Não seria, entretanto, caso raro de incongruência legislativa: *(i)* o art. 17 da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1.060/1950) prevê o recurso de apelação contra decisões interlocutórias; *(ii)* art. 100, primeira parte, da Lei Federal n. 11.101/2005, LFRE, que prevê o agravo de instrumento contra sentença que decreta falência. Não se pode ignorar, porém, que as regras de cabimento do recurso e os conceitos legais das espécies de decisão (cuja função é exatamente a de estruturar o sistema recursal) não são doutrinários. Trata-se de regras de direito positivo e, por isso mesmo, contingentes. Não é possível reduzi-las aos esquemas abstratos da teoria do processo, pois uma "penada legislativa" aniquilaria tudo o quanto fosse afirmado. Não há restrição teórica alguma ao cabimento de agravo contra uma sentença. Mas não se pode deixar de criticar a opção legislativa, que revela incoerência, postura que não se pode elogiar, pois sempre causadora de dúvidas práticas e discussões doutrinárias. Parece inegável, então, que se está diante de uma situação excepcional: contra uma sentença cabe agravo.

g) No caso, cabe *agravo de instrumento*. É importante notar que o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não o agravo retido, a despeito da redação do art. 522 do CPC. Trata-se de situação especial, em que a lei determina expressamente o cabimento do agravo de instrumento, sendo irrelevante investigar se há ou não a situação de urgência a que se refere o *caput* do art. 522 do CPC. Assim, não havia mais razão para a permanência do inciso III do art. 520, que cuidava da ausência de efeito suspensivo da apelação interposta contra sentença de liquidação.

h) O agravo de instrumento interposto contra a decisão que encerra a liquidação *não* permite a *retratação* do juiz. É que, sendo uma sentença, não é possível ao magistrado modificá-la (CPC, art. 463). Ademais, do acórdão que julga tal agravo cabem recurso especial e extraordinário que *não* devem ficar retidos, pois tal acórdão ostenta conteúdo de sentença, não se aplicando o § 3º do art. 542 do CPC[13].

13. Para mais detalhes, conferir: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Recursos na liquidação de sentença". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 178-186.

3.3. O processo de liquidação

Apesar de a Lei 11.232/2005 ter tencionado estabelecer a regra de que a liquidação de sentença deve operar-se como mera *fase* do processo, não se pode dizer que ela tenha acabado com a possibilidade de a liquidação ser buscada por meio de *processo autônomo*.

Ainda remanesce o processo de liquidação para as hipóteses de sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral (que não possa, eventualmente, ser liquidada no juízo arbitral), sentença estrangeira homologada pelo STJ, do acórdão que julga procedente revisão criminal (art. 630 do CPP)[14], bem como a sentença coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos. Nesses casos, ou não há processo anterior no qual seja possível instaurar-se uma fase de liquidação ou, mesmo havendo um processo anterior, nele não é possível instaurar-se essa fase de liquidação.

Aplica-se-lhes, por analogia, o regramento previsto para a fase de liquidação (Capítulo IX, Título VIII, Livro I, do CPC), mas haverá necessidade da instauração de um processo autônomo, de uma nova relação jurídica processual. Assim, é necessária a *citação* do demandado, e não a simples intimação prevista no art. 475-A, § 1º, do CPC. Essa é a razão do parágrafo único do art. 475-N do CPC: "Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso".

A liquidação aí normalmente será por artigos (CPC, art. 475-E), embora também possa ser, ao menos em tese, por arbitramento (CPC, art. 475-C), mas necessariamente ensejará um *processo autônomo de liquidação*, que se encerrará, em primeira instância, com a prolação de uma *sentença*, contra a qual se poderá interpor recurso de agravo de instrumento – aplica-se aqui o art. 475-H, inicialmente cabível para a liquidação-fase. É mais conveniente essa interpretação, pois, caso contrário, surgiria a dúvida sobre se a apelação, normalmente o recurso contra sentença, teria ou não efeito suspensivo, já que o inciso III do art. 520 do CPC foi revogado. Ademais, é expressa a opção legislativa pelo agravo de instrumento, afastando-se a apelação como o recurso cabível no caso.

3.4. A liquidação incidental (ou liquidação-incidente)

Além da *liquidação como fase*, inovação trazida pela Lei n. 11.232/2005, e da subsistência, em situações especiais, do *processo de liquidação*, remanesce também, no atual regramento, a *liquidação incidental*, assim entendida aquela que ocorre como incidente processual da execução. Embora anterior à Lei n. 11.232/2005, permanece válida a lição de TEORI ZAVASCKI:

> "A liquidação do valor da obrigação pode se dar, não apenas mediante ação autônoma, mas como incidente processual da execução. Esse último ocorre,

14. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 106.

> fundamentalmente, nas seguintes situações: (a) na execução por quantia certa, quando houver necessidade de atualizar o valor devido, defasado pelo decurso do tempo ou por qualquer razão (v. g., pagamento parcial) modificado no curso do processo; (b) em execução para a entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou de não fazer, quando, inviabilizado o cumprimento da prestação específica, transforma-se o objeto da execução em prestação alternativa de pagar perdas e danos (CPC, art. 627, § 2º, art. 633, parágrafo único, 638, parágrafo único e 643); (c) na execução para entrega de coisa, para apurar o valor das benfeitorias indenizáveis feitas pelo devedor ou por terceiro (CPC, art. 628)".[15]

Além dos exemplos citados no excerto transcrito, outros podem ser lembrados: *(i)* liquidação incidental por apresentação de memorial de cálculos pelo credor (liquidação por cálculo do credor, sobre a qual se falará mais adiante), mediante planilha que acompanha o seu requerimento de execução do julgado[16]; *(ii)* individualização, pelo credor, no pedido de efetivação de título judicial ou extrajudicial que impõe obrigação de dar coisa, do bem a ser entregue pelo devedor, nos casos em que ao credor incumbe essa escolha (CPC, arts. 461-A, § 1º, e 629)[17].

Nesses casos, a liquidação tanto pode ocorrer como um incidente da *fase executiva* do processo – p. ex., quando, para a liquidação do julgado, basta a apresentação de memorial de cálculos pelo credor, acompanhando o requerimento de execução (CPC, art. 475-B) – como pode representar um incidente de um *processo autônomo de execução* – é o que ocorre, p. ex., na liquidação por cálculos do credor nas execuções por quantia certa movidas contra a Fazenda Pública, que ainda hoje exigem a instauração de um processo autônomo de execução, ou na liquidação do valor da indenização, quando, em execução de obrigação de fazer, não-fazer ou de dar coisa fundada em título judicial[18] ou extrajudicial, mostrar-se inviável a tutela específica (CPC, arts. 627, § 2º, 633, p. ún., 638, p. ún., e 643).

A decisão que resolve a liquidação incidental é interlocutória – e, por isso, agravável (art. 522, CPC) –, porque não põe fim a nenhuma fase do procedimento, mas apenas resolve um incidente da fase executiva. Se, no entanto, essa decisão interlocutória versar sobre o *mérito* da pretensão de liquidação, tem aptidão para, tornando-se irrecorrível, fazer coisa julgada material.

---

15. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 333. Cândido R. Dinamarco chama a hipótese "a" (mera atualização do valor devido) de "falsa liquidação incidente", por considerar que não há aí, propriamente, o que liquidar (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 631).
16. CÂNDIDO DINAMARCO defende que "fazer contas não é liquidar, porque uma obrigação determinável por simples conta é líquida, não ilíquida" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 617). Conforme visto no item relativo ao conceito de liquidação, discordamos desse seu posicionamento.
17. Cândido Rangel Dinamarco nega o caráter liquidatório deste incidente e, por isso, chama-o de "incidente de concentração das obrigações" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 634-635). Isto porque, como já se viu, o autor tem entendimento mais restritivo acerca do conceito de liquidação.
18. Naturalmente, quando o título judicial, para ser executado, exige o ajuizamento de demanda executiva autônoma, como ocorre com a sentença arbitral e com a sentença estrangeira devidamente homologada.

4. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A LIQUIDAÇÃO

É possível dizer, de uma forma geral, que a legitimidade para instaurar a liquidação de sentença, seja como processo autônomo, como fase ou como incidente, é daquele apontado como *credor* no título a ser liquidado. Nesse caso, a liquidação é instaurada contra aquele apontado como devedor no mesmo título.

Questão interessante é saber se o *devedor* teria também legitimidade para instaurá-la contra o credor.

A Lei Federal n. 11.232/2005 revogou o art. 570 do CPC, que permitia ao devedor "instaurar" o processo executivo – na verdade, promover uma ação de consignação em pagamento[19]. Coerentemente, retirou-se, também, a legitimidade do devedor para a instauração do procedimento de liquidação – que antes era conferida pelo art. 605, que foi revogado e cujo texto não foi aproveitado em nenhum outro dispositivo[20]. "Doravante, o devedor que desejar tomar essa iniciativa deverá promover normalmente e sem prevenção do juízo que proferiu a condenação a normal ação de consignação regulada nos artigos 890 e ss. do CPC".[21]

ARAKEN DE ASSIS, no entanto, obtempera: *(a)* o art. 334 do CC assegura ao obrigado o direito de liberar-se da obrigação pela consignação; *(b)* o art. 475-J prevê uma multa ao vencido (dez por cento) sobre o valor fixado na condenação ou na liquidação. Assim, "existem indícios suficientes apontando a existência de interesse bilateral em liquidar a dívida"[22]. O autor entende que o devedor tem legitimidade para requerer a liquidação de sua dívida. Eis a sua lição:

> "Tratando-se de dívida pecuniária e, portanto, passível de liquidação por intermédio de cálculo aritmético, o vencido requererá o depósito nos próprios autos do processo, aplicando-se, conforme a atitude tomada pelo credor, o art. 581. (...) Mas, nos casos em que se mostra necessária liquidação do título por arbitramento ou por artigos, legitimar-se-á o vencido, ativamente, para pleiteá-la, segundo os procedimentos dos artigos 475-C e 475-E".[23]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julho de 2006, definiu e tornou públicas suas primeiras concepções acerca da reforma processual. Entre outras coisas,

---

19. "Previu-se, neste dispositivo [art. 570 do CPC], ação análoga à consignação em pagamento, jamais uma execução invertida. O devedor é destituído de legitimidade para demandar executivamente contra si próprio, o que se afiguraria tão absurdo quanto adquirir, durante a alienação coativa, o próprio bem penhorado". (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 269.)
20. Art. 605 do CPC, já revogado: "Para os fins do art. 570, poderá o devedor proceder ao cálculo na forma do artigo anterior, depositando, de imediato, o valor apurado. Parágrafo único. Do mandado executivo constará, além do cálculo, a sentença".
21. GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05", *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36, p. 75. Em sentido diverso, não admitindo o emprego da ação de consignação em pagamento: ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 112.
22. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 112.
23. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 113.

pontuou, no enunciando n. 3 das suas conclusões, que "a liquidação de sentença também pode ser requerida pelo devedor".

Parece ser esse, realmente, o posicionamento mais correto: o devedor pode dar início à liquidação da sentença para que, apurado o valor, possa cumprir espontaneamente a obrigação.

5. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR A LIQUIDAÇÃO

Os dispositivos que regulamentam a liquidação de sentença não cuidam da competência para conhecer e julgar a liquidação. Diante da omissão, é possível estabelecer a aplicação dos dispositivos que cuidam da competência para o cumprimento de sentença (CPC, art. 475-P[24]) e para as execuções de título extrajudicial (CPC, art. 576[25]).

Quando se tratar de *liquidação-incidente*, não há dúvida: considerando que se trata de incidente cognitivo que surge no curso da fase executiva do processo ou no curso de processo de execução autônomo[26], a competência para conhecê-lo é do mesmo juízo competente para conhecer da execução.

Quando se tratar de *liquidação-fase*, a competência para proceder à liquidação da sentença será do juízo que proferiu a decisão liquidanda, aplicando-se aqui os incisos I e II do art. 475-P do CPC. Trata-se de competência funcional – portanto, absoluta –, porque relacionada ao exercício de uma função dentro do mesmo processo, e decorre também de uma conexão por sucessividade. Considerando que o objetivo da atividade de liquidação é a complementação da norma jurídica individualizada definida na decisão liquidanda, não se pode aplicar aqui a opção conferida ao credor pelo parágrafo único do art. 475-P do CPC[27]. Essa possibilidade de escolha tem por objetivo viabilizar uma maior efetividade das providências executivas, o que não é objeto de discussão na fase de liquidação do julgado.

Em se tratando de *processo autônomo de liquidação*, aplica-se o inciso III do art. 475-P. Sobre o ponto, conferir o capítulo sobre a competência na execução, neste volume.

6. MOMENTO PARA REQUERER A LIQUIDAÇÃO

Não é necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão para só então promover a sua liquidação. O § 2º do art. 475-A do CPC admite que se promova a liquidação mesmo

---

24. Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.
25. Art. 576. A execução, fundada em título extrajudicial, será processada perante o juízo competente, na conformidade do disposto no Livro I, Título IV, Capítulos II e III.
26. Como ocorre com a conversão em perdas e danos das obrigações de entrega de coisa, de fazer ou de não-fazer fundadas em título extrajudicial (CPC, arts. 627, § 2º, 633, p. ún., 638, p. ún., e 643).
27. Pelo parágrafo único do art. 475-P, "o exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem".

na pendência de recurso[28] – uma espécie de "liquidação provisória". O dispositivo está assim redigido: "A liquidação poderá ser requerida 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". Seguem algumas anotações.

a) Permite-se que se faça o requerimento de liquidação da sentença na pendência do recurso. Não importa que o recurso tenha ou não efeito suspensivo: é possível liquidar a decisão judicial, enquanto pendente *qualquer* recurso contra a decisão *liquidanda*[29].

> A opção hermenêutica pela possibilidade da liquidação, ainda que o recurso interposto desfrute do duplo efeito, decorre da aplicação do princípio constitucional da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII). Tal princípio tem em mira, substancialmente, a racionalização técnica dos mecanismos processuais e, igualmente, a economia da política judiciária, razão pela qual se impõe a adoção de meios (normativos ou instrumentais) que sejam oportunamente capazes de assegurar a máxima economia possível de atos, de recursos e de energia no exercício de direitos, poderes e deveres não somente no desenvolvimento do processo, mas também na administração da justiça[30]. É preciso, ademais, observar que tal princípio funciona, de igual modo, como critério de hermenêutica: na dúvida entre duas opções interpretativas, deve-se adotar aquela que afaste dilações indevidas e possibilite o adiantamento das etapas procedimentais. Por isso, e diante do próprio princípio da duração razoável dos processos, é preferível entender que se permite iniciar a liquidação, mesmo que o recurso interposto ostente duplo efeito.

b) O legislador fala em "recurso", sem especificar. É correta a opção, pois a decisão a ser liquidada pode ser sentença, decisão interlocutória,decisão de relator ou acórdão, sendo diferentes os recursos cabíveis contra cada uma dessas decisões.

c) O requerimento de liquidação de sentença, na pendência de recurso, é incidente processual que possui autos próprios. Diferentemente da sistemática adotada para a execução provisória (CPC, art. 475-O, § 3º), o legislador não enumerou os documentos que devem instruir esse incidente. Assim, cabe ao liquidante selecionar as peças que reputar pertinentes. Certamente, além de outras, devem constar cópias da petição inicial, da sentença liquidanda e das procurações outorgadas aos advogados de ambas as partes.

d) O advogado pode valer-se do poder que lhe foi conferido pelo inciso IV do art. 365 do CPC, que lhe autoriza a declarar autênticas as cópias juntadas, sob sua responsabilidade pessoal.

---

28. O dispositivo aplica-se à liquidação-fase e ao processo de liquidação; não à liquidação-incidente, que se submete às regras da execução.
29. Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 108. Em sentido contrário, referindo-se apenas à liquidação *de sentença* e admitindo a liquidação provisória apenas nos casos em que a apelação é recebida *sem* efeito suspensivo, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*, ob. cit., p. 148.
30 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del "Giusto Processo"*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 89.

Se a decisão contiver capítulos líquidos e outros ilíquidos, é possível ao credor promover, simultaneamente, a liquidação destes e a execução daqueles (CPC, art. 475-I, § 2º). Ainda que não houvesse autorização legal para tanto, poder-se-ia chegar à mesma conclusão a partir da aplicação da teoria dos capítulos de sentença, vista no v. 2 deste *Curso*, no capítulo dedicado ao estudo da teoria da decisão judicial. Neste caso, a liquidação será promovida em autos apartados, valendo aqui o que foi dito nas letras *"c"* e *"d"*, acima.

O eventual acolhimento do recurso pendente, com a conseqüente anulação ou reforma total da decisão liquidanda, esvaziará o conteúdo da atividade liquidatória, fazendo que perca o seu objeto. Nesse caso, considerando que todo o sistema prevê a responsabilidade objetiva nos casos de anulação ou reforma de provimentos fundados em cognição sumária (CPC, art. 475-O, I, e art. 811, por exemplo) e apesar de a liquidação não implicar, a princípio, nenhum ato de constrição do patrimônio do sujeito passivo, é possível dizer que os eventuais prejuízos que este último venha suportar deverão ser ressarcidos pelo liquidante, que por eles responderá objetivamente, além de arcar com os ônus da sucumbência.

7. A COGNIÇÃO NA LIQUIDAÇÃO

7.1. O *princípio da fidelidade* ao título

A matéria de mérito da ação autônoma de liquidação ou da fase de liquidação cinge-se ao elemento que falta para completar a norma jurídica individualizada estabelecida na sentença liquidanda. Não se pode, em atividade liquidatória, discutir de novo as questões resolvidas na decisão liquidanda, tampouco se pode modificar o seu conteúdo (CPC, art. 475-G), sob pena de ofensa ao efeito positivo da coisa julgada ou de reconhecimento de litispendência, caso a decisão liquidanda ainda esteja sendo discutida em recurso. É o chamado princípio da fidelidade à sentença liquidanda[31].

Há, porém, entendimento no sentido de que devem ser excluídos dessa regra os juros moratórios e a correção monetária, desde que não negada expressamente na sentença condenatória[32]. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por exemplo, afirma que essas parcelas podem ser legitimamente incluídas na liquidação, ainda que omissa a sentença liquidanda. O autor toma por base o art. 891 do CPC-39, que assim dispunha: "a sentença deverá ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição do que nela estiver disposto. Compreender-se-á, todavia, como expresso o que nela virtualmente se contenha"[33]. O enunciado n. 254 da súmula do STF confirma esse posicionamento: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação". Percebe-se que esse enunciado foi editado sob a vigência do CPC-39.

Efetivamente, os juros moratórios e a correção monetária podem, sem ofensa à coisa julgada, ser incluídos na liquidação, salvo se expressamente foram negados na decisão

31. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 360-361; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 633.
32. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 633-634; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 361-363.
33. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 633-634.

liquidanda[34]. Além disso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que "não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros previstos nos termos da lei nova". [35]

Mas se a parte, na liquidação, incluí juros moratórios e remuneratórios *capitalizados*, aí o STJ entende que há, sim, violação à coisa julgada material.[36]

> Segundo o art. 407 do CC, "ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes".
>
> Quanto à correção monetária, o art. 1º da Lei Federal n. 6.899/81 determina que "a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios".

Não se admite, porém, a inclusão, na liquidação, do valor das despesas judiciais ou dos honorários de advogado, se a decisão liquidanda não impôs expressamente à parte o pagamento dessas parcelas. A leitura do art. 20 do CPC faz concluir que o pedido, nesses casos, é implícito, mas não é implícita a condenação. Em outras palavras, ainda que não haja pedido expresso, o juiz, ao decidir, deve impor ao vencido o ressarcimento das despesas processuais adiantadas pela parte contrária, bem como o pagamento dos honorários de advogado e das despesas eventualmente remanescentes (CPC, art. 20). Se não o fizer, porém, e a parte interessada deixar de impugnar, por recurso próprio, a decisão, não se poderá incluir tais verbas em futura liquidação[37].

---

34. Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp 464.234/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 03.08.2006, publicado no DJ de 18.08.2006, p. 367; STJ, 2.ª T., REsp 543.476/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 21.03.2006, p. 111; STJ, 1.ª T., REsp 162538/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 21.03.2000, publicado no DJ de 05.06.2000, p. 121.
35. STJ, Corte Especial, REsp 1111117/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. em 02.06.2010, publicado no DJe de 02.09.2010.
36. "EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - NÃO-ACOLHIMENTO - MÉRITO - AÇÃO DE COBRANÇA - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - INCLUSÃO DE JUROS MORATÓRIOS E REMUNERATÓRIOS CAPITALIZADOS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA FORMA DE REMUNERAÇÃO DOS JUROS NO TÍTULO EXEQÜENDO - VIOLAÇÃO À COISA JULGADA - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA REJEITADOS. I - A matéria tratada pelo acórdão rescindendo é exatamente a mesma que constituiu objeto do pedido rescisório, não havendo falar em incidência do Enunciado n. 515 da Súmula/STF; II - A inclusão de juros remuneratórios e moratórios capitalizados nos cálculos de liquidação, sem que tenha havido tal previsão no título executivo, de fato, implicou violação à coisa julgada; III - Embargos infringentes na ação rescisória rejeitados" (EInf nos EDcl na AR 3150/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 29.02.2012, publicado no DJe de 09.03.2012).
37. "No momento em que o juiz se pronuncia sobre o conteúdo e a forma da ação, e se caracteriza, assim, a sucumbência, nasce, não desde logo, o direito do vencedor ao reembolso das despesas do processo, mas a obrigação do juiz de declarar quem deve arcar com as mesmas. O provimento a tal respeito é dever de ofício; se o juiz se omite em fazê-lo, o vencedor tem recurso, não necessariamente para obter a condenação

Vale observar que a inclusão dos juros moratórios e da correção monetária na liquidação, mesmo sendo omissa a sentença, não implica ofensa à coisa julgada material, pelo simples e óbvio motivo de que não houve decisão e, pois, não se pode falar em *coisa julgada*. Essa impossibilidade decorre de que a liquidação existe para preparar uma execução e a execução deve pautar-se num título (*nulla executio sine titulo*); assim, a liquidação, como etapa necessária à execução, também deve pautar-se no título, não podendo ir *além* dele.

> TEORI ZAVASCKI chama atenção, corretamente, de que também os *juros compensatórios* só podem ser incluídos na liquidação se previstos na decisão liquidanda[38].

Nos casos em que a liquidação tem por objetivo a apuração, por cálculos aritméticos, de uma quantia em dinheiro, os parâmetros para essa apuração devem ser aqueles estabelecidos no título. À sua falta, admite-se a integração pelo juízo da liquidação. Desse modo, é possível, na liquidação, optar por este ou por aquele índice de correção, nos casos em que sobre o ponto a decisão se calou[39]. O mesmo ocorre quanto ao percentual dos juros e quanto ao montante dos honorários advocatícios nos casos em que, embora impostos na decisão, não tenham tido o seu *quantum* fixado por sentença. Não se admite, porém, a alteração dos critérios de cálculo, como o índice a ser aplicado ou o percentual e a periodicidade dos juros, se o tema foi objeto de expressa previsão na decisão liquidanda[40].

---

da outra parte, mas a pronúncia a que está obrigado o juiz sobre aquelas despesas. Até esse momento, o vencedor ainda não tem direito a tais despesas, eis que tem apenas mera pretensão para obter um provimento a respeito; só com o provimento judicial nascem o direito e a obrigação pelas despesas" (CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 104-105).

38. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 362.

39. Sobre a possibilidade de inclusão dos expurgos inflacionários: "A inclusão dos expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, não implica ofensa aos institutos da coisa julgada e da preclusão, ainda que essa questão não tenha sido debatida no processo de conhecimento" (STJ, 2.ª T., REsp 640.606/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15.08.2006, publicado no DJ de 31.08.2006, p. 305). Sobre a possibilidade de definição da taxa SELIC como índice de correção e de juros: "A inclusão, em fase de execução, da taxa SELIC, a título de correção monetária e juros, não ofende a coisa julgada quando o título executivo judicial determina sejam os valores devidos corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios sem, no entanto, especificar os índices a serem utilizados para tanto (Precedentes: AgRg no REsp n.º 502.418/SC, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 14/03/2005; e REsp n.º 496.594/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 22/08/2005). 2. Agravo regimental desprovido". (STJ, 1.ª T., AgRg nos EDcl no REsp 796.905/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.09.2006, publicado no DJ de 25.09.2006, p. 238.)

40. Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIQUIDAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DE CÁLCULO FIXADO PELA SENTENÇA LIQUIDANDA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...) 2. É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, em sede de liquidação de sentença, é cabível a retificação dos cálculos tão-somente quando constatada a ocorrência de erro material, referente à aritmética e não aos critérios do cálculo, que ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada. O quantum debeatur a ser apurado deve limitar-se ao comando inserto na sentença exeqüenda, sendo indevida a incidência de novos critérios, sob pena de ofensa à coisa julgada. 5. Recurso especial conhecido". (STJ, 6.ª T., REsp 252757/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 04.02.2003, publicado no DJ de 24.02.2003, p. 311); "PROCESSUAL – EXECUÇÃO – MODIFICAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO DEFINIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – JURISPRUDÊNCIA

> Importante a lição de Paulo Henrique Lucon, cuja transcrição se faz: "É essencial a observância de certas premissas básicas para a correta atualização do cálculo a fim de que não seja infringida a regra da fidelidade ao título: (I) a atualização não pode modificar os critérios fixados na sentença condenatória; (II) os índices de correção monetária já aplicados por decisão preclusa não são passíveis de discussão pelas partes; (III) portanto, a atividade de conhecimento restringe-se ao período ulterior à elaboração da última conta aprova pelo juiz; (IV) os juros incidem até a data do efetivo pagamento; (V) o ordenamento jurídico veda a prática de anatocismo (juros sobre juros); (VI) o pagamento parcial não retira a liquidez do título e por conseqüência a sua executividade; (VII) tendo ocorrido pagamento e havendo capital e juros, primeiramente incidirá o pagamento nos juros vencidos e depois no capital, a teor do disposto no art. 354 do CC"[41].

7.2. A matéria de defesa na liquidação

A participação em contraditório dos sujeitos processuais é indispensável também na atividade liquidatória. Assim, o sujeito passivo da liquidação deve ser cientificado da pretensão do liquidante, a fim de que sobre ela se manifeste[42].

É possível ao sujeito passivo discutir questões processuais ligadas à própria liquidação, desde que não haja comprometimento ou incompatibilidade com o estabelecido na decisão que é objeto de liquidação. Noutros termos, é possível que o demandado na liquidação suscite questões que não ofendam a coisa julgada, nem tenham sido alcançadas pela preclusão. Assim, por exemplo, não se pode alegar aqui a ilegitimidade, para figurar no pólo passivo do processo ou da fase de liquidação, daquele que foi apontado como devedor no título judicial, pois o acolhimento desse argumento tornaria inócua a certificação implementada pela decisão liquidanda, o que ofenderia a coisa julgada[43]. Mas é possível alegar, *v. g.*, eventual ilegitimidade ativa, nos casos em que o liquidante não é aquele apontado como credor no título judicial, ou mesmo a inadequação do rito da liquidação.

Além de poder impugnar a própria admissibilidade da liquidação, pode o sujeito passivo alegar, quando chamado a manifestar-se sobre a pretensão liquidatória, algumas das matérias previstas no art. 475-L do CPC, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença (inciso VI), a falta ou

---

DOMINANTE NO STJ. 'Por não se tratar de mero erro de cálculo, mas de critério de cálculo, não se pode, em fase de execução, modificar o índice de correção monetária que já restou definido na decisão exeqüenda, de que não caiba mais recurso, sob pena de ofensa à coisa julgada' (EREsp 189.602)". (STJ, 1.ª T., AgRg no REsp 240314/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 27.08.2002, publicado no DJ de 25.11.2002, p. 187.)

41. LUCON, Paulo Henrique. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.807.
42. ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*, cit., p. 122.
43. Nesse sentido, Teori Zavascki: "Não se poderá alegar ilegitimidade de parte na liquidação se a matéria, comum à ação de conhecimento, não foi lá suscitada, ou, tendo sido, foi rejeitada" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 339-340).

nulidade da citação no processo de conhecimento, se houve revelia (inciso I), bem como a superveniência de decretação de inconstitucionalidade do ato normativo em que se fundou a sentença liquidanda (§ 1º)[44-45]. Correto TEORI ZAVASCKI quando afirma que não teria sentido, em casos tais, exigir que o sujeito passivo aguardasse o momento próprio para apresentar impugnação, o que implicaria, muitas vezes, o dispêndio desnecessário de energia processual, com exercício inútil da função jurisdicional[46].

Acolhida a argüição de qualquer das matérias indicadas no art. 475-L e relacionadas acima, a liquidação será extinta com ou sem resolução do mérito, a depender da situação. Por encerrar uma etapa cognitiva do procedimento, essa decisão será *sentença*, impugnável por recurso de *apelação*, e não por agravo de instrumento, tal como prevê o art. 475-H do CPC.[47] Trata-se de aplicação analógica do disposto no art. 475-M, § 3º, do CPC, que prevê o cabimento da apelação, acaso a *impugnação* do executado seja acolhida, e agravo, para o caso de ser rejeitada: extinta a execução, apelação; prosseguindo a execução, agravo. *Mutatis mutandis*: extinta a fase ou o processo de liquidação sem liquidação, apelação; encerrada a fase ou o processo de liquidação, com possibilidade de instauração da fase executiva, agravo. A apelação seguirá o regramento geral, inclusive com o efeito suspensivo (CPC, art. 520).

> Há, ainda, uma questão interessante: se as matérias do art. 475-L do CPC forem alegadas e definitivamente rejeitadas, poderá o devedor suscitá-las novamente em impugnação posterior? Parece que isso somente será possível se as questões alegadas em posterior impugnação do executado tiverem por fundamento fato superveniente à própria decisão da liquidação (p. ex., pagamento superveniente). Afora isso, a discussão sobre tais matérias teria sido alcançada pela preclusão – inclusive pela coisa julgada material, nos casos das matérias de mérito. A impugnação do executado somente poderia versar sobre matéria eventualmente não trazida na defesa da liquidação.

Nos casos em que a condenação incluir prestações vencidas e vincendas (CPC, art. 290), fundadas em obrigações de trato sucessivo, pode o sujeito passivo da liquidação alegar em sua defesa, tal como poderia fazê-lo na impugnação ao pedido executivo (CPC, art. 475-L), a superveniência de fato ou de direito que altere a situação jurídica que se

---

44. Ver os pressupostos para a aplicação do § 1º do art. 475-L no capítulo relativo ao cumprimento da sentença.
45. A despeito de o art. 475-L do CPC não mais falar em argüição da incompetência do juízo da execução, bem como da suspeição ou impedimento do juiz, tal como faz o art. 741, VII, hoje aplicável apenas aos embargos nas execuções movidas contra a Fazenda Pública, é natural que, em se tratando de questões processuais de ordem pública, possam ser suscitadas pelo executado e, por via de conseqüência, pelo sujeito passivo da liquidação. Quanto à incompetência, aplica-se, por analogia, o art. 742 do CPC; quanto ao impedimento e à suspeição, a argüição deve ser feita por meio de exceção instrumental, na forma do art. 304 e ss. do CPC.
46. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 340.
47. Para Leonardo José Carneiro da Cunha, um dos autores deste livro, o caso é de agravo de instrumento. Deve prevalecer o art. 475-H, CPC. Em sua opinião, o legislador quis afastar, expressamente, a apelação da decisão que extingue a liquidação, seja qual for o resultado. Não lhe parece possível definir o cabimento de um recurso por analogia.

constituiu pela sentença liquidanda[48]. Assim, por exemplo, se uma decisão condena o réu a pagar ao autor uma pensão mensal, a ser aferida em liquidação, até que o beneficiário complete determinada idade, pode o réu, no curso da liquidação, alegar a superveniência do termo final da condenação (a idade limite para o pagamento, *v. g.*), ou mesmo a morte do beneficiário, o que faz cessar, *a partir daquele termo ou evento*, a sua obrigação. Isso é possível porque a decisão liquidanda, em casos tais, vem marcada pela cláusula *rebus sic stantibus*.

Por último, um alerta: conforme se verá no item seguinte, na liquidação incidental por cálculos do credor, a defesa do sujeito passivo é diferida e exercida, em regra, na impugnação à execução de que trata o art. 475-L do CPC. É, portanto, nessa oportunidade que o devedor deverá deduzir os argumentos de defesa que tenha contra a pretensão executiva do credor e contra os cálculos por ele apresentados junto com o seu requerimento de execução.

8. ESPÉCIES DE LIQUIDAÇÃO

8.1. Introdução

A depender da providência que precise ser adotada para a complementação da decisão judicial, é possível visualizar três espécies de liquidação: *a)* a liquidação por cálculo do credor; *b)* a liquidação por arbitramento; *c)* e a liquidação por artigos. As peculiaridades de cada uma dessas espécies serão vistas adiante. Antes, porém, é importante destacar que, de acordo com o enunciado n. 344 da Súmula do STJ, "a liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada". Na verdade, a *forma* como se deve liquidar uma decisão, assim como os meios executivos impostos pelo magistrado, é algo que não se sujeita à coisa julgada. Justamente por isso, ainda que o título pré-estabeleça, por exemplo, que a liquidação deve ser feita *por artigos*, nada impede que ela se faça *por arbitramento*, se o seu procedimento se mostrar suficiente para a complementação da atividade cognitiva.

8.2. A liquidação por cálculo do credor

Até 1994, se a liquidação do julgado dependesse de cálculos aritméticos, o interessado deveria propor ação autônoma de liquidação requerendo que esses cálculos fossem elaborados pelo contador judicial. A Lei Federal n. 8.898/94, contudo, alterando o art. 604, *caput*, CPC, extinguiu a chamada ação autônoma de liquidação por cálculo, passando a permitir que, toda vez que a apuração do *quantum debeatur* dependesse de simples cálculos aritméticos – juros, correção monetária, encargo etc. –, o ajuste das contas poderia ser realizado pelo próprio credor (seu advogado ou contador pessoal), no bojo da ação executiva, bastando, para tanto, que escoltasse a sua petição inicial com "memória discriminada e atualizada" das operações matemáticas realizadas.

48. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 363.

Passou-se a falar, assim, numa *liquidação incidental*[49].

> "Com a reforma de 1994 eliminou-se, portanto, a necessidade de remessa da sentença ilíquida ao contador do juízo, para elaboração dos cálculos de liquidação, assim como afastadas também foram todas as implicações dessa sistemática, como a necessidade de homologação do cálculo por sentença recorrível etc".[50]

A reforma já era há muito reclamada pela doutrina como forma de imprimir maior celeridade e efetividade às atividades jurisdicionais, e a opção do legislador por realizá-la foi aplaudida.

Sucede que a alteração legislativa, tal como foi feita, gerou um inconveniente: executado e exeqüente não raro passavam tempos e tempos discutindo o acerto dos cálculos no curso da execução – falhas matemáticas, aplicação de índices equivocados etc. –, sem aguardar o procedimento adequado para tanto (à época, os embargos de devedor). Com isso, a agilidade almejada restou comprometida.

Além disso, muitas vezes, os elementos necessários para elaborar as contas não estavam em poder do exeqüente, mas, sim, do executado ou de terceiro. Isso representava sério embaraço para elaboração de tais cálculos pelo credor, atravancando a excussão.

> TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER chamavam atenção para os casos de execuções contra o Poder Público: "A apuração de haveres junto à Previdência Social foi um dos exemplos mais contundentes, justamente porque invariavelmente esses dados dependiam de acesso prévio a elementos que se encontravam na posse do devedor".[51]

Assim, o legislador, não satisfeito com a simples dispensa do procedimento de liquidação por cálculos, resolveu incrementar a regulamentação do tema, descendo a pormenores. Incluiu, pois, no dispositivo do art. 604, os §§ 1º e 2º (através da Lei Federal n. 10.444/2002), com a seguinte redação:

> Art. 604. (...)
>
> §1º. Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados, pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

---

49. Cândido Rangel Dinamarco ressalta que a liquidação por cálculos é falsa liquidação, pois obrigação ilíquida não há, vez que "não se reputa ilíquida uma obrigação quando, para a descoberta da quantidade de moedas que constitui seu objeto, basta fazer uma conta: obrigação líquida não é sinônimo de obrigação cujo valor já esteja necessariamente determinado em moedas, nem é ilíquida a obrigação com objeto suscetível determinação (logo, determinável) mediante meros critérios aritméticos". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260).
50. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à 2.ª fase da Reforma o Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 226.
51. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à 2.ª fase da Reforma o Código de Processo Civil*. 2 ed., cit., p. 227-228.

> §2º. Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

A Lei Federal n. 11.232/2005, como se viu, revogou o art. 604 do CPC (art. 9º). Em seu lugar, contudo, lançou mão de dispositivo com redação praticamente idêntica, mas primou por uma melhor organização, desdobrando em quatro os dois parágrafos do art. 604. Eis a atual redação:

> Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.
>
> § 1º. Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.
>
> § 2º. Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362.
>
> § 3º. Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.
>
> § 4º. Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

O § 1º estipula que, caso o ajuste de contas a ser realizado pelo credor dependa de dados e informações que estejam em mãos do devedor ou de terceiro, o juiz pode requisitá-los, ordenando que sejam carreados aos autos no prazo máximo de 30 (trinta) dias. Tem-se aqui uma espécie de ação exibitória embutida na execução em forma de incidente do processo; aplica-se, pois, no que couber, o seu regramento. Trata-se de incidente cognitivo inserido no procedimento executivo, em momento anterior ao da expedição do mandado de penhora e avaliação.

Se a ordem judicial não for respeitada, sem justo motivo, pelo devedor, militará em favor do credor uma presunção de que são corretos os cálculos por ele apresentados (§ 2º). Ressalte-se, todavia, tratar-se de presunção relativa (*juris tantum*), que não precisa ser acolhida pelo magistrado, se entender como manifestamente incorretos os valores alcançados pelo credor; poderá, por exemplo, determinar a ouvida da contadoria judicial para esclarecer o assunto[52].

---

52. Em sentido oposto, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery entendem tratar-se de presunção absoluta, não se podendo admitir sequer impugnação do devedor por excesso de execução nos embargos eventualmente opostos. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 996).

No entanto, aplicada a presunção, e uma vez precluisa a possibilidade de impugnação da decisão que a aplicou, o valor obtido fica coberto pela coisa julgada – trata-se de decisão interlocutória de mérito; agravável, pois. Por conta disso, será impossível ao devedor discutir esse valor em eventual impugnação à execução.

Somente será possível ser produzida essa presunção se houver algum elemento nos autos, a partir do qual possa o credor elaborar seus cálculos. Não havendo qualquer elemento, não é possível ao credor elaborar os cálculos, nem imaginar ou criar, sem qualquer base concreta, valores aos quais seria atribuída presunção de veracidade. Não constando dos autos qualquer elemento, e deixando o devedor de apresentar dados necessários à elaboração da memória de cálculo, não há como ser apurado o valor devido, cumprindo ao credor dar início a uma das outras formas de liquidação. Nessa hipótese, além de ser iniciada a liquidação da sentença, o devedor que, injustificadamente, não apresentou os elementos para a confecção da memória de cálculo, deverá ser condenado ao pagamento da multa prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC, exatamente por estar causando embaraços à efetivação do provimento final (CPC, art. 14, V).

Já o desacato à determinação do juiz pelo terceiro implicará a aplicação do art. 362 do CPC: expedir-se-á mandado de busca e apreensão, cujo cumprimento será assegurado, se necessário, com auxílio de força policial. Além disso, a conduta do terceiro será enquadrada como desobediência – que, a nosso ver, configura-se típico *contempt of court*, subsumindo-se no tipo previsto no 14, V, CPC, e sujeito à aplicação da sanção respectiva, sem prejuízo de outras sanções processuais e penais cabíveis.

O § 3º fala de duas hipóteses em que o juiz poderá convocar o contador do juízo para participar da liquidação do *quantum debeatur*.

a) Quando, de ofício, constatar que os valores apurados pelo credor estão aparentemente excessivos, caso em que a lei lhe autoriza que remeta os autos ao contabilista competente a fim de que elabore nova planilha. Se o credor concordar com os novos valores alcançados pelo contador judicial, a execução prosseguirá com base neles; se discordar, far-se-á execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador (§ 4º)[53]. Embora não haja previsão expressa, parece acertada a conclusão de que a multa de 10% para o não-cumprimento espontâneo da decisão judicial também deve incidir sobre o montante encontrado pelo *contador*, e não o indicado pelo *exeqüente*.

A Lei n. 11.232/2005 perdeu uma boa oportunidade de melhorar a redação do dispositivo (§ 4º). Os WAMBIER, reputando infeliz a redação dada à parte final do § 2º do art. 604 – praticamente idêntica à do atual § 4º do art. 475-B do CPC –, sustentavam que "parece que o que se quis dizer foi o seguinte: a penhora se faz no

53. Cândido Rangel Dinamarco, analisando o § 2º do art. 604, atualmente repetido, quase que *ipsis literis*, no § 4º do 475-B, dizia que se inaugurou aí uma tutela antecipatória dos efeitos de futura sentença dos embargos de devedor, *in casu*, a redução da penhora para só incidir sobre o valor encontrado pelo contador judicial, que seria aquele provavelmente correto (fumaça do bom direito). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, cit., p. 264).

> valor encontrado pelo contador *e assim se considera estar garantido o juízo para efeitos da apresentação de embargos* (já que o legislador presumiu que, em casos assim, o executado queira discutir valores). Apresentados e recebidos os embargos, a execução ficará paralisada, isto é, não prossegue. (...) Por outro lado, não havendo embargos, a execução prossegue pelo *quantum* indicado pelo exeqüente e não se discute mais se estaria ou não correto, em qualquer outra sede (ou seja, ficaria, de regra, inviabilizada a apresentação de objeção de pré-executividade posteriormente a essa fase para discutir valores)".[54]

> As referências feitas aos embargos de devedor devem ser compreendidas, atualmente, como pertinentes à impugnação (CPC, art. 475-L), que não mais tem, ao menos em regra, o condão de suspender o andamento da execução (CPC, art. 475-M).

b) A segunda hipótese ocorre quando o exeqüente é pessoa necessitada, que não pode arcar com os custos dos honorários de um contabilista sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Ante este estado de necessidade do exeqüente, o juiz pode conferir-lhe o benefício da gratuidade[55], determinando que o contador judicial liquide o valor devido, sem quaisquer despesas para o credor[56].

> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO pontua, com razão, que a mesma oportunidade de se valer dos serviços do contador judicial gratuitamente deve ser conferida ao devedor necessitado, como forma de viabilizar sua defesa em sede de embargos de devedor (atualmente, impugnação).[57]

São, portanto, e em suma, *quatro* as possibilidades:

(i) o credor dá início à fase executiva do julgado, acostando ao seu requerimento memória discriminada e atualizada do cálculo (CPC, art. 475-B); se o juiz não enxergar nesses cálculos nenhuma irregularidade, determinará a intimação do devedor para proceder

---

54. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à 2.ª fase da Reforma o Código de Processo Civil*. 2 ed., cit., p. 234.

55. O § 3º do art. 475-B, repetindo o erro do § 2º do art. 604, fala em "assistência judiciária", quando o correto seria aludir aos casos em que o credor é beneficiário da justiça gratuita. Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.: defensor público) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, como, por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito); justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários de advogado (Cf. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1.060/50)*. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2004, p. 4). No caso, o que a lei possibilita é que o beneficiário da justiça gratuita, sem precisar pagar honorários ao contador judicial, possa valer-se dos seus serviços para liquidar o seu crédito.

56. Eduardo Talamini, antes mesmo do acréscimo do § 2º ao art. 604 – cuja redação, não custa repetir, é praticamente idêntica à do atual § 4º do art. 475-B –, já previa que a exigência de que o credor providenciasse a apuração do débito a ser executado já na inicial da execução poderia significar, por questões financeiras, um óbice ao seu acesso à Justiça (TALAMINI, Eduardo. "A determinação do valor do crédito por simples cálculo". *Atualidades sobre liquidação de sentença*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 189).

57. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, cit., p. 265.

ao pagamento da quantia em 15 dias, sob pena de incidência de multa de 10% sobre o montante do crédito (CPC, art. 475-J);

(ii) o credor dá início à fase executiva, apresentando planilha do seu crédito, mas o juiz determina a remessa dos autos ao contador, por entender que há, nos cálculos apresentados, um aparente excesso (art. 475-B, § 3º); se o contador apontar valor menor do que o perseguido pelo credor e este concordar com o seu cálculo, o devedor será, então, intimado a proceder ao pagamento na forma do art. 475-J; se o credor, porém, não concordar com a planilha do contador judicial, o devedor será intimado para, na forma do art. 475-J, pagar o valor apontado pelo *exeqüente*; não o fazendo, o juízo considerar-se-á garantido, para efeito de oferecimento de impugnação, com o oferecimento de bens que alcancem o valor apontado pelo *contador*;

(iii) não possuindo os dados e informações para, por si mesmo, efetuar os cálculos, o credor dá início à fase executiva do julgado, pleiteando que o devedor ou o terceiro sejam intimados para, em até 30 dias, apresentar esses dados e informações; a partir de então, são duas as possibilidades: *(iii.1)* apresentados os dados e informações, o credor deverá oferecer o seu memorial de cálculo; estando ele regular, a execução prosseguirá na forma do art. 475-J; não estando regular, poderá o juiz proceder da forma prevista no § 3º do art. 475-B (hipótese *"ii"*, acima); *(iii.2)* se os dados e informações não forem apresentados pelo devedor, o magistrado está autorizado a presumir como corretos os cálculos apresentados pelo credor; se não forem apresentados pelo terceiro, o juiz aplicará à espécie o art. 362 do CPC (CPC, art. 475-B, § 2º);

(iv) não dispondo de condições financeiras para contratar um contador particular, o credor dá início à fase executiva do julgado e pleiteia que o magistrado lhe conceda o benefício da justiça gratuita, remetendo os autos ao contador judicial a fim de que este, sem qualquer ônus financeiro para o credor, promova o cálculo do seu crédito; feitos esses cálculos, segue-se a execução de acordo com o art. 475-J do CPC.

Definido, por cálculos, o montante da dívida, o devedor somente poderia insurgir-se contra ele, como regra, mediante *impugnação*, a ser oferecida na forma e nos limites do art. 475-L do CPC[58]. É exatamente por isso que se deve exigir do magistrado um cuidado redobrado e uma postura ativa no exame do *cabimento* da liquidação por cálculos e dos próprios *cálculos* apresentados pelo credor. Com efeito, eram muitas as vozes que impunham o controle, pelo magistrado, do valor apresentado pelo credor com base no art. 604, CPC. O juiz teria o poder, "senão o dever, de realizar a censura da petição e da memória discriminada e atualizada do cálculo, que a acompanha"[59], pois se trata de questão que diz respeito à própria instauração do processo executivo.

---

58. Sobre o regramento da impugnação, ver item próprio no capítulo relativo às defesas do executado.
59. DINAMARCO, Cândido Rangel. "A três figuras da liquidação da sentença", ob. cit., p. 25. Ainda sobre o tema: TALAMINI, Eduardo. "A determinação do valor do crédito por simples cálculo", ob. cit., p. 167-194; ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999, p. 194; BUENO, Cassio Scarpinella. "O artigo 604 do Código de Processo Civil comporta objeção de pré-executividade? ('o excesso abusivo de execução' na nova disciplina da liquidação por cálculo)". *Atualidades sobre liquidação*

Tendo em vista, porém, que o poder do credor de liquidar unilateralmente o seu crédito tem um sensível potencial lesivo, na medida em que os seus cálculos, como se disse, somente poderiam ser discutidos no incidente de impugnação (que pode ser precedida de constrição de bens do devedor), parece possível que, não tendo sido efetuado esse controle pelo juízo, o executado apresente impugnação antes mesmo da atividade judicial constritiva[60]. Na verdade, e consoante demonstrado no capítulo sobre as defesas do executado, é possível que a impugnação seja apresentada independentemente de penhora, de sorte que o executado pode, antes mesmo da constrição judicial, antecipar-se e, apresentando sua impugnação, já demonstrar a existência de excesso no valor cobrado. Nesse caso, o juiz, colhendo a opinião do contador judicial, haverá de decidir a respeito do assunto.

> Nesse sentido, LUIZ RODRIGUES WAMBIER afirma que "a exatidão do cálculo que instrui o pedido de execução (...) é matéria de ordem pública, que pode (e deve) ser conhecida de ofício pelo juiz, também pode ser conhecida por ele depois do alerta dado pela parte, sem que, para tanto, seja necessário o oferecimento autônomo de impugnação, após a penhora"[61].

Sendo incabível a liquidação por cálculos – seja porque a complementação da norma individualizada depende de prova pericial ou de apuração de fato novo –, deve o juiz indeferir, liminarmente, o pedido executório, por ausência de liquidez do título em que se funda. Sendo exorbitante o valor alcançado pelo credor, cumpre ao juiz valer-se, como já se viu, do contador oficial, a fim de que se apure se estão, ou não, corretos os cálculos apresentados.

8.3. A liquidação por arbitramento

Liquidação por arbitramento é aquela em que a apuração do elemento faltante para a completa definição da norma jurídica individualizada depende apenas da produção de uma prova pericial. De acordo com o art. 475-C do CPC, deve-se optar por esse tipo de liquidação sempre que *(i)* assim o determinar a decisão liquidanda (inciso I, primeira parte), *(ii)* houver convenção das partes nesse sentido (inciso I, segunda parte) ou *(iii)* assim o exigir a natureza do objeto da liquidação (inciso II).

Como bem lembrado por ARAKEN DE ASSIS, casos há em que a própria lei se encarrega de determinar que a liquidação se proceda por arbitramento, como ocorre com a apuração

---

de sentença. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 113-150. Também assim o STJ: "em certas circunstâncias, o resultado indicado no cálculo feito pelo credor, constante do seu memorial, pode ser absurdo, tão distanciado da realidade que a própria instalação do processo de execução, com a penhora, constituiria indevida ofensa. Nesse caso, prudente é a decisão que ordena a remessa dos autos ao contador, para verificar a adequação do pedido, antes do julgamento da exceção apresentada pela devedora." (REsp. 135.124, Min. Ruy Rosado de Aguiar)

60. Afinal de contas "se o 'mero cálculo' independe de prova para ser elaborado (...), por insuprimível lógica não tem como depender de prova a averiguação de um defeito nele" (TALAMINI, Eduardo. "A determinação do valor do crédito por simples cálculo", ob. cit., p. 179).

61. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*, ob. cit., p. 234.

dos danos decorrentes da extinção da execução provisória (CPC, art. 475-O, II) e dos danos decorrentes da litigância de má-fé (CPC, art. 18, § 2º)[62].

Ainda que a sentença não o diga expressamente, podem as partes convencionar, antes ou depois da prolação da decisão liquidanda[63], que a liquidação dar-se-á por arbitramento. Mas essa convenção será ineficaz se houver necessidade de provar fato novo, caso em que será obrigatória a liquidação por artigos[64].

> É importante o alerta feito por TEORI ZAVASCKI: "Não se confunde a liquidação por arbitramento com arbitragem, nem a convenção de que trata o inciso I do art. 606 *[atualmente, inciso I do art. 475-C]*, com a convenção mediante a qual as partes submetem a solução do litígio ao juízo arbitral (art. 3º, da Lei 9.307, de 23.09.1996). Os árbitros, no juízo arbitral, têm poderes para dirimir todo o conflito entre as partes, inclusive o *an debeatur*. Na liquidação por arbitramento, o *árbitro* nada mais é do que um perito, pessoa com conhecimento técnico ou científico indispensável à apuração do valor da obrigação cuja existência está certificada na sentença liquidanda. Seu papel não é o de julgar, mas, simplesmente, o de dar, à luz dos seus conhecimentos especiais (de natureza técnica ou científica), uma definição a respeito do valor devido".[65]

Por fim, deve-se proceder à liquidação por arbitramento, quando assim o exigir a natureza do objeto da liquidação; é dizer, quando a perícia mostrar-se como o meio idôneo para a quantificação da obrigação certificada. É o que ocorre, por exemplo, quando é necessário valer-se do conhecimento especializado de engenheiro para aferir a extensão dos danos causados num prédio em virtude do desabamento do prédio vizinho, ou do conhecimento de um médico para aferir o grau da incapacidade laborativa da pessoa em favor de quem fora certificado o direito à percepção de pensão mensal decorrente de acidente do trabalho, ou ainda para se aferir o valor pecuniário da coisa que deveria ser entregue, da obrigação de fazer ou de não-fazer, que não puderam ser cumpridas na forma específica (CPC, arts. 627, § 2º, 633, par. ún., 638, par. ún., e 643).

> Eis um caso em que se entendeu *desnecessária* a liquidação por arbitramento: "Processual civil e civil. Recurso especial. Indenização. Danos morais. Configuração. Prequestionamento. Ausência. Apuração em liquidação por arbitramento. Desnecessidade. Princípio da economia processual. – Inviável a discussão da configuração do dano moral se a matéria não foi debatida pelo Tribunal de origem, nos moldes pretendidos pelo recorrente. – Verificada a ocorrência de danos morais decorrentes do protesto indevido, deve o juiz fixar, desde logo, o valor da indenização, sendo desnecessária a remessa à liquidação por arbitramento. – Em apreço ao princípio da

---

62. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit. p. 124.
63. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 349.
64. Cf. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit. p. 125. Em sentido contrário: "Neste caso, mesmo constatando que a hipótese não seria de liquidação através da intervenção de perito arbitrador mas sim de liquidação por artigos, o juiz determinará, já na sentença, que a liquidação se processe através da forma de arbitramento" (CARMONA, Carlos Alberto. "O processo de liquidação de sentença", *Revista de Processo*, cit., p. 51).
65. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 349-350. Acrescentamos o texto entre colchetes.

economia processual, e tratando a hipótese de dano moral *in re ipsa*, nada impede que o valor da indenização seja fixado em sede de recurso especial. – Recurso especial parcialmente provido" (STJ, 3ª T., REsp 782.969/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17.08.2006, publicado no DJ de 04.09.2006, p. 270)

É possível que a liquidação por arbitramento se desenvolva como *fase* do processo, como *processo autônomo* ou como *incidente* da fase executiva ou do processo de execução[66].

O requerimento[67] apresentado pelo interessado deverá pautar-se numa das hipóteses de cabimento desse tipo de liquidação. O art. 475-D do CPC é lacônico quanto ao procedimento a ser seguido. A despeito do seu silêncio, é forçoso concluir que a petição em que se pede a instauração dessa fase do procedimento já deve declinar os quesitos sobre os quais se pretende obter uma resposta do perito, bem como indicar o assistente técnico[68] – ou os assistentes técnicos, caso se trate de perícia complexa (CPC, art. 431-B).

Admitido o requerimento, e embora também aqui seja omisso o regramento dos arts. 475-C e 475-D do CPC, o juiz deve determinar que o sujeito passivo seja cientificado da postulação, podendo oferecer defesa[69]. Embora não o diga o § 1º do art. 475-A do CPC, o magistrado também deve, para evitar dilações indevidas (CF/88, art. 5º, LXXVIII), nesta mesma oportunidade, nomear o perito, fixar os seus honorários ou determinar que ele mesmo apresente proposta e formular os quesitos que pretende ver respondidos pelo *expert*.

A ciência ao sujeito passivo da liquidação será feita *(i)* quando se tratar de liquidação por arbitramento instaurada como fase de um processo ou como incidente, por *intimação* dirigida ao seu advogado (CPC, art. 475-A, § 1º), o que poderá ser feito por publicação veiculada na imprensa oficial; ou *(ii)* quando se tratar de processo de liquidação, por *citação* dirigida ao próprio sujeito passivo – não mais ao seu advogado, como antes admitia o hoje revogado art. 603, par. ún., do CPC –, que poderá ser feita por mandado (CPC, art. 475-N, par. ún.), por via postal[70] ou por edital.

Cientificado do ato postulatório, o sujeito passivo poderá *(i)* insurgir-se, por exemplo, contra a admissibilidade do procedimento ou contra a própria pretensão à efetivação que a liquidação visa preparar, nos termos e nos limites indicados acima, no item relativo à cognição judicial na liquidação, *(ii)* impugnar o perito nomeado, por entendê-lo inabilitado

66. É o que se dá quando é necessário apurar o valor da coisa, do fazer ou do não-fazer que deva ser convertido em pecúnia em razão da impossibilidade de se alcançar a tutela na forma específica. Se a obrigação foi imposta por decisão judicial, essa apuração poderá ser feita por arbitramento, mediante liquidação incidental à fase executiva do processo; se essa obrigação decorre de sentença arbitral, de sentença estrangeira homologada ou de título extrajudicial, essa apuração poderá ser feita por arbitramento, mediante liquidação incidental ao processo autônomo de execução do título.
67. O requerimento que inicia o processo autônomo de liquidação por arbitramento é, naturalmente, uma petição inicial, que deve atender aos requisitos previstos nos arts. 282 e 283 do CPC.
68. Também nesse sentido, LUCON, Paulo Henrique. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1789.
69. Nesse sentido, LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit, v. 6, t. 2, p. 601.
70. É importante perceber que a proibição da citação postal contida no art. 222, "d", do CPC, não se aplica à fase de liquidação (Cf. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit. p. 107).

ao exercício do mister (CPC, art. 424, I), *(iii)* mediante exceção instrumental, argüir o seu impedimento ou suspeição (CPC, art. 138, III e § 1º) ou ainda *(iv)* simplesmente apresentar os seus quesitos de perícia e indicar o seu assistente técnico.

O prazo para que apresente a sua resposta há de ser o de 15 dias, por aplicação subsidiária do procedimento comum ordinário (CPC, art. 297 c/c art. 475-F[71]).

É possível, ainda, que o sujeito passivo, embora devidamente cientificado, silencie. A despeito disso, em razão dos estreitos limites desse tipo de liquidação – que visa tão-somente a complementar a norma jurídica individualizada mediante a produção de uma prova pericial –, não se pode falar em incidência dos efeitos da revelia[72], sobretudo o da presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial (CPC, art. 319), vez que os fatos com os quais se trabalha aqui são, necessariamente e por definição, fatos já discutidos na fase cognitiva prévia ou no processo cognitivo anterior e a solução acerca da sua existência ou inexistência já foi dada pela decisão liquidanda, que não pode ser afastada pela ausência de manifestação do sujeito passivo. Inexistindo a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial, não se pode falar em julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 330, II), que é outro efeito da revelia. Do mesmo modo, nos casos em que a liquidação por arbitramento se desenvolve como *fase* ou como *incidente* processual, é inaplicável o art. 322 do CPC[73], eis que o sujeito passivo, normalmente, já tem advogado constituído nos autos, a quem devem ser dirigidas as intimações relativas aos atos subseqüentes[74].

Havendo alguma reação por parte do sujeito passivo, com dedução de defesas processuais, alegação de fatos novos ou juntada de documentos, o liquidante deverá ser chamado a manifestar-se, em atenção ao contraditório, podendo o magistrado fixar-lhe o prazo de 10 dias, em consonância com os arts. 326 e 327 do CPC, ou, no caso de juntada de documentos, o prazo de 5 dias (CPC, art. 398). A falta de indicação do prazo pelo juiz, porém, fará incidir o art. 185 do CPC, que prevê o prazo *supletivo* de cinco dias.

Oferecida exceção de imparcialidade contra o perito, contra este correrá o incidente, na forma do art. 138, § 1º, do CPC. Obviamente, também o liquidante, tomando ciência do perito nomeado, poderá argüir, por exceção instrumental, a sua parcialidade.

---

71. Apesar de este último dispositivo referir-se apenas à liquidação por artigos, é natural que, à falta de outro que regulamente o tema, seja aplicável também, por analogia, à liquidação por arbitramento, até porque não é incompatível com o seu procedimento.
72. Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 353-354; ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*, cit., p. 128.
73. Art. 322. "Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório". Parágrafo único. "O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar".
74. Mas Teori Zavascki alerta: "O efeito da revelia, consistente no prosseguimento do processo independentemente de intimação, pode ocorrer em uma situação: quando o réu, que não tem advogado constituído nos autos, tiver de ser citado *[ou intimado]* pessoalmente, e, mesmo assim, não apresentar representante processual" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 354). Acrescentamos a informação entre colchetes, já que o excerto foi redigido antes da Lei n. 11.232/2005.

Se, em sua resposta, o sujeito passivo cingir-se a simplesmente oferecer quesitos e indicar assistente técnico, caberá ao juiz fixar prazo para entrega do laudo pericial, intimando o *expert* para que inicie os trabalhos. A partir de então, o procedimento seguirá os passos da produção da prova pericial, sobre a qual já se falou em capítulo próprio no v. 2 deste *Curso*. Ao final, o juízo proferirá *(i)* decisão interlocutória, quando se tratar de liquidação por arbitramento como *incidente processual*, sendo que essa decisão poderá ser impugnada por agravo de instrumento (art. 475-H, CPC); *(ii)* sentença, quando se tratar de liquidação por arbitramento como *fase* ou como *processo autônomo*, cabendo igualmente agravo de instrumento (CPC, art. 475-H).

8.4. A liquidação por artigos

Se a apuração do montante da dívida ou a individuação do objeto da prestação depender de prova de *fato novo*, ainda que essa prova seja pericial, deve-se proceder à liquidação por artigos (CPC, arts. 475-E e 475-F). *Fato novo* é aquele relacionado com o valor, com o objeto ou, eventualmente, com algum outro elemento da obrigação, que não foi objeto de anterior cognição na fase ou no processo de formação do título. O *novo* não diz respeito necessariamente ao momento em que o fato ocorreu, mas ao seu aparecimento no processo. Realmente, se algum elemento, que seja fundamental para a aferição do valor, ainda não consta dos autos, é necessária a instauração da liquidação por artigos para que haja contraditório sobre esse elemento (que é novo, pois ainda não inserido nos autos) e, então, possa ser fixado o valor com base nele.

> Vale a pena transcrever a lição de ANTÔNIO CARLOS MATTEIS DE ARRUDA, para quem "'fato novo' é aquele evento ou ocorrência ainda não verificado, dentro do processo, quer por inexistir quando da instauração do mesmo (fato novo superveniente ao processo) quer por não ter sido objeto de alegação, discussão e prova dentro do processo (aqui a novidade decorre da não alegação, discussão e prova, embora o fato não seja necessariamente novo, quanto à sua existência)".[75]

Por exemplo, se a sentença condena o réu ao pagamento das despesas com o tratamento médico a que, no futuro, o autor venha a se submeter, para que este último possa cobrar do devedor a respectiva quantia, deverá demonstrar fatos novos, que não foram objeto de conhecimento no momento de formação do título, consistentes na superveniência da despesa, na sua vinculação com o tratamento médico e no seu valor. Do mesmo modo, se a decisão confere ao sócio-excluído o direito a parcela do estabelecimento comercial de determinada empresa, pode haver necessidade de alegação e demonstração de fatos novos, como a qualidade, quantidade, características e valor dos bens individuais que compõem essa universalidade de fato (CC, art. 89). Por último, submetem-se também à liquidação por artigos, para que possam ser executados, a sentença penal condenatória (CP, art. 91, I), o acórdão que julga procedente revisão criminal (CPP, art. 630) e a decisão que certifica

75. ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*, cit., p. 99.

direitos individuais homogêneos[76], vez que aí, necessariamente, serão imprescindíveis a alegação e a prova de fatos novos.

A liquidação por artigos pode desenvolver-se como uma *fase* do processo ou como *processo autônomo*. Em ambos os casos, deve-se observar, no que for cabível, o procedimento comum (CPC, art. 475-F), que pode ser *ordinário* ou *sumário* (CPC, art. 272). Dessa forma, a liquidação por artigos, quer se desenvolva como fase ou como processo autônomo, poderá seguir o rito comum ordinário ou o rito comum sumário.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, escrevendo sobre o assunto antes da Lei Federal n. 11.232/2006, entendia que deveria ser adotado "em princípio o procedimento *comum* que houver sido adotado no processo de conhecimento onde foi proferida a sentença liqüidanda"[77]. TEORI ZAVASCKI, seguindo raciocínio semelhante, também à luz da legislação anterior, afirmava que nem sempre o rito da liquidação deveria coincidir com o rito do processo anterior em que o título se formara[78].

Parece, porém, que, se houver necessidade de deflagração de um *processo autônomo* de liquidação por artigos, o procedimento deve ser definido segundo as regras gerais: seguirá o rito sumário sempre que se encaixar numa das hipóteses previstas no art. 275 do CPC; seguirá o rito ordinário nos demais casos. Nos casos, porém, em que a liquidação por artigos se desenvolver como uma *fase* do processo, o procedimento deverá seguir o mesmo rito da fase cognitiva anterior, se nela se utilizou o procedimento comum, justamente porque vem para complementá-la, não se podendo admitir que a fase cognitiva complementar siga rito distinto daquele por que trilhou a fase cognitiva principal.

Qualquer que seja o procedimento a ser seguido, a liquidação será iniciada a requerimento do interessado (CPC, art. 475-A, § 1º). Nessa petição[79], o liquidante indicará o fato novo (ou fatos novos) em que fundamenta o seu pedido. É nesse sentido que se fala em liquidação *por artigos*: é necessário que o pedido de liquidação *articule* – isto é, exponha, indique – os fatos novos em que se baseia[80]. Isso consubstancia a sua causa de pedir.

Em se tratando de *fase* de liquidação por artigos, o sujeito passivo será cientificado mediante *intimação* dirigida ao seu advogado (CPC, art. 475-A, § 1º), o que poderá ser feito por publicação veiculada na imprensa oficial. No caso de *processo autônomo* de liquidação por artigos, o sujeito passivo será *citado* pessoalmente, o que poderá ser feito por mandado (CPC, art. 475-N, p. ún.), por via postal ou por edital. Em regra, a citação

---

76. Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 194-195.
77. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 622.
78. Eis as suas palavras: "Certamente não serão iguais nos casos em que a sentença liquidanda tenha resultado de um procedimento especial. Mas poderão ser iguais, embora não necessariamente, se a sentença tiver resultado de procedimento ordinário ou de procedimento sumário" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 358-359).
79. A petição que inicia o *processo autônomo* de liquidação por artigos é *petição inicial*, que deve atender, naturalmente, os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC.
80. "Por *artigos* de liquidação, expressão importada das antigas Ordenações, há de se entender a formulação articulada dos fatos novos que embasam o pedido" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 358).

haverá de ser feita por via postal, aplicando-se o *caput* do art. 222 do CPC. Somente quando não for possível a citação por via postal ou quando frustrada a primeira tentativa de citar o demandado (CPC, art. 224) é que se deverá realizar a citação por oficial de justiça.

Uma vez citado, o sujeito passivo terá oportunidade de oferecer sua defesa – na audiência a ser designada, se o rito for o sumário, ou em 15 (quinze) dias, se o rito for o ordinário. Além de poder discutir os requisitos de admissibilidade da própria liquidação e de poder impugnar os próprios fatos novos que compõem a causa de pedir, poderá ele declinar qualquer dos argumentos de defesa indicados anteriormente, no item relativo à cognição judicial na liquidação.

Se, porém, não apresentar resposta, incide o efeito da revelia relativo à presunção relativa de veracidade dos fatos (novos) afirmados no requerimento de liquidação (CPC, art. 319). Naturalmente, sendo relativa essa presunção, pode o juiz afastá-las se forem inverossímeis as alegações do liquidante, determinando, até mesmo de ofício (CPC, art. 130), que se produzam as provas necessárias, ou se estiverem em conflito com a decisão liquidanda e com os fatos apurados na anterior fase ou processo cognitivo (CPC, art. 475-G). Prevalecendo a presunção de veracidade, admite-se o julgamento antecipado do pedido liquidatório (CPC, art. 330, II). Por fim, nos casos em que a liquidação por artigos se desenvolve como *fase* do processo, se o sujeito passivo possui advogado constituído nos autos, não se aplica o art. 322 do CPC, e a ele devem ser dirigidas as intimações relativas aos atos subseqüentes.

Oferecida ou não a resposta, a liquidação segue o rito próprio (ordinário ou sumário) e será decidida, necessariamente, por *sentença*, eis que o pronunciamento aí tem aptidão para pôr fim a uma fase cognitiva (complementar) do procedimento em primeira instância. Em se tratando, porém, de *fase* de liquidação por artigos, o recurso cabível contra essa sentença, por expressa determinação legal, será o agravo de instrumento (CPC, art. 475-H)[81] e, no caso de *processo* de liquidação por artigos, também é cabível o agravo de instrumento, recurso expressamente indicado pelo legislador no art. 475-H do CPC.

Desde que verse sobre questão de mérito e se torne irrecorrível, a decisão que encerra a liquidação tem aptidão para revestir-se da coisa julgada material.

9. LIQUIDAÇÃO COM "DANO ZERO" (SEM RESULTADO POSITIVO) E O *NON LIQUET*

A liquidação com *dano zero* ou *sem resultado positivo* é aquela em que se conclui que o liquidante não sofreu dano algum, isto é, o *quantum debeatur* é zero, o que torna inexistente o próprio *an debeatur*. É o que ocorre, por exemplo, quando a prova pericial, na liquidação por arbitramento, indica que o liquidante, credor de indenização por supostos prejuízos decorrentes de conduta praticada pelo réu, na verdade não sofreu dano algum,

81. Ver, para maiores detalhes quanto a este posicionamento, o item relativo à fase de liquidação, acima.

ou quando o autor alega que os reajustes no seu benefício previdenciário deveriam ser feitos de acordo com um determinado índice, distinto do utilizado pela autarquia previdenciária, e vê reconhecido o seu direito por sentença, que remete à posterior liquidação o cálculo das diferenças mensais, mas na liquidação se percebe que o índice preferido pelo autor/liquidante e cuja aplicação foi imposta por sentença é pior do que aquele até então utilizado pela autarquia previdenciária.

Essa situação teratológica (patológica) decorre de que, provavelmente, na fase cognitiva inicial não foram investigadas a contento as circunstâncias de fato que supostamente alicerçavam o direito afirmado pelo credor. O suporte fático do *an debeatur* não estava completo. A sentença, portanto, que firma juízo condenatório em situações como esta, mostra-se incerta, insuscetível de firmar um preceito, porque o direito por ela certificado não foi suficientemente investigado, o que a torna um ato jurídico nulo. Trata-se de uma anomalia juridicamente inadmissível em nosso sistema[82].

Diante de uma situação como essa, o que deve fazer o juiz que preside a liquidação? Como fica ele frente à regra do art. 475-G do CPC que o proíbe modificar a norma individualizada contida na sentença liquidanda? Teori Zavascki, acertadamente, conclui que a única forma de não se onerar o sujeito passivo duplamente – visto que já foi alvo de condenação anômala – é julgar-se improcedente o pedido de liquidação[83].

> Com juízo semelhante, Cândido Rangel Dinamarco dita que "o mais razoável e realista é autorizar o juiz a concluir pelo valor zero, sendo arbitrário obrigá-lo a afirmar uma quantidade positiva, em desacordo com os elementos de convicção existentes nos autos; o que lhe é rigorosamente vedado é negar os fatos aceitos na sentença liquidanda ou substituir o juízo ali formulado quanto à obrigação e seus pressupostos".[84] De igual modo, Luiz Rodrigues Wambier entende que, em casos assim, "o caminho será necessariamente o da improcedência do pedido de liquidação, porque, na verdade, aquele juízo hipotético sobre a existência do dano ao patrimônio da vítima não se terá convertido em juízo efetivo."[85]

Sobre o tema, o STJ decidiu o seguinte:

> "PROCESSO CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PROVA DE PARTE DO DANO. INEXISTÊNCIA. PERDA SEM CULPA DAS PARTES. LIQUIDAÇÃO IGUAL A ZERO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, QUANTO A ESTA PARCELA, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE DE REPROPOSITURA. 1. Na hipótese em que a sentença fixa a obrigatoriedade de indenização de determinado

82. Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 364.
83. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 366.
84. O autor traz, ainda, interessante panorama de opiniões de doutrinadores de escol: como Calamandrei que não admite liquidação com valor zero, defendendo que se deve sempre chegar a um valor positivo; ou Liebman que entende que zero também é um valor numérico, uma representação quantitativa; e Virginio Rognoni para quem o juiz deve chegar ao menos no valor 01 (um). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 626-627).
85. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. cit., n. 3.5.5, p. 170-171.

> dano, mas nenhuma das partes está em condições de demonstrar a existência e extensão desse dano, não é possível ao juízo promover a liquidação da sentença valendo-se, de maneira arbitrária, de meras estimativas. 2. Impossibilitada a demonstração do dano sem culpa de parte a parte, deve-se, por analogia, aplicar a norma do art. 915 do CPC/39, extinguindo-se a liquidação sem resolução de mérito quanto ao dano cuja extensão não foi comprovada, facultando-se à parte interessada o reinício dessa fase processual, caso reúna, no futuro, as provas cuja inexistência se constatou. 3. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 1280949/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 25/09/2012, DJe 03/10/2012)

Entendemos que, para resolver o problema, é desnecessária a aplicação de dispositivo do Código de Processo Civil de 1939. O que se tem, no caso, é, como visto, uma demanda cognitiva por meio da qual se pretende apenas *complementar* a norma jurídica individualizada. Se não há o que liquidar, o caso, então, é de julgar *improcedente* o pedido liquidatório. Ora, a partir do momento em que, nas palavras do próprio julgado, "nenhuma das partes está em condições de demonstrar a existência e extensão desse dano", isso demonstra que há uma deficiência na própria decisão liquidanda, que certificou um direito à indenização sem aferir adequadamente essas questões de fato.

Há, no juízo de improcedência do pedido liquidatório, uma decisão *de mérito*, que, transitada em julgado, fica acobertada pela coisa julgada material. O precedente do STJ, contudo, parece enxergar, nesse caso, uma espécie de coisa julgada *secundum eventum probationis*, ao afirmar que a parte pode, no futuro, reiniciar essa fase processual, caso reúna as provas de que precisa, o que nos parece equivocado.

É possível, ainda, falar em liquidação com *dano zero*, nos casos em que a obrigação de indenizar é um efeito anexo da decisão, como ocorre com a sentença penal condenatória, com as sentenças que extinguem execução provisória ou fazem cessar a eficácia de medida cautelar, ou ainda com o acórdão que julga procedente revisão criminal. Nesses casos, como o grau de iliquidez é maior, é perfeitamente possível que se chegue à conclusão de que dano algum ocorreu, caso não seja provada a sua extensão; aqui, a liquidação *sem resultado positivo* é um fenômeno *fisiológico*, e não *patológico*.

Ademais, pode-se falar em liquidação com *dano zero* mesmo quando a existência do dano (*an debeatur*) já tenha sido abstratamente definida. Isso é possível nas ações individuais de liquidação dos títulos formados nas ações coletivas versando sobre interesses individuais homogêneos: nesse caso, os titulares desses direitos individuais homogêneos já certificados (em tese) poderão ingressar com suas respectivas ações individuais de liquidação, demonstrando os prejuízos concretamente sofridos, o nexo de causalidade com o dano causado pelo réu e o montante desses prejuízos. Se não conseguem demonstrar esses prejuízos concretamente sofridos, ter-se-á então liquidação com dano zero.

> É o que ocorre com o poupador que, valendo-se de sentença proferida contra determinada instituição financeira em ação coletiva, busca a liquidação do crédito a que imagina fazer jus em decorrência do não pagamento, pelo estabelecimento bancário, das diferenças relativas aos expurgos inflacionários referentes aos Planos Verão e Collor I, mas, ao calcular o seu crédito, observa que o valor depositado em conta, à época dos referidos planos, era zero (base de cálculo igual a zero).

O mesmo ocorre nas liquidações de decisão proferida em mandado de segurança coletivo ou ainda nas liquidações de decisão proferida em causa de que seja parte o sindicato ou entidade associativa, agindo em nome próprio, mas em defesa dos interesses dos seus afiliados ou associados.

Outra questão interessante, e que guarda consonância com o que aqui se diz, é a relativa à possibilidade, ou não, de o magistrado, não estando convencido diante das provas produzidas na fase ou no processo de liquidação, pronunciar o *non liquet*, isto é, deixar de julgar por não ter elementos para tanto.

Sobre o assunto, DINAMARCO lembra que o CPC-39 tinha regra específica, que estabelecia que "se as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se a nova liquidação" (CPC-39, art. 915). Essa regra não foi reproduzida no CPC-73. Ainda assim, o professor paulista entende que ela deve ser observada: a liquidação deveria, em sua opinião, ser extinta sem análise do mérito, e as partes estariam autorizadas a propor nova liquidação[86].

> DINAMARCO continua: "No processo de conhecimento é notório que, à falta de prova dos fatos alegados pelo autor, o juiz deve tê-los por inexistentes e, conseqüentemente, julgar improcedente a demanda. (...) Na liqüidação, todavia, as coisas não podem ser tratadas com todo esse rigor porque existe já uma prévia declaração judicial de que a obrigação existe (condenação genérica), faltando apenas esclarecer o valor; e, diante disso, sem a prova convincente de que o valor a pagar é *zero*, seria ilegítimo proferir uma decisão que conduzisse ao mesmo resultado prático e jurídico da sentença que julgasse assim"[87].

Não é essa a opinião manifestada aqui neste *Curso*. A falta de prova acerca da extensão da obrigação ou do seu objeto revela, na verdade, o mesmo problema apontado linhas atrás, quando se falou no "valor zero": insuficiência da investigação empreendida na anterior fase cognitiva acerca das circunstâncias de fato que supostamente alicerçavam o direito afirmado pelo credor. Provar que o valor é zero ou não provar o valor é, por caminhos distintos, chegar à mesma conclusão: a de que a própria obrigação não existe.

Diante de uma situação como essa, portanto, não pode o juiz pronunciar o *non liquet* – atitude, aliás, que lhe é vedada expressamente pelo ordenamento (CPC, art. 126) –, porque *não julgar* é desrespeitar o direito fundamental do jurisdicionado de acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV). A participação do juiz deve ser ativa, determinando, até mesmo de ofício (CPC, art. 130), a produção de provas acerca dos fatos discutidos na liquidação[88]. Se, ainda assim, não for obtida prova da extensão da obrigação ou do seu

86. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 628.
87. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 628.
88. Admitindo essa postura ativa do juiz na liquidação, ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*, cit., p. 79.

objeto, cumpre-lhe aplicar as regras de ônus da prova e decidir pela *improcedência* do pedido de liquidação[89].

Não se pode dizer que a liquidação deve ser extinta sem exame de mérito, porque o exaurimento dos meios de prova não é questão vinculada à admissibilidade do pedido de liquidação, mas questão afeta ao seu mérito. Tampouco se pode usar esse argumento para justificar a possibilidade de o liquidante reiterar o seu pedido em momento posterior, pois isso representaria flagrante ofensa à segurança jurídica.

> Nada impede que o legislador venha a, *de lege ferenda*, estabelecer, tal como fez em alguns outros casos[90], que a decisão que encerra a liquidação submeta-se à coisa julgada *secundum eventum probationis*, isto é, somente se torne imutável se houver exaurimento dos meios de prova. Mas isso depende, naturalmente, de previsão legal e, ainda que assim o fosse, a decisão aí proferida seria decisão *de mérito*.

10. A LIQUIDAÇÃO NAS AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Como será examinado no capítulo próprio, a execução proposta em face da Fazenda Pública contém regras próprias, devendo aplicar-se o procedimento previsto nos arts. 730 e 731 do CPC. Independentemente de o título ser judicial ou extrajudicial, a execução contra a Fazenda Pública constitui um processo autônomo, vinculado à exigência constitucional da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Significa que as regras pertinentes ao cumprimento da sentença e à execução de título extrajudicial não se aplicam ao processo que tem a Fazenda Pública como ré. Esta é regida por regras que compõem um regime jurídico próprio, desvinculado daquele normalmente aplicável a processos que envolvem particulares.

Embora a Fazenda Pública esteja submetida a uma execução própria, regida por regras específicas, as normas concernentes à liquidação da sentença são normalmente aplicáveis nos processos que envolvam a Fazenda Pública.

Com efeito, as regras contidas nos arts. 475-A a 475-H do CPC são aplicáveis aos processos de que faça parte a Fazenda Pública, motivo pelo qual a liquidação de sentença proferida contra qualquer pessoa jurídica de direito público segue, igualmente, os ditames daquelas regras[91].

A liquidação da sentença proferida contra a Fazenda Pública deverá – seguindo-se o art. 475-A do CPC – ser iniciada por requerimento, vindo a Fazenda Pública a ser apenas intimada na pessoa do procurador que atua nos autos, e não mais citada, para responder à liquidação. Ainda que a apelação interposta contra a sentença tenha o duplo efeito, *poderá* ser iniciada a liquidação da sentença (CPC, 475-A, § 2º). A expedição de precatório ou de

89. Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, p. 366.
90. É o que ocorre, por exemplo, na ação civil pública (art. 16, Lei n. 7.347/1985), na ação popular (art. 18, Lei n. 4.717/1965) e nas ações coletivas para defesa de direitos difusos ou coletivos (art. 103, I e II, CDC).
91. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, n. 12.1.1, p. 252-253.

requisição de pequeno valor, por exigência constitucional, depende do *prévio trânsito em julgado*. Isso poderia conduzir à conclusão segundo a qual não seria possível a liquidação imediata ou "provisória" contra a Fazenda Pública, não se lhe aplicando o § 2º do art. 475-A do CPC. Ocorre, porém, que a exigência constitucional do prévio trânsito em julgado diz respeito à *expedição* do precatório ou da requisição de pequeno valor. Tal exigência *não* impede a liquidação imediata ou "provisória". O trânsito em julgado, não custa repetir, é necessário, apenas, para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor. É possível, enfim, a liquidação "imediata" ou "provisória" contra a Fazenda Pública[92].

Já se viu que, quando o valor da obrigação puder ser apurado por simples cálculo, baseado em cotação em bolsa, em lei ou contrato, em dados ou documentos constantes dos autos ou admitidos pelas partes, não se faz necessária a liquidação da sentença, devendo a execução ser intentada com memória de cálculo que demonstre o montante executado. Tal regra constava do art. 604, estando atualmente contida no art. 475-B.

Na época em que vigorava o art. 604 do CPC, questionava-se se, nas execuções propostas contra a Fazenda Pública, também se exige a memória de cálculo. A matéria é controvertida, despontando, de um lado, entendimento no sentido de que o então art. 604 do CPC fazia referência ao art. 652 (que trata da execução por quantia certa contra devedor solvente, exigindo-se penhora e expropriação) não se adequando ao rito dos arts. 730 e 731 do CPC (quem assim entende deverá, provavelmente, manter seu entendimento, na medida em que houve, apenas, alteração dos dispositivos, sem modificação substancial: o art. 604 foi substituído pelo art. 475-B e o art. 652, pelo art. 475-J). De outro lado, avulta o entendimento, segundo o qual não há qualquer incompatibilidade entre a exigência da memória de cálculo e a execução contra a Fazenda Pública[93].

Não obstante a controvérsia, parece mais adequado entender que o art. 475-B do CPC aplica-se às execuções contra a Fazenda Pública, cabendo ao exeqüente instruir sua petição inicial com a memória atualizada do valor da dívida[94].

Como se vê, as regras de liquidação de sentença (CPC, arts. 475-A a 475-H) aplicam-se aos processos que envolvem a Fazenda Pública. Não se aplicam, todavia, as novas regras do cumprimento de sentença, devendo a Fazenda Pública ser executada na forma dos arts. 730 e 731 do CPC, obedecida a sistemática do precatório, prevista na Constituição Federal, tal como demonstrado no capítulo sobre a execução contra a Fazenda Pública, deste *Curso*.

92. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. cit., n. 12.1.1. p. 254.
93. Sobre tais discussões, consultar CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. cit., p. 255-256.
94. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. cit., p. 256.

CAPÍTULO IV

TÍTULO EXECUTIVO

Sumário • 1. A necessidade e a importância do título executivo na execução – 2. Natureza jurídica do título executivo – 3. O título executivo como documento indispensável ao desenvolvimento válido do processo executivo – 4. Princípio da taxatividade dos títulos executivos – 5. Tipicidade dos títulos executivos – 6. Atributos da obrigação representada no título executivo – 7. Rol de títulos executivos judiciais: 7.1. Considerações gerais; 7.2. Decisão que reconhece a existência de obrigação; 7.3. Sentença penal condenatória transitada em julgado:7.3.1. Generalidades; 7.3.2 O problema da fixação do valor mínimo da indenização na sentença penal condenatória; 7.4. Decisão que homologar autocomposição judicial; 7.5. Sentença arbitral; 7.6. Acordo extrajudicial homologado; 7.7. Decisão estrangeira homologada pelo STJ; 7.8. Formal de partilha – 8. Rol de títulos executivos extrajudiciais: 8.1. Considerações gerais; 8.2. Títulos de crédito: 8.2.1. Generalidades; 8.2.2. Letra de câmbio; 8.2.3. Nota promissória; 8.2.4. Duplicata; 8.2.5. Debênture; 8.2.6. Cheque; 8.3. Escritura pública ou qualquer documento público assinado pelo devedor; 8.4. Documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; 8.5. Transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; 8.6. Contratos garantidos por hipoteca, penhor e anticrese; 8.7. Contratos garantidos por caução; 8.8. Contratos de seguro de vida; 8.9. O crédito decorrente de foro e laudêmio; 8.10. O crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios; 8.11. O crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor; 8.12. A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública; 8.13. Demais títulos.

1. A NECESSIDADE E A IMPORTÂNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO NA EXECUÇÃO

Como já se viu no capítulo da *Introdução ao estudo da tutela jurisdicional executiva*, não há execução sem título (*nulla executio sine titulo*). Somente se permite a instauração do procedimento executivo, se houver e constar dos autos o título executivo.

O título executivo é muito importante na execução. Sem ele não se pode aferir a causa de pedir, o pedido, nem a legitimidade, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, enfim, pode-se dizer que o título executivo é *onipotente*: ele é o documento indispensável para a propositura da execução e é com base nele que todos os elementos da ação, as condições da ação, vários requisitos processuais etc. serão examinados. A cognição na execução recairá sobre o título e tudo o que dele possa ser extraído.

A execução depende de um título executivo. O título executivo consiste numa espécie de "bilhete de ingresso", sem o qual o credor não pode valer-se do procedimento executivo[1].

Daí se impor examinar cada um dos títulos executivos. Antes, porém, é relevante analisar sua natureza jurídica e algumas normas fundamentais que existem a seu respeito.

2. NATUREZA JURÍDICA DO TÍTULO EXECUTIVO

Há várias teorias que procuram identificar a natureza jurídica do título executivo.

---

1. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 99.

A doutrina italiana controverte muito sobre o tema, não havendo tanta preocupação a respeito do assunto na doutrina brasileira.

> Essa peculiaridade foi percebida por MARCELO LIMA GUERRA, que assim registrou: "É importante observar, desde logo, que, ao contrário da doutrina italiana, onde floresceram interessantes teorias a respeito da natureza jurídica do título executivo, os autores nacionais, quase à unanimidade, pouco se detiveram em investigações acerca deste importante tema. De fato, como se vai mais adiante procurar demonstrar, os processualistas nacionais, até mesmo os que se ocuparam de uma forma mais aprofundada do processo de execução, em regra, limitam-se a tomar partido por uma das teorias que ainda formam a essência do fecundo debate doutrinário sobre o assunto de que se trata"[2].

Para LIEBMAN, o título executivo seria um *ato jurídico* que incorpora a *sanção*, exprimindo a vontade concreta do Estado de que se proceda a uma determinada execução. O título teria, então, natureza *constitutiva*, fazendo nascer a ação executiva e conferindo ao credor legitimidade para ajuizá-la. LIEBMAN nega caráter probatório ao título executivo, partindo da premissa de que não há cognição na execução, nem formulação de juízos pelo órgão jurisdicional[3]. O pensamento de LIEBMAN foi construído para explicar a sentença condenatória. A teoria do *ato jurídico* seria compatível com o título executivo *judicial*, não sendo suficiente para explicar a natureza jurídica do título executivo *extrajudicial*[4]. O documento serve como *prova* do ato; é o *ato* que tem eficácia constitutiva, e não o documento. Este é apenas a *prova* do ato, sendo o ato o *núcleo* do título executivo.

> Essa teoria de Liebman restou por ser, recentemente, rejeitada nas últimas reformas legislativas que alteraram o Código de Processo Civil. Originariamente, dizia-se que o *título executivo* deveria ser certo, líquido e exigível. O art. 580 do CPC, na sua atual redação, diz que o que deve ser certo, líquido e exigível, não é o título executivo, mas a *obrigação* nele consubstanciada. O título é um *documento* que comprova um ato jurídico extrajudicial ou a decisão proferida pelo julgador. Não basta o ato para a instauração da execução: é preciso que este ja adequadamente documentado.

FRANCESCO CARNELUTTI, que travou célebre polêmica doutrinária com Liebman, acentua o caráter de *documento* do título executivo. Trata-se, porém, de um documento que, além de *prova legal* de um fato, serve para demonstrar também a eficácia jurídica de um fato, a relação jurídica que nele é certificada. Assim, afirma CARNELUTTI, não basta dizer que o título executivo é uma *prova legal*; ele é algo mais: um documento provido de uma eficácia mais intensa do que a de uma simples fonte de prova, pois vale para estabelecer a existência de uma relação jurídica ou, em outros termos, a eficácia jurídica de um fato[5].

---

2. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995, n. 4.2, p. 86.
3. Chega a dizer que "o juiz não tem de examinar provas, nem formar sua convicção e sim, unicamente, deferir o pedido que se apresente fundamentado em título competente" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Bestbook, 2001, p. 38).
4. "É pouco crível o devedor auto-aplicar-se sanções, que evidenciam dado posterior e externo à obrigação". (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 145)
5. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, n. 188, p. 300-301.

> Carnelutti reviu o seu posicionamento anterior, que considerava o título executivo apenas uma prova legal. Carlo Furno criticava a concepção originária de Carnelutti, exatamente porque o documento prova fatos, e não efeitos jurídicos. O documento prova o ato, mas não o crédito[6].
>
> Assim como Liebman, Furno parte da premissa de que a execução pressupõe certeza quanto ao crédito e que o título é condição para o exercício da ação executiva. Do ponto de vista *formal*, o título é um documento. Do ponto de vista *substancial*, o título não é o ato, mas sim um aspecto dele, correlato a uma sua qualidade específica: a aptidão para acionar a via executiva, fundada no acertamento judicial ou extrajudicial do crédito[7]. Dá, pois, grande relevo ao acertamento do crédito, que considera o título executivo em acepção substancial.
>
> Como visto no capítulo introdutório, neste volume, a regra de que não há execução sem título não pode ser compreendida como uma norma que impõe a *certeza jurídica* para o início da atividade executiva. Ao menos no Direito positivo brasileiro, há procedimentos executivos instaurados com base em decisões fundadas em cognição sumária, de que servem de exemplo a execução da tutela antecipada e a execução provisória. A regra de que não há execução sem título *impõe* que a atividade executiva, provisória ou definitiva, somente pode ser instaurada se for apresentado um instrumento de um ato jurídico a que a lei atribua a eficácia executiva.

A opinião de Carnelutti também não está a salvo de críticas. Ao ser proposta a execução, basta que haja o título executivo, não sendo necessário que haja, realmente, o crédito ou o direito do exeqüente. A teoria de Carnelutti não consegue explicar a existência de *execuções injustas*, ou seja, execuções que chegam ao seu termo, com a satisfação da obrigação, que, na verdade, não existe. É bem verdade que o processo de execução não pode ser absolutamente indiferente ao direito material, mas é inegável que, enquanto subsistir o título executivo, a execução pode ser ajuizada e processada até o final. Não desconstituído o título ou não afastada sua eficácia por qualquer motivo, é possível ajuizar e processar a execução.

Para Italo Andolina[8], trata-se da *representação documental típica de um crédito* (*rectius*: direito a uma prestação, designação com acepção mais ampla[9]). O autor tenta desvincular o título executivo do ato jurídico subjacente. A importância do título não está naquilo que ele representa, o ato jurídico ou o crédito, mas naquilo que ele é: não um meio de prova, mas um requisito processual para a instauração da atividade executiva.

---

6. FURNO, Carlo. *Teoria de la prueba legal*. Sergio Gonzalez Collado (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 204.
7. FURNO, Carlo. *Teoria de la prueba legal*. cit., p. 194.
8. ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 58. Assim, também, GUERRA, Marcelo Lima. "Título executivo como representação documental típica do crédito: resposta a José Miguel Garcia Medina". *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (coord.) Salvador: Editora JUS Podivm, 2008, p. 577-578.
9. Corretamente, Paula Costa e Silva, que reputa o título executivo "documento representativo de um direito a uma prestação ou, correlativamente, de um dever de prestar". (SILVA, Paula Costa e. *Processo de execução – títulos executivos europeus*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 7-8.)

Para o autor, o título executivo é um ato do processo executivo, uma fattispecie de caráter estritamente processual, submetida ao regramento dos atos processuais[10].

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA acentua que a execução visa a atuar praticamente a *norma jurídica concreta*, formulada pelo órgão judicial ou contida em título extrajudicial[11]. TEORI ZAVASCKI desenvolve a idéia e contribui para a solução do problema. O conteúdo do título executivo é um ato jurídico, como se sabe. Mas esse ato jurídico é uma norma jurídica concreta que se busca efetivar. Assim, o título "não só (a) espelha a relação jurídica exsurgente da incidência da norma abstrata sobre o suporte fático, mas, mais que isso, ele (b) é portador de uma eficácia típica: a de autorizar a outorga de tutela jurisdicional executiva"[12]. Busca-se com a execução realizar o comando normativo contido no título. Esse pensamento está em conformidade com as premissas deste *Curso*: a decisão judicial, o negócio jurídico e o ato administrativo, possíveis conteúdos de um título executivo, são normas jurídicas individualizadas.

É interessante, porém, pontuar os principais aspectos até agora examinados: o título contém um ato jurídico normativo, serve como prova dele e, em razão disso, tem aptidão para permitir a instauração da atividade executiva (definitiva ou provisória), sendo dela um requisito de validade indispensável.

A posição deste *Curso* é a síntese das concepções apresentadas.

Há o *título material*, que é o ato normativo, que imputa a alguém o dever de prestar, e há o *título formal*, que é a documentação desse ato jurídico. Esse ato jurídico, uma vez documentado, tem o efeito jurídico de permitir a instauração da atividade executiva para efetivar a norma jurídica nele contida.

O título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva. Nas palavras de ARAKEN DE ASSIS, "valorizar o título exclusivamente sob o aspecto do ato ou da forma documental é equivocado, porquanto existe incindível unidade desses elementos. Em termos estritamente operacionais, pode-se dizer que o título judicial ou extrajudicial autoriza a execução (ou o cumprimento)"[13].

3. O TÍTULO EXECUTIVO COMO DOCUMENTO INDISPENSÁVEL AO DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO EXECUTIVO

Muitos autores consideram o "título executivo" uma condição da ação executiva[14].

---

10. ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 58-59.
11. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 205.
12. ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 169 e segs.
13. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 146.
14. "Falta o título executivo quando o exeqüente simplesmente propõe a demanda executiva sem exibir documento algum com a intenção de afirmar que representa um título, ou quando ele se fundamenta em algo que afirma ser título executivo, mas não está tipificado na lei como tal (*nullus titulus sine lege – supra*, n. 1.438). Isso acontecerá, por exemplo, se o exeqüente pretender executar com fundamento em uma sentença

Não parece correta a lição.

O inciso VI do art. 267 do CPC prescreve a extinção do processo, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. O enunciado normativo sugere a existência de outras condições da ação, além dessas três. A doutrina, possivelmente impressionada com a redação legal, procura identificar outras condições da ação, pertinentes a determinados tipos de causa ou procedimento. Essa postura não merece aplausos.

Como já se disse no v. 1 deste *Curso*, não há três condições da ação por acaso.

A demanda veicula a afirmação de, ao menos, uma relação jurídica; a relação jurídica compõe-se de três elementos: fato, objeto e sujeitos; por isso, os elementos da demanda são também três: causa de pedir, pedido e partes. As condições da ação referem-se aos três elementos da relação jurídica deduzida e, por conseguinte, aos três elementos da demanda. A identificação de uma outra condição da ação somente seria justificável se, ao mesmo tempo, fosse verificada a existência de um outro elemento da demanda, em razão da descoberta de um outro elemento da relação jurídica. Enquanto isso não acontecer, não é correto identificar ou procurar encontrar outra condição da ação.

O título executivo é, na verdade, documento indispensável à propositura da ação e ao desenvolvimento válido do processo executivo. É requisito da petição inicial da ação executiva. É o documento que a lei exige para que se possa instaurar o procedimento executivo. É um requisito de admissibilidade específico do procedimento executivo[15].

Dizer que o título executivo é condição da ação seria o mesmo que dizer que a "prova escrita" é condição da ação monitória (CPC, art. 1.102a) e que a "planta do imóvel" é condição da ação de usucapião imobiliária (CPC, art. 942).

---

meramente declaratória ou constitutiva, ou ainda pendente de recurso recebido em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo); ou se ele se valer de uma cambial emitida no estrangeiro, sem a indicação de uma praça de pagamento situada no Brasil (art. 585, §2.°). Faltando o título executivo, o exeqüente carecerá de ação, por falta do requisito interesse-adequação (*supra*, nn. 544 e 1.358); mas a sentença que acolhe os embargos por esse fundamento não nega a existência do possível direito do exeqüente, o qual poderá ser objeto de exame em processo de conhecimento ou mesmo comportará execução forçada se no futuro sobrevier um título executivo". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, v. 4, p. 671-672). Também assim, GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 23; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 177.

15. Falam de "pressuposto específico" da ação executiva, GUERRA, Marcelo Lima. "Título executivo como representação documental típica do crédito: resposta a José Miguel Garcia Medina". *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (coord.) Salvador: Editora JUS Podivm, 2008, p. 699-700; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 224-225; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 523-524; SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85. Cláudia Rodrigues reputa o título executivo uma "condição de admissibilidade" da execução. (RODRIGUES, Cláudia. *O título executivo na execução da dívida ativa da Fazenda Pública*. São Paulo: RT, 2002, 48-49.)

A falta de título executivo implica, sem dúvida, inadmissibilidade do procedimento executivo, em razão de defeito do instrumento da demanda, assim como a falta de documento indispensável à propositura da ação pode ensejar indeferimento da petição inicial (art. 282 c/c art. 284 do CPC)[16]-[17]. O título executivo serve como meio de prova da existência das condições da ação: é por ele que se comprovam a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

4. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS

O título executivo sujeita-se ao *princípio da taxatividade*: o título é executivo se estiver em rol legal taxativo. Não é a natureza da obrigação que qualifica um título executivo, mas sua inserção entre aqueles assim considerados por disposição legal expressa[18].

Pelo princípio da taxatividade, não há título se não houver lei o prevendo (*nullus titulus sine legis*). Para que determinado documento ou instrumento seja enquadrado como título executivo, é preciso que integre o catálogo legal de títulos. Somente a lei pode criar um título executivo ou incluí-lo no elenco de títulos já existentes.

> Enquanto o art. 22, I, da CF/88 estabelece competir *privativamente* à União legislar sobre direito *processual*, o art. 24, X, do mesmo texto constitucional pontifica caber à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar *concorrentemente* sobre a criação, funcionamento e *processo* nos Juizados Especiais Cíveis. Diante da referência ao termo *processo*, e não *procedimento*, SÉRGIO SHIMURA entende ser possível às leis estaduais a criação de *outros* títulos executivos, além daqueles previstos na legislação federal, para que possam acarretar execuções a ser instauradas apenas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis[19]. É dizer, na opinião do Professor da PUC/SP, que a lei estadual não pode criar títulos executivos, a não ser aqueles que sirvam para lastrear execuções que sejam processadas apenas nos Juizados Especiais Cíveis[20].
>
> O tema precisa ser mais bem amadurecido. A distinção entre regra de processo e regra de procedimento é muito difícil, se é que realmente existe essa diferença. Se

16. Precisa a lição de Araken de Assis: "Assim, a flagrante ausência de título executivo, a inadequação do documento apresentado à figuras catalogadas nos arts. 584 e 585, ou a descaracterização do inadimplemento, que retratam hipóteses de 'carência' na concepção dominante, segundo os ditames do bom-senso geram apenas a possibilidade de emendar a inicial (art. 616); então, insanável que seja o vício, inerte o credor das corrigendas, tem lugar o indeferimento da petição inicial (ou seja, da demanda) e a extinção do processo mediante sentença (art. 267 c/c art. 795)". (*Manual do processo de execução*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 107-108.) E mais à frente: "Dentro do rígido sistema criado em torno do processo de execução, bem ou mal a falta da apresentação do título gera a nulidade do procedimento *in executivis* (art. 618, I). Assim, o atendimento ao disposto no art. 614, I, constitui pressuposto de validez do processo". (ob. cit., p. 141.)
17. Corretamente, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: "Não há execução que não se aparelhe por meio de título executivo, judicial ou extrajudicial. Trata-se de processo documental (*Urkundenprozeß*), pois o título é documento indispensável à propositura da ação (CPC 283) e sua falta acarreta o indeferimento da petição inicial, caso não emendada na forma do CPC 284". (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 1.061.)
18. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005, n. 3.6.2, p. 362.
19. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. cit., p. 364.
20. Em sentido contrário, entendendo que somente lei federal pode criar título executivo, GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 179-181.

> processo é procedimento em contraditório, toda norma sobre processo é, também, norma sobre procedimento. Assim, a competência legislativa estadual seria mais ampla do que se costuma afirmar.
>
> Pense-se na hipótese de uma lei estadual prever como título executivo um documento que costuma ser utilizado na economia local, com grande aceitação. Por que não aceitar essa regra, até mesmo em homenagem à Federação?

No sistema brasileiro, a exemplo do que ocorre no Direito português e no italiano, e contrariamente ao que existe no Direito alemão, não é possível que as partes criem título executivo não previsto em lei. Não há, enfim, título executivo por mera deliberação das partes, de sorte que é tida como ineficaz, devendo ser desconsiderada, eventual cláusula executiva (ou *pactum executivum*), que permitiria a execução por deliberação das partes[21].

Os títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais. Os primeiros estão previstos no art. 475-N, enquanto estes últimos encontram-se relacionados no art. 585 do CPC. O documento ou instrumento só será título se se encaixar numa dessas hipóteses ou em alguma outra previsão contida em lei específica. É ineficaz qualquer cláusula contratual que atribua força executiva ao instrumento negocial, sem que ele se enquadre numa das hipóteses legais.

Assim, apenas a lei pode criar título executivo, de maneira que os títulos são tão-somente aqueles que integram um rol taxativo previsto em lei. Eis o que se chama de *princípio da taxatividade*.

Além do *princípio da taxatividade*, há também o *princípio da tipicidade*, que com aquele não se confundem. Enquanto aquele diz respeito à previsão legal, este último refere-se ao *tipo* expressamente previsto na própria lei, consoante se passa a demonstrar no próximo item.

5. TIPICIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS

Não obstante mantenham estrita proximidade, os *princípios da taxatividade* e da *tipicidade* não se confundem. Em razão da taxatividade (*numerus clausus*), é impossível conceber a existência de outros títulos executivos além daqueles já previstos em lei. Em virtude da *tipicidade*, os títulos devem enquadrar-se nos *tipos* legais, ou seja, nas previsões normativas.

Os títulos executivos decorrem de *tipos* legais, devendo encaixar-se numa daquelas hipóteses previstas em lei.

> Segundo esclarece PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, os *tipos* diferem dos *conceitos gerais abstratos*. Estes últimos são construídos por indução, reunindo as características ou atributos comuns a todos os indivíduos designados, com abstração do que for incomum. Diferentemente dos conceitos gerais abstratos, os *tipos* não são

21. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. cit., n. 3.6.2, p. 363. No mesmo sentido da impossibilidade das partes criarem, por deliberação, título executivo: MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 68.

> formados por abstração. Na formação dos tipos, a realidade referida ou designada é aglomerada, sendo enquadrada sem abstração do incomum. Nos tipos, a parcela de realidade designada mantém-se íntegra sem ser amputada do diferente, juntando o comum e o incomum em torno de algo que constitui o critério de tipificação e que dá coerência ao conjunto. Enquanto os conceitos gerais abstratos enunciam-se e delimitam-se pela definição, os tipos são apenas descritíveis[22].
>
> Na lição de KARL LARENZ, "Quando o conceito geral-abstracto e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenómeno da vida ou uma conexão de sentido na mutiplicidade das suas manifestações, oferece-se então o 'tipo' como forma de pensamento"[23].

Os tipos, normalmente, são *abertos*[24], não contendo "um número fixo de notas cuja verificação seja necessária e suficiente para um juízo de inclusão"[25]. Significa que o modo de operar do tipo é tipológico-comparativo, funcionando com base na *semelhança*: o objeto é "mais ou menos" o tipo[26], assemelhando-se a ele. Com isso, ampliam-se as hipóteses enquadráveis na definição legal, por meio de conceitos vagos ou juridicamente indeterminados[27].

Embora os tipos sejam normalmente *abertos*, há tipos *fechados*, que são *rígidos* e *taxativos*. Os tipos fechados são aqueles que contêm uma definição rigorosa de suas características, admitindo a pura subsunção. O legislador, quando adota tipos *fechados*, está preocupado com a segurança e o rigor, objetivando proporcionar exatidão ao exercício jurídico e certeza à aplicação do Direito[28]. O Direito Penal e o Direito Tributário costumam operar com tipos fechados.

Os tipos *fechados* são operados no modo conceitual-subsuntivo rigoroso e exato, que funciona em termos de "sim ou não", valendo dizer que o objeto "ou é, ou não é" aquela hipótese tipificada em lei[29].

Os enunciados normativos a respeito dos títulos executivos, no sistema processual civil brasileiro, constituem tipos *fechados* e *abertos*. Em outras palavras, há títulos que decorrem de *tipos fechados*, havendo outros que se extraem de *tipos abertos*. Com efeito, alguns títulos são rígidos, expressamente definidos pelo legislador, de sorte que a sua identificação se dá pelo modo conceitual-subsuntivo rigoroso e exato, com aplicação da operação "sim ou não"; "ou é, ou não é". Tome-se como exemplo a nota promissória, que se afigura como um tipo *fechado, rígido*. Realmente, a legislação de regência estabelece todos os pressupostos e requisitos da nota promissória, contendo uma definição rigorosa

---

22. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 25-43.
23. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 655-656.
24. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 187.
25. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. cit., p. 42.
26. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. cit., p. 47.
27. ARRUDA ALVIM, *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988, p. 87.
28. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. cit., p. 40.
29. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. cit., p. 47.

de suas características. Ou o documento apresentado é, ou não é, uma nota promissória, sendo ou não um título executivo[30].

Por sua vez, há títulos executivos que decorrem de *tipos abertos*, funcionando com base na semelhança, por não possuírem elementos normativos rígidos ou determinados com rigor. É o caso da hipótese prevista no inciso II do art. 585 do CPC: qualquer documento público assinado pelo devedor é título executivo. De igual modo, qualquer documento particular, subscrito pelo devedor e por duas testemunhas ostenta a natureza de título executivo[31]. Não há, nesses casos, uma descrição rigorosa, rígida, exaustiva, minuciosa do tipo, enquadrando-se na hipótese legal todos aqueles que se assemelhem à previsão normativa. É por isso, como bem lembra JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, que, na jurisprudência, "a maior parte dos problemas relacionados à configuração do título executivo ocorre na hipótese descrita no inciso II do art. 585 do CPC"[32], justamente porque se trata de *tipo aberto*, sem rigor ou rigidez na descrição da definição legal.

O título executivo é um documento que consta de tipos legais *abertos* ou *fechados*.

6. ATRIBUTOS DA OBRIGAÇÃO REPRESENTADA NO TÍTULO EXECUTIVO

Para que se proponha a execução, é preciso, como se viu, que haja um título executivo, judicial ou extrajudicial. Não basta, contudo, que haja o título. Impõe-se, ainda, que a obrigação representada no título seja certa, líquida e exigível (CPC, art. 580). Com efeito, o título, além de encartar-se numa das hipóteses dos arts. 475-N e 585 do CPC, deve representar uma obrigação certa, líquida e exigível.

Em primeiro lugar, deve haver certeza da obrigação. A certeza constitui o pré-requisito dos demais atributos, significando dizer que só há liquidez e exigibilidade, se houver certeza. A obrigação representada no título pode ser certa, mas ilíquida e inexigível; não pode, contudo, ser incerta, mas líquida e exigível[33]. Diz-se que há certeza quando do título se infere a *existência* da obrigação.

Segundo esclarece Pontes de Miranda, a "certeza do crédito é ausência de dúvida quanto à sua existência, tal como está no título executivo"[34]. Há, enfim, certeza quando "o sistema jurídico que incide, espacial e intertemporalmente, tenha como criável tal crédito; que tal crédito possa ter o objeto que se diz ter"[35].

A certeza da obrigação não se confunde com a impossibilidade de impugnação. Ao exigir que a obrigação seja certa, não está a lei impondo que seja incontestável[36]. Quando a

---

30. Entendendo que a nota promissória é um tipo fechado e rígido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, n. 3.2.4.8.1, p. 87.
31. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. cit., n. 3.2.4.8.1, p. 87.
32. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. cit., n. 3.2.4.8.1, p. 87.
33. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 348-349.
34. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 9, p. 378.
35. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., t. 9, p. 378.
36. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 349.

obrigação estiver expressamente representada no título, significa que há certeza. É certa a obrigação, se não depender de qualquer elemento extrínseco para ser identificada: se, pela simples leitura do título, pode-se perceber que há uma obrigação contraída, podendo-se, ainda, constatar quem é o credor, o devedor e quando deve ser cumprida, haverá, então, certeza da obrigação[37].

Nem sempre a *certeza* decorre de uma menção expressa à obrigação no título executivo. É possível que a *certeza* decorra de expressa previsão legal, que atribui ao título um efeito anexo. É o que ocorre com a sentença penal condenatória: não há nela, necessariamente, previsão expressa da obrigação de indenizar no cível, que é, porém, um seu efeito anexo determinado pelo art. 91, I, Código Penal. Há certeza sem previsão expressa da obrigação no título executivo.

Além da certeza, deve haver também a liquidez e a exigibilidade. A liquidez pressupõe a certeza. A certeza diz respeito à *existência* da obrigação, enquanto a liquidez refere-se à *determinação* de seu *objeto*. Vale dizer que, para que haja liquidez, é preciso que a obrigação exista e tenha objeto determinado[38]. Enfim: "sabe-se *que é* e *o que é*"[39].

Diz-se líquido o crédito quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para se aferir seu valor[40] ou para se determinar seu objeto.

Sendo o título extrajudicial, deverá haver sempre liquidez. Já o título judicial pode representar uma obrigação líquida ou ilíquida. Havendo liquidez, e desde que haja também exigibilidade, já pode ser iniciado o procedimento do cumprimento da sentença. Se, diversamente, houver iliquidez, cumpre instaurar a liquidação da sentença, cujas regras são examinadas em capítulo próprio sobre a liquidação, neste v. 5.

Se constar do título o valor da obrigação, há liquidez. Caso, todavia, seja necessária, para se aferir o valor, uma simples operação aritmética, também há liquidez. O valor constante do título pode, com o tempo, sofrer variações, vindo a ser majorado ou minorado, em razão, respectivamente, de acréscimos de encargos ou de amortização da dívida). Tais variações não afetam a liquidez, nem tornam a obrigação ilíquida[41].

Ao lado da certeza e da liquidez, cumpre que haja, ainda, a exigibilidade. Para que haja exigibilidade, é preciso que exista o direito à prestação (certeza da obrigação) e que o dever de cumpri-la seja *atual*[42]. Não estando sujeita a termo ou a condição suspensiva, a obrigação é exigível. Se, contudo, a prestação há de ser paga no futuro, enquanto não sobrevém o término do prazo ou a implementação da condição não se configura, ainda, a exigibilidade.

---

37. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 350.
38. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 348.
39. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., t. 9, p. 386.
40. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., t. 9, p. 385-386.
41. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. cit., p. 348.
42. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. cit., p. 349.

Bem se vê que o título deve representar uma obrigação certa, líquida e exigível.

O título executivo extrajudicial há de ser assinado pelo devedor. Em outras palavras, a formação do título deve contar com a participação do devedor. O único título que não necessita da participação do devedor, podendo ser emitido unilateralmente, é a certidão de dívida ativa expedida pela Fazenda Pública (CPC, art. 585, VII).

Enfim, não é possível ao credor emitir unilateralmente o título. Nem haverá liquidez se a apuração do valor decorrer de atividade unilateral do credor, sem contar com a participação do devedor.

> É por isso que o contrato de abertura de crédito em conta corrente, popularmente conhecido como "cheque especial" não pode servir para a propositura de uma execução. Como se sabe, tal contrato é celebrado entre o correntista e o banco. Mesmo que o devedor e mais duas testemunhas tenham assinado o contrato, não será possível a execução, pois o valor é apurado por um extrato emitido unilateralmente pelo banco, contendo lançamentos feitos igualmente de forma unilateral pela instituição financeira, sem qualquer participação do devedor. Daí por que o enunciado n. 233 da súmula do STJ assim estabelece: "O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo". Esse é um bom exemplo para que se evidencie a idéia de que o documento só será título se, na sua formação, tiver havido a participação do devedor, não sendo legítimo se for constituído ou se um de seus atributos foi aferido de forma unilateral pelo credor.
>
> Tanto isso é verdade que, nos termos do enunciado n. 300 da súmula do STJ, "O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial". No contrato de abertura de crédito em conta corrente, não houve a participação do devedor na apuração do valor. Já na confissão de dívida, ainda que dele originada, o devedor anui com o montante da dívida, passando a haver sua participação na formação do título.
>
> Embora o contrato de abertura de crédito em conta corrente não seja título executivo, é possível ser utilizado como prova escrita para o ajuizamento de ação monitória (Súmula STJ, n. 247).

Para que se possa ajuizar uma execução, é preciso que haja título executivo que represente uma obrigação certa, líquida e exigível. Ressalvada a certidão de dívida ativa, não é possível a emissão unilateral do título, nem a configuração de um dos atributos da obrigação nele representada sem que haja a participação do devedor.

7. ROL DE TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS

7.1. Considerações gerais

O art. 475-N do CPC estabelece o rol dos títulos executivos judiciais, ou seja, o rol de decisões que permitem a instauração da atividade executiva do Estado. A característica comum a todos esses títulos é a identificação da norma jurídica individualizada que atribua a um sujeito o dever de prestar (fazer, não-fazer, entregar coisa ou pagar quantia).

A execução de sentença para efetivar uma prestação de fazer ou de não-fazer dar-se-á segundo os termos do art. 461 do CPC; para efetivar uma prestação de entrega de coisa, de acordo com os termos do art. 461-A; para efetivar uma prestação pecuniária, de acordo com os arts. 475-J a 475-R (art. 475-I, CPC)[43].

7.2. Decisão que reconhece a existência de obrigação

O art. 475-N, I, prescreve que é título executivo judicial a "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia". Retirou-se do texto legal a menção que havia à *sentença condenatória* (CPC, art. 584, I, ora revogado), para deixar claro que qualquer sentença que reconhecer a existência de uma obrigação exigível, o que inclui a declaratória, tem eficácia executiva[44-45].

---

43. Art. 475-I do CPC: "O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo".

44. Leonardo Greco interpretou o dispositivo de outra maneira: "Daí não se extraia a conclusão de que sejam títulos executivos as sentenças meramente declaratórias ou de que esteja revogado o parágrafo único do art. 4º do CPC, mas simplesmente de que o legislador abandona a classificação trinária e se curva à classificação quinária das sentenças, para considerar títulos executivos também as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*, orientação mais ao gosto dos autores da reforma". (GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36.) Araken de Assis entende que a nova redação "não inovou substancialmente", seguindo linha parecida à de Leonardo Greco. (*Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204.)

45. Perceberam o ponto, apoiando a iniciativa, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30; THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132-138; KNIJNIK, Danilo. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170-171; BRAGA, Sérgio Jacob. "Da possibilidade de execução das sentenças meramente declaratórias". *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, 2006, ano X, n. 236, p. 61-63; CARMONA, Carlos Alberto. "Cumprimento da sentença conforme a Lei n. 11.232/2005". *Processo civil – aspectos relevantes*. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (coord.). São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 156; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "A sentença declaratória como título executivo e o princípio da ação (interpretação do artigo 475-N, I, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232/2005)". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 49, p. 19-36; LUCON, Paulo. "Sentença e liquidação no CPC (Lei 11.232/2005)". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 915; MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170-173; CARNEIRO, Athos Gusmão. "Do 'cumprimento da sentença', conforme a Lei n. 11.232/05. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?" *Revista Dialética de Direito processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 38, p. 34-35; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172-174; CALMON FILHO, Petrônio. "Sentença e títulos executivos judiciais". *A nova execução de títulos judiciais – comentários à Lei 11.232/05*. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100-101. Em sentido contrário, peremptoriamente, Araken de Assis, que assevera: "Quando se afirma que há execução baseada em sentença declaratória – por exemplo, o órgão judiciário 'declarou' que Pedro deve 'x' a João –, incorre-se em erro crasso, olvidando que nenhum provimento é 'puro' e, no exemplo aventado, o juiz foi além da simples declaração, emitindo pronunciamento condenatório". (*Cumprimento da sentença*, cit., p. 204) O autor não examina o ar. 4º, par. ún., nem faz referência às decisões do STJ comentadas no texto, citando outras, mais antigas, em sentido contrário. Também em sentido contrário, não admitindo a executividade de sentença meramente declaratória, CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

A mudança do texto legal ocorreu durante a tramitação do projeto de lei no Senado. O projeto não voltou à Câmara de Deputados, para a aprovação da emenda. Discute-se, então, se o inciso I do art. 475-N é formalmente inconstitucional. A questão passa pelo seguinte: o novo texto proposto pelo Senado inovou em termos normativos ou se trata de apenas um aprimoramento da redação anterior?

Os autores deste volume 5 sempre defenderam a possibilidade de execução de decisão meramente declaratória que reconhecesse a existência de um dever de prestar, mesmo sob a égide do texto anterior, seja como conseqüência do direito fundamental à efetividade, seja em razão da absoluta desnecessidade e impossibilidade de instauração de nova atividade cognitiva judicial para apurar o que já está acobertado pela coisa julgada, a redação proposta pelo Senado apenas aprimora o texto anterior, sem inovar substancialmente. Em termos mais literais, o fundamento já podia ser encontrado no parágrafo único do art. 4º do CPC, segundo o qual é cabível a ação declaratória, mesmo quando já violado o direito. Em razão dessa disposição legal, sendo cabível a ação declaratória, ainda quando já violado o direito, a sentença declaratória de procedência podia ser executada, conferindo integral proteção à parte autora.

Para quem não admitia a possibilidade de decisões declaratórias terem força executiva, realmente é possível alegar o vício formal de inconstitucionalidade[46].

A solução da questão passará, sobretudo, pelo exame da premissa de que parte cada doutrinador, sobre a interpretação que se deveria dar ao texto anterior, e, ainda, pela resposta à seguinte questão epistemológica: emprestar executividade a uma decisão meramente declaratória é interpretação que está de acordo com o direito fundamental à efetividade e, portanto, vale a pena ser adotada?

A tendência de emprestar executividade a qualquer decisão judicial que reconhecesse a existência de um *dever de prestar*, condenatória ou declaratória, já se visualizava em manifestações da doutrina[47] e da jurisprudência.

Neste aspecto, seria muito difícil identificar a natureza jurídica de uma sentença que reconhece um dever de prestação, quando fosse resultado de uma ação declaratória proposta em momento em que já se poderia propor uma ação de prestação (CPC, art.

2006, p. 92-98; WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 56-58; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Cumprimento da sentença". *A nova execução de títulos judiciais – comentários à Lei 11.232/05*. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125-126; RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 257.

46. Como o fizeram WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 56-58; MEDINA, José Miguel Garcia. "A sentença declaratória como título executivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n.136, p. 78.

47. Em sentido contrário, Cândido Dinamarco: "Em nenhuma hipótese a sentença meramente declaratória, mesmo quando positiva, constitui título executivo para a execução forçada. Ainda quando a obrigação declarada haja sido ou venha a ser descumprida, quando somente a declaração houver sido pedida ao juiz só a mera declaração ele dará: a oferta de título para a execução forçada está exclusivamente nas sentenças condenatórias, pois só elas contêm esse momento lógico". (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 219-220.)

4º, parágrafo único)[48]. O STJ já se posicionara no sentido de admitir força executiva às sentenças meramente declaratórias, nos casos do parágrafo único do art. 4º: 1ª T., REsp n. 588.202/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.02.2004, DJ de 25.02.2004[49]. Também assim, STJ, 2ª T, Resp n. 1261888/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 9.11.2011, publicado no DJe de 18.11.2011.

> Não se nega a possibilidade de o demandante apenas querer a mera certificação, mesmo em situação em que seria possível o pleito condenatório[50]. A questão é outra. Uma vez obtida essa certificação, poderá o vencedor, agora, em outro momento, pedir a execução da prestação? Ou teria de entrar com outra ação de conhecimento, em que o magistrado ficaria vinculado ao efeito positivo da coisa julgada, e a sua cognição ficaria limitada, inevitavelmente, às matérias constantes do art. 475-L? Que ação seria essa segunda, em que se parte da coisa julgada, para efetivar o quanto ali decidido, e cuja cognição é limitada? Parece que se trata de uma ação executiva. Caso não se considere essa segunda ação como executiva, ter-se-ia de admiti-la como uma outra ação de conhecimento, destinada apenas a obter uma sentença que contenha a seguinte afirmação: "condeno o réu". Nada mais poderia ser revisto pelo juiz, eis que já produzida coisa julgada material sobre o direito a uma prestação, já certificado na primeira sentença. Não admitir a execução da sentença declaratória, seria submeter a parte a um processo cujo resultado não pode ser diferente, exigindo-se uma nova ação de conhecimento com a *única* finalidade de obter uma nova sentença que contenha o verbo "condenar", em manifesta inefetividade processual, com a submissão da parte a um processo injusto, que contraria o princípio da duração razoável dos processos. Reconhecido o direito a uma prestação, com a certeza e a exigibilidade da obrigação, e estando líquido o valor, já se deve permitir a execução. Não havendo, ainda, liquidez, será necessária, antes de se instaurar a execução, uma liquidação de sentença, nos termos dos arts. 475-A a 475-H do CPC..
>
> Convém lembrar, neste momento, o caso Wladimir Herzog, assassinado nos porões da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que a viúva foi ao Judiciário, assessorada pelo advogado e processualista Sérgio Bermudes, pedindo apenas o reconhecimento do direito à indenização, sem, porém, pedir a condenação da União ao pagamento desta verba. O que se queria era tornar certa a obrigação de a União indenizar. O Tribunal Federal de Recursos admitiu a ação (TFR, 1ª T., Ap. cív. n. 59.873-SP, rel. Min. Leitão Krieger, j. em 21.06.1983).
>
> Em razão disso, no v. 1 deste *Curso*, está manifestado o entendimento de que a ação meramente declaratória ajuizada quando já fosse permitido o ajuizamento da

48. Sobre as dificuldades de estabelecimento de uma distinção entre a sentença declaratória e a sentença condenatória, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 72-80.

49. Imprescindível a leitura de ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM. 2005, p. 23-36.

50. Ao que parece, essa é a principal preocupação de WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, 8 ed., v. 2, cit., p. 57; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*, cit., p. 92-98.

> ação condenatória não tem aptidão de interromper a prescrição, tendo em vista que o demandante não demonstrou a vontade de efetivar a prestação cuja existência se busca reconhecer. Há diferença, pois, entre a ação meramente declaratória positiva (ajuizada posteriormente à lesão) e a ação condenatória.

Há diversos exemplos de ações meramente declaratórias que geram decisão com força executiva: consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial etc.[51]

De fato, se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a uma prestação já exigível (definição completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece. A sentença declaratória, proferida com base no art. 4º, par. ún., CPC, tem força executiva, independentemente do ajuizamento de outro processo de conhecimento, de natureza "condenatória".[52] O que importa, para que uma decisão judicial seja título executivo, é que haja *o reconhecimento da existência de um dever de prestar*, qualquer que seja a natureza da sentença ou da prestação. "Isso vale, também, para a sentença de improcedência de ação declaratória negativa: ao negar o pedido de declaração de inexistência de uma relação jurídica, o juiz afirma a existência dessa relação; se há um direito a uma prestação exigível como conteúdo dessa relação jurídica considerada existente, a sentença é título executivo"[53].

> "Se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional".[54]

---

51. Sérgio Shimura considera, por exemplo, que a sentença de partilha, que é título executivo, tem natureza declaratória (*Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 252-253).
52. Em sentido diverso, José Roberto dos Santos Bedaque, comentando o parágrafo único do art. 4º do CPC, antes da Lei Federal n. 11.232/2005: "Essa tutela, todavia, não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastado pela tutela executiva, pois a sentença declaratória não é título. Terá o credor que postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via executiva". (*Código de Processo Civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 49.)
53. ZAVASCKI, Teori Albino. "Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 208, p. 13-20.
54. ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", cit., p. 31-32. E acrescenta Ernane Fidélis: "Evidente que haverá sentenças declaratórias e mesmo constitutivas que não ensejarão qualquer execução, como a declaração de paternidade ou a de simples anulação de negócio jurídico, sem reconhecimento de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, de entregar ou pagar quantia, mas, ainda que o autor afirme que pretende apenas declaração, o reconhecimento da existência da obrigação fará nascer o título executivo e, se for a hipótese, ensejará liquidação de sentença". (*As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*, cit., p. 29-30.)

Ademais, "se nosso direito processual positivo caminha para a outorga de força de título executivo a todo e qualquer documento particular em que se retrate obrigação líquida, certa e exigível, por que não se reconhecer igual autoridade à sentença declaratória"[55], cujo conteúdo é imutável pela coisa julgada material, situação jurídica que estabiliza definitivamente a norma jurídica concreta na sentença enunciada?

Cumpre advertir que à sentença meramente declaratória com eficácia executiva não se aplicará a multa coercitiva do art. 475-J, CPC, exatamente porque ainda não foi imposto ao executado o dever de prestar, que foi apenas certificado.[56]

Uma sentença constitutiva também pode servir como título executivo.

O conteúdo de uma sentença constitutiva consiste no reconhecimento e na efetivação de um direito potestativo. O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser "executado", no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. É por isso que se reputa comum a afirmação de que "sentença constitutiva não é título executivo". O que, na verdade, dispensa "execução" é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma.

O efeito principal de uma sentença constitutiva (aquele que decorre diretamente do seu conteúdo) é, então, a situação jurídica nova, a transformação ou a extinção de uma situação jurídica já existente.

A efetivação de um direito potestativo pode *gerar* um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar). Perceba: a efetivação de um direito potestativo pode fazer nascer um direito a uma prestação, para cuja efetivação (deste último), aí sim é indispensável a prática de atos materiais de realização da prestação devida. A sentença constitutiva pode ter por efeito anexo um direito a uma prestação e, assim, servir como título executivo para efetivar a prestação conteúdo deste direito que acabou de surgir (ver, no volume 2 deste *Curso,* o capítulo sobre teoria da decisão, no item dedicado aos seus efeitos anexos).

Direitos a uma prestação, que surjam da efetivação de um direito potestativo, são, portanto, *reconhecidos* por uma sentença constitutiva: ao certificar e efetivar um direito potestativo, o órgão jurisdicional certifica, também, por conseqüência, o direito a uma prestação que daquele é conseqüência.

Conforme apontado, a situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo é o *estado de sujeição*; não há dever correlato ao direito potestativo. O sujeito passivo nada

55. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, cit., p. 135.
56. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174.

pode fazer contra o exercício do direito potestativo, uma vez preenchidos os seus pressupostos: os efeitos "produzir-se-ão sempre, queira ou não o sujeitado, logo que o direito potestativo exista e seja exercitado em devida forma. A sujeição, portanto, ao contrário do dever jurídico, *não pode ser infringida*". No entanto, poderá o sujeito passivo "infringir depois os efeitos produzidos, mas então estaremos já no domínio dos direitos subjectivos"[57]. A lição de Manuel Andrade é utilíssima e serve como regra geral: uma sentença constitutiva, ao efetivar um direito potestativo, cria um preceito que deve ser obedecido pelo sujeito passivo, consistente no dever de obedecer à nova situação jurídica estabelecida, não criando embaraços à sua concretização. Surge, pois, um dever de prestar (correlato a um direito a uma prestação negativa) cujo descumprimento pode dar ensejo à instauração da atividade executiva, que, rigorosamente, buscará efetivar o comando judicial contido na sentença constitutiva.

Apresentadas as premissas, eis alguns exemplos.

a) A decisão que *rescinde* (CPC, art. 485) uma sentença que já fora executada (decisão inegavelmente constitutiva) gera, por efeito anexo, o direito do executado à indenização pelo exeqüente dos prejuízos que lhe foram causados em razão da execução malsinada (CPC, art. 574).[58] Essa decisão tem aptidão para transformar-se em título executivo, pois torna certa a obrigação de indenizar, que, não obstante, ainda é ilíquida, se impondo a apuração da extensão do prejuízo em liquidação.

b) A decisão que *resolve* um compromisso de compra e venda, em razão do inadimplemento, tem por efeito anexo o surgimento do dever de devolver a coisa prometida à venda.

A jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o pedido de devolução da coisa, decorrente da resolução do compromisso, não precisa ser formulado e nem é relevante para a determinação da competência do foro da situação do imóvel (CPC, art. 95)[59], exatamente porque se trata de um efeito anexo.

Assim, resolvido o negócio e não devolvida a coisa, pode o autor-vencedor pedir a instauração de atividade executiva para a entrega do bem, já que esse direito a uma prestação (devolução da coisa) foi certificado pela sentença constitutiva, não obstante como efeito anexo, em razão da efetivação do direito potestativo de resolução do contrato. Não faria muito sentido, de fato, a interpretação que impusesse ao autor o ônus de propor outra ação de conhecimento reipersecutória, se a existência deste direito não pode ser mais discutida. Nada há a ser certificado. E, observe-se, não é isso o que acontece no foro: a parte requer, *incontinenti*, a expedição do mandado para a devolução da coisa.

---

57. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, v. I, p. 17.
58. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 117.
59. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, n. 4.6.1, p. 203-204.

c) A decisão que extingue uma relação jurídica locatícia, em razão, por exemplo, de uma *denúncia vazia* do locador, é constitutiva (extingue vínculo contratual), mas gera, indiscutivelmente, o direito de o autor-locador rever a coisa anteriormente locada. E é o que acontece, como é cediço, nas ações de despejo, comumente designadas como *executivas lato sensu*, mas que, de fato, são constitutivas que dão ensejo a futura atividade executiva em razão do surgimento do direito à devolução da coisa locada.

d) A decisão que extingue a execução provisória, em razão da reforma da sentença em que se baseara, é preponderantemente constitutiva (extingue-se o procedimento executivo, desfazendo, por conseguinte, os atos executivos já praticados), mas, todos sabem, torna *certa* a obrigação de o exeqüente indenizar o executado pelos prejuízos efetivamente sofridos (CPC, art. 475-●, I e II).

e) A decisão que anula um auto de infração (inegavelmente constitutiva negativa) tem por efeito anexo o dever de a Administração Tributária não proceder à inscrição do respectivo tributo na dívida ativa. Se isso acontecer, haverá descumprimento de uma prestação negativa, que dará ensejo à instauração, com base na referida sentença, de atividade executiva. Seria possível defender a tese de que contra este ato administrativo caberia mandado de segurança. Sucede que não há necessidade nem utilidade no ajuizamento de uma ação de conhecimento para certificar um direito já existente e indiscutível pela coisa julgada material. O comportamento administrativo dá ensejo à execução, e não à nova atividade de conhecimento.

f) A anulação de um ato jurídico provém de uma sentença indiscutivelmente constitutiva. O art. 182 do Código Civil determina que "anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". É clara a disposição legislativa: a efetivação do direito potestativo de anular o ato jurídico faz surgir *direitos a uma prestação* como efeito anexo, ou para restituir as partes ao estado anterior (devolução da coisa objeto do contrato, por exemplo) ou para serem indenizadas (indenização cujo montante deverá ser apurado em liquidação).

g) A sentença de revisão de aluguel é constitutiva, pois transforma um dos elementos de uma relação jurídica já existente. Não parece haver dúvida de que o locador possa executá-la se o locatário deixar de pagar o valor do aluguel reajustado (Lei Federal n. 8.245/1991, art. 69, § 2º) – e a possibilidade de execução abrange, inclusive, o aluguel provisório (tutela antecipada na ação revisional), previsto no art. 68, II, da Lei Federal n. 8.245/1991.

h) A sentença que reconhece a inexistência de relação jurídico-tributária e autoriza a compensação do crédito tributário com outro tributo de igual natureza é declaratória, mas é possível ao autor (vitorioso na causa) requerer uma execução, com expedição de precatório. Em vez de compensar o crédito, poderá o credor promover uma execução, a

fim de receber o valor respectivo por precatório ou requisição de pequeno valor[60]. Essa possibilidade veio a ser reconhecida no enunciado 461 da Súmula do STJ, que está assim redigido: "o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado".

A redação do inciso I do art. 475-N também permite que se resolva um outro problema.

A referência exclusiva à *sentença condenatória*, constante da redação do inciso I do revogado art. 584, dava margem ao surgimento de dúvida sobre a exaustividade do rol legislativo dos títulos executivos judiciais. É que, indiscutivelmente, havia títulos executivos judiciais, que, entretanto, não estavam previstos no art. 584, exatamente porque não eram *condenatórios*[61]: *a)* sentença que homologa reconhecimento da procedência do pedido; *b)* sentença que extingue a execução provisória, e que gera o dever de indenizar (CPC, art. 475-O, I); *c)* sentença que extingue o processo cautelar e gera o dever de indenizar (CPC, art. 811); *d)* sentença em ação de oferta de alimentos e consignação em pagamento, de conteúdo meramente declaratório. O texto atual não dá margem a essa controvérsia.

Afora tudo isso, é preciso lembrar que decisões interlocutórias podem ser título executivo judicial, na forma do inciso I do art. 475-N. A execução pode ser provisória, como no caso da tutela antecipada (CPC, art. 273, § 3º) ou definitiva, se se tratar de decisão interlocutória de mérito (espécie de decisão parcial definitiva, examinada no v. 1 deste *Curso* e no capítulo sobre a teoria da decisão, no v. 2). Para que uma decisão interlocutória seja título executivo, basta que reconheça, ainda que provisoriamente, a existência de um dever de prestar.

Como se percebe, a hipótese contida no inciso I do art. 475-N do CPC constitui um *tipo legal aberto,* operando-se no modo tipológico-comparativo e funcionando com base na *semelhança*, de sorte que se revelam amplos os casos enquadráveis na definição legal, tal como demonstrado no item supra da *tipicidade* dos títulos executivos.

7.3. Sentença penal condenatória transitada em julgado

7.3.1. Generalidades

A sentença penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (Código Penal, art. 91, I). Trata-se de um "efeito anexo e extrapenal"[62] desta sentença. É, pois, título executivo judicial (CPC, art. 475-N, II).

60. STJ, 1ª T., REsp n. 1.093.159/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 9.12.2008, publicado no *DJe* de 18.12.2008.
61. Percebendo a não-exaustividade do rol do revogado art. 584 do CPC, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 307-318.
62. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 205-206.

É indispensável que a sentença tenha transitado em julgado, devendo o credor promover-lhe a liquidação no juízo cível, antes de iniciar a execução. Há hipótese em que se prescinde de liquidação, como quando houver previsão de restituição do produto do crime à vítima, sendo este coisa certa e determinada[63].

Não é demais insistir que somente constitui título executivo a sentença penal condenatória *transitada em julgado*. Se não houver o trânsito em julgado, a sentença ainda não se encaixa no *tipo legal*. O *trânsito em julgado* é elemento essencial para que se possa considerar a sentença como título executivo. A exigência do *trânsito em julgado* mantém estreita ligação com o princípio constitucional da inocência: enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, o acusado não pode ainda ser tido como criminoso. Também por isso, somente se considera título executivo a sentença penal condenatória depois de seu trânsito em julgado. Tal particularidade denota, ademais, não ser possível a execução provisória da sentença penal condenatória, exatamente porque se exige o prévio trânsito em julgado.

A execução de sentença penal condenatória costuma ser precedida de liquidação. Essa liquidação dar-se-á em processo autônomo. Feita a liquidação da sentença, a execução observará as regras do cumprimento da sentença. Se não for precedida de liquidação – o que pode acontecer em alguns casos, como já examinado –, a execução da sentença penal condenatória dar-se-á em processo autônomo de execução, com a necessária citação do executado, nos termos do par. ún. do art. 475-N, CPC.

Também é título executivo o acórdão em revisão criminal, que condenou o Estado a reparar os danos causados ao condenado (Código de Processo Penal, art. 630, *caput*, §1º). Cabe ao juízo cível competente, igualmente, a execução da decisão do juízo penal que, em embargos de terceiro opostos contra um seqüestro penal, condenar o vencido às verbas da sucumbência[64].

7.3.2 O problema da fixação do valor mínimo da indenização na sentença penal condenatória

Há, ainda, outro caso em que pode se revelar desnecessária, ou apenas opcional, a liquidação[65].

De acordo com o que estabelece o art. 387, IV, do CPP, cuja redação foi modificada pela Lei 11.719/08, o juízo criminal, ao proferir sentença penal condenatória, deverá fixar valor *mínimo* para recomposição dos danos ocasionados pelo delito. Nesse caso, confere-se certo grau de liquidez à sentença penal condenatória, que, transitada em julgado, poderá ser executada, em relação a este *quantum*, imediatamente.

---

63. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 291.
64. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 208.
65. Trecho escrito com auxílio de Felipe Vieira Batista.

No entanto, e de acordo com o que estabelece o art. 63, parágrafo único do CPP, a fixação de *quantum* indenizatório mínimo não inviabiliza que o prejudicado parta para a liquidação da sentença, a fim de apurar danos outros que não tenham sido ali considerados. Isso porque o arbitramento dessa indenização é um piso e pode ter sido estabelecido com base em material fático (e probatório) insuficiente ao completo dimensionamento do prejuízo[66] – até para que não se fosse além do objeto cognitivo de um processo criminal[67].

O objetivo do legislador foi facilitar a futura execução da sentença penal condenatória, facultando à vítima a possibilidade de executar, de logo, parcela mínima da indenização a que faz jus, reservando as demais discussões para o processo de liquidação. Desta forma, extrai-se o maior proveito cognitivo possível do processo criminal, conferindo-lhe máxima efetividade, de modo a prestigiar a economia processual[68]. Conforme lembra ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, a possibilidade de arbitramento de valor mínimo indenizatório no processo criminal não é algo novo no direito brasileiro, eis que o art. 297 do Código de Transito Brasileiro estabelece a possibilidade de arbitramento de multa reparatória "sempre que houver prejuízo material resultante do crime", penalidade esta cujo valor é descontado da indenização arbitrada na esfera cível; ademais, o próprio art. 45, § 1º, do Código Penal, que versa sobre a pena de prestação pecuniária, estabelece que o valor arbitrado deverá ser pago à vítima e, consequentemente, deduzido de eventual indenização arbitrada em demanda cível. Ou seja, o art. 387, IV, do CPP, apenas tornou genérico aquilo que já era estipulado em certas hipóteses[69].

---

66. Eugênio Pacelli de Oliveira é expresso ao entender que apenas se atentará para "o valor mínimo que se revele suficiente para recompor os prejuízos já evidenciados na ação penal". Ou seja, eventuais outras questões – não discutidas no feito criminal – deverão ser discutidas no juizo civil. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008, p. 521).

67. Neste sentido, Eugênio Pacelli esclarece que: "eventuais acréscimos da responsabilidade civil, sob a rubrica dos lucros cessantes e eventuais danos morais, serão fixados na instância cível". Ou seja, o arbitramento da recomposição de tais danos seria por si só incompatível com a cognição desenvolvida na seara criminal. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008, p. 521.) Por outro lado, Antônio do Passo Cabral entende que a natureza do dano não delimita por si só aquilo que pode ser fixado na esfera criminal. É que, embora a fixação de lucros cessantes e de danos morais imponha, em regra, maiores desvios na rotacognitiva do feito criminal, é possível que o processo contenha elementos suficientes para a fixação mínima de tais danos. (CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 326.)
A segunda posição se afigura mais razoável, até porque o dano moral pode ser *in re ipsa*, dispensando provas sobre a respectiva extensão.

68. Nesta mesma linha: CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/ revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 308.

69. CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/ revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 309.

Outro ponto de igual relevância está em saber se o juiz estaria obrigado a fixar o *quantum* indenizatório mesmo diante de ausência de elementos fáticos e probatórios necessários para tanto. Embora o CPP seja imperativo e determine que o juiz "fixará", a sentença pode deixar de conter tal condenação. Isto é, nos casos em que não haja dados suficientes para fixação do *quantum* mínimo, não estaria o magistrado submetido a essa regra, conquanto deva deixar expressos os motivos pelos quais deixou de fixar o *quantum* mínimo[70]. A 6ª Turma do STJ já teve a oportunidade de pronunciar-se sobre a matéria no REsp n. 1176708/RS, rel. Ministro Sebastião Nunes Júnior, j. em 12.06.2012, publicado no DJ de 20.06.2012, tendo decidido que, ante a ausência de elementos específicos aptos a garantir o arbitramento do mínimo indenizatório, estaria o juiz dispensado de atender ao quanto disposto no art. 387, IV, do CPP. Importante salientar, neste ponto, que o recurso em questão, embora interposto pelo *Parquet*, chegou a ser conhecido, o que demonstra que o STJ reconheceu a legitimidade extraordinária do Ministério Público para discutir o arbitramento de indenização no âmbito penal[71].

Controverte-se, ainda, acerca da necessidade de pedido expresso de fixação do *quantum* indenizatório no feito criminal.

Há quem entenda que o pedido expresso em questão seria desnecessário. Seria caso de pedido implícito: impõe-se ao juiz que arbitre esse valor mínimo. Ou seja, seria uma exceção à necessidade de pedido expresso[72]. Não parece que haja necessidade nem mesmo

---

70. Nesse sentido: CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 309. Também se posiciona desta maneira: GONÇALVES, Tiago Figueiredo. "Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da lei 11.719/08 no âmbito do processo civil e do processo criminal". *Revista de Ciências Penais*. São Paulo: RT, 2010, n. 12, p. 349.

71. Em sentido contrário, posiciona-se Antônio do Passo Cabral. Para o referido autor, o Ministério Público apenas possuiria legitimidade recursal nos casos em que lhe fosse conferida legitimidade para intento da ação civil *ex delicto*; isto é, no caso de vítima pobre (art. 68, do CPP). CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 312.
É de se registrar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a inconstitucionalidade progressiva do art. 68, do CPP. De acordo com a tese que vem prevalecendo na referida Corte, até a criação e adequada estruturação das Defensorias Públicas dos Estados e da União, o Ministério Público teria legitimidade extraordinária para intentar a ação civil *ex delicto*; porém, com o advento da condição estipulada, ter-se-á o dispositivo em questão como não recepcionado pela CF/88. (STF, Pleno, REx 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994, publicado no DJ de 20.04.2001; e, STF, 1ª Turma, REx 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.05.1998, publicado no DJ de 19.06.1998).
Portanto, e à vista da criação e estruturação das Defensorias Públicas, é possível que o STF entenda pela ilegitimidade recursal do Ministério Público no que concerne à matéria de que trata o art. 387, IV, do CPP.

72. Nesse sentido: CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 314. Também: GONÇALVES, Tiago Figueiredo. "Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação

de pedido da vítima, que porventura intervenha como assistente de acusação[73]. Porém, é preciso que a matéria seja submetida ao crivo do contraditório; ou seja, faz-se necessária a prévia submissão do assunto às partes, a fim de que se possa exercer o contraditório substancial[74]. Assim, caso os demais sujeitos processuais não suscitem o assunto, impõe-se ao magistrado a prévia consulta (dever cooperativo de consulta) acerca do tema, evitando-se decisões surpresa.

> Como já afirmado, esse é um pedido implícito. Também já se afirmou que, não havendo elementos necessários nem suficientes para tanto, o juiz poderá deixar de condenar na indenização mínima. Nesse caso, o juiz deixará de apreciar um pedido implícito. Seria omissa ou *citra petita* a sentença? A hipótese equipara-se à dos juros moratórios legais, que, segundo a jurisprudência, podem ser incluídos na liquidação, mesmo não tendo havido condenação. Os juros legais também constituem pedido implícito, podendo o juiz deixar de apreciá-los. Segundo o enunciado n. 254 da Súmula do STF: "incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação". Quanto ao valor mínimo da indenização *ex delicto*, a sentença poderá ser omissa, caso não haja elementos para sua fixação. Não há, entretanto, prejuízo à vítima, pois será possível estabelecer o valor da indenização na liquidação de sentença, a partir das provas dos danos sofridos.

Há, ainda, a questão do interesse recursal para majorar ou diminuir, no âmbito criminal, o *quantum* indenizatório fixado em conformidade com o art. 387, IV, do CPP.

Há quem sustente a existência de interesse recursal tanto por parte do réu quanto por parte da vítima[75]. Ou seja, haveria aí o interesse bilateral em discutir o valor fixado na esfera criminal.

No caso do réu, afigura-se mais fácil a percepção do referido interesse, eis que o arbitramento de *quantum* indenizatório mínimo lhe é claramente prejudicial. Ora, com o referido arbitramento há a imediata abertura da via executiva no que concerne à parcela mínima arbitrada, razão pela qual é de interesse do acusado reduzir ao máximo o referido valor.

---

da sentença penal condenatória: implicações da lei 11.719/08 no âmbito do processo civil e do processo criminal". *Revista de Ciências Penais*, n. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 2010, p. 349.

73. Em sentido diverso, entendendo que o caso exige pedido expresso da vítima: NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinicius; GEMIGNANI, Daniel; DA SILVA, Ivan Luís Marques; DA SILVA, Raphel Zanon. "Ação civil ex delicto: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2009, n. 888, p. 395.

74. CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 318.

75. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. "Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da lei 11.719/08 no âmbito do processo civil e do processo criminal". *Revista de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 12.

Poderá o acusado, ainda, discutir a possibilidade de o juízo penal fixar o valor mínimo, em razão da ausência de elementos probatórios suficientes. Ou seja: pode o réu recorrer pedindo a não aplicação do inciso IV do art. 387 do CPP, na linha do entendimento do STJ.

Por outro lado, há uma maior dificuldade em se vislumbrar interesse recursal por parte da vítima, eis que lhe é possível obter a certificação de eventual indenização suplementar no âmbito do processo de liquidação[76]. Porém, e na medida em que a fixação de mínimo indenizatório proporciona inequívoca vantagem ao ofendido - que não terá de discutir em futura liquidação questões já ultrapassadas na esfera criminal -, parece que há também interesse recursal na majoração ou, ao menos, na fixação do mínimo indenizatório.

> Em sendo a ação penal pública, poderá a vítima se habilitar nos autos e recorrer na condição de assistente de acusação. Já nos casos de ação privada, o ofendido estará nos autos como querelante, podendo, portanto, recorrer na condição de parte principal. Ao Tribunal, por sua vez, impõe-se o dever delimitar expressamente os limites horizontais da cognição que poderá desenvolver sem prejudicar a profundidade da análise, deixando de certificar valores indenizatórios cujo arbitramento pressuponha o exame de questões apenas passíveis de resolução no juízo cível. Ou seja, deve o Tribunal expressar até onde pode ir sem desviar o foco da ação penal, atentando, ademais, para a profundidade da cognição desenvolvida – que, dentro das respectivas restrições horizontais, haverá de ser exauriente. Neste ponto, aliás, avulta a importância da apresentação de contrarrazões por parte do réu, a quem caberá o ônus de demonstrar a inviabilidade de se examinarem determinadas questões no bojo do processo criminal, sem que haja o comprometimento de sua defesa.

Chega-se, enfim, à questão mais complexa: há coisa julgada material em relação a este valor mínimo? Já vimos que não há impedimento de a vítima pedir a complementação, no juízo cível, do valor da indenização. O problema é outro: pode o condenado pedir ao juízo cível a diminuição do valor fixado pelo juízo penal?

Há quem entenda que não há coisa julgada material nem mesmo em relação a essa parcela mínima[77]. Afirma-se que a decisão foi tomada em cognição sumária, não apta à produção da coisa julgada material.

A resposta a essa questão passa pela revisão de algumas premissas aqui sustentadas: *a)* embora não haja necessidade de formulação de pedido, *há necessidade* de respeito ao contraditório substancialmente qualificado, evitando-se decisão surpresa sobre ponto que não foi debatido; *b)* se não houver elementos suficientes, o juiz está dispensado de

---

76. Antônio do Passo Cabral, por exemplo, parece não identificar interesse-necessidade na interposição de recurso voltado a obter a majoração do *quantum debeatur*. CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 319.

77. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 898. Também: CABRAL, Antônio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_302.pdf> . Acesso em 27 de dez. 2012, p. 315.

fixar esse valor mínimo; *c)* há interesse recursal na discussão do valor, assim como para discutir a possibilidade de aplicação do dispositivo em razão da inexistência de elementos probatórios suficientes.

Tendo em vista tudo isso, parece realmente que a melhor solução é atribuir força de coisa julgada ao valor mínimo estabelecido pelo juízo penal. Se havia elementos para a fixação do valor, se houve contraditório, se era admissível o recurso, não tornar estável essa decisão é enfraquecer demais a regra, que passaria a ter pouca ou nenhuma utilidade. A regra, ao contrário, em vez de facilitá-la, dificultaria a reparação civil em razão do delito, pois daria ensejo a uma discussão sobre a correção ou não do valor mínimo que foi fixado. Essa interpretação, então, esvaziaria toda a potencialidade da regra. Por isso, entendemos que, respeitados os pressupostos aqui apresentados, e havendo o trânsito em julgado, há coisa julgada material em relação ao valor mínimo da indenização fixado na sentença penal condenatória.

Sendo a ação penal privada, se não houver recurso da vítima (que é o autor da ação) para majorar o valor, haverá coisa julgada, ressalvados os fatos ou elementos supervenientes (ou novas provas que não foram ou não puderam ser produzidas no processo criminal) que demonstrem a necessidade de ser majorado o valor.

7.4. Decisão que homologar autocomposição judicial

A decisão que homologa a conciliação judicial é título executivo (CPC, art. 475-N, III). A sentença homologatória de transação ou conciliação é de mérito (CPC, art. 269, III). Trata-se, portanto, de decisão acobertada pela coisa julgada material (tanto que rescindível, *ex vi* do inciso VIII do art. 485 do CPC, conforme demonstrado no volume 3 deste *Curso*).

A conciliação homologada judicialmente pode versar sobre matéria estranha ao objeto do processo ("não posta em juízo", de acordo com o texto legal), desde que o magistrado seja competente para examiná-la. Nesse caso, é de mérito a sentença que homologa a conciliação, mesmo no que pertine à parte estranha ao objeto do processo, àquela "não posta em juízo". Tal parte "não posta em juízo" somente poderá ser rescindida ou desfeita por ação rescisória[78]. Sobre a conciliação judicial, ver os capítulos sobre o *julgamento conforme o estado do processo* e a *extinção do processo*, no volume 1 deste *Curso*.

Os arts. 59, § 1º[79], e 161, § 6º[80], ambos da Lei Federal n. 11.101/2005, determinam que se encaixe nesse *tipo legal* a decisão que concede ou homologa a recuperação judicial ou extrajudicial da empresa ou do empresário.

---

78. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 164.
79. "§ 1º. A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584 [leia-se art. 475-N], inciso III, do *caput* da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil".
80. "§ 6º. A sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584 [leia-se art. 475-N], inciso III do *caput*, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil".

É possível que a autocomposição ocorra *após* a coisa julgada. A coisa julgada torna indiscutível o reconhecimento do direito. Se disponível, o direito pode ser objeto de transação ou renúncia. É possível, então, que as partes *alterem* os termos da relação jurídica reconhecida judicialmente. O acordo *pode* ser levado para homologação judicial e implica novação. Não há necessidade de homologação judicial deste novo acordo, não obstante a coisa julgada[81]. A homologação serve para consolidar a novação, extinguindo a obrigação constante do anterior título executivo judicial.

7.5. Sentença arbitral

A sentença arbitral é, também, título executivo judicial (CPC, art. 475-N, IV). A execução de sentença arbitral costuma ser precedida de liquidação. Essa liquidação dar-se-á em processo autônomo. Feita a liquidação da sentença, a execução observará as regras do cumprimento da sentença. Se não for precedida de liquidação – o que pode acontecer em alguns casos –, a execução da sentença arbitral dar-se-á em processo autônomo de execução, com a necessária citação do executado, nos termos do par. ún. do art. 475-N, CPC.

Partindo do pressuposto, adotado por este *Curso*, no v. 1, de que a arbitragem no Brasil tem natureza de atividade jurisdicional, é correta a opção legislativa pela inclusão da sentença arbitral no rol dos títulos executivos judiciais[82], o que, entre outras conseqüências, reduz a amplitude da defesa do executado à alegação das matérias constantes do art. 475-L do CPC, não podendo o Poder Judiciário rever o conteúdo do que foi decidido pelo árbitro. A despeito da omissão legislativa, porém, na execução de sentença arbitral é cabível a alegação das matérias constantes do art. 32 da Lei Federal n. 9.307/1996[83], o que torna peculiarmente mais ampla a *cognição judicial* na execução deste título judicial.

Na eventualidade de a sentença arbitral ser ilíquida, impõe-se, antes de ser executada, a instauração de uma *ação autônoma de liquidação,* tal como demonstrado no capítulo de liquidação de sentença, neste volume.

7.6. Acordo extrajudicial homologado

A Lei Federal n. 11.232/2005 acrescentou ao rol dos títulos executivos judiciais "o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente" (CPC, art. 475-N, V).

---

81. Em sentido diverso, entendendo que, não obstante seja possível a transação, é preciso que ela seja homologação pelo órgão jurisdicional, STJ, 2ª T., REsp n. 1.056.474, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 21.10.2008, publicado no *DJe* de 18.11.2008.
82. Em sentido diverso, reputando "inapropriada" a escolha legislativa, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 295.
83. "É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei".

De acordo com o texto normativo, é possível que qualquer acordo, inclusive em causas trabalhistas (aplicação subsidiária do CPC) e de família, possa ser levado ao juízo materialmente competente para ser homologado e, assim, constituir-se título executivo judicial.

A homologação ocorrerá após a instauração de um procedimento de jurisdição voluntária, em que o magistrado examinará o preenchimento dos pressupostos e requisitos para a celebração do negócio jurídico (CPC, arts. 1.103 a 1.111).

O legislador reformista inspirou-se na regra do art. 57 da Lei de Juizados Especiais Cíveis (Lei Federal n. 9.099/1995), de redação semelhante, mas que é injustificadamente ignorada pelos aplicadores do direito. Não obstante se trate de dispositivo constante de lei especial, o dispositivo permitia a homologação judicial de qualquer acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, mesmo que fora da competência do Juizado Especial – nessa hipótese, o acordo deveria ser homologado perante o juízo competente (cível, de família, consumidor etc.).

Perceba, ainda, uma peculiaridade: o acordo extrajudicial pode ser título executivo extrajudicial, na forma do art. 585, II, CPC, cuja defesa do executado pode ser ampla (CPC, art. 745); a homologação judicial deste acordo, portanto, tem a utilidade de restringir a matéria de defesa do executado aos limites do art. 475-L do CPC. Vale dizer que o credor, dispondo de um negócio jurídico que se encaixe num dos tipos capitulados no art. 585 do CPC, pode propor execução fundada em título extrajudicial na eventualidade de descumprimento por parte do devedor (CPC, arts. 652 e seguintes). Se, mesmo dispondo do título extrajudicial, o credor pretender transmudá-lo em título judicial, bastará, em conjunto com o devedor, requerer, mediante simples petição, ao juiz que homologue tal negócio, num procedimento de jurisdição voluntária. Um título extrajudicial é, assim, transformado em título judicial, permitindo, em caso de eventual descumprimento, que seja promovida uma execução, cujo procedimento será o do cumprimento da sentença (CPC, arts. 475-J e seguintes).

Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título *judicial* não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 475-L, CPC, todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico[84]). A execução de título *extrajudicial* permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (CPC, art. 745). Qual o fundamento para a diferença do tratamento? A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz). Para compreender a diferença de tratamento entre o negócio jurídico homologado judicialmente e aquele não submetido a essa confirmação, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária (ver o v. 1 deste *Curso*).

84. Note que as hipóteses do inciso I do art. 475-L e do § 1º do mesmo artigo, que se referem a fatos anteriores à formação do título executivo, não se aplicam à execução de acordo extrajudicial homologado. Trata-se de hipóteses de aplicação restrita à solução jurisdicional do conflito.

7.7. Decisão estrangeira homologada pelo STJ

A sentença estrangeira, inclusive a arbitral, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, é título executivo judicial (CPC, art. 475-N, VI), e deve ser executada perante um juízo federal de primeira instância (CF/88, art. 109, X). Convém lembrar que, antes da EC n. 45/2004, a competência para homologar a sentença estrangeira era do STF.

A sentença estrangeira só passa a ser tida como título executivo se for homologada pelo STJ (CF/88, art. 105, I, *i*; CPC, art. 475-N, VI). Enquanto não homologada, não produz efeitos no território brasileiro, não podendo ser considerada título executivo, nem servir como base para a instauração de uma execução. *Qualquer* sentença estrangeira somente produz efeitos principais, anexos ou reflexos no território brasileiro depois de homologada pelo STJ. Nos termos do parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LIDB (Decreto-lei n. 4.657/1942), "Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas". Tal dispositivo não foi recepcionado pela atual Constituição Federal; esta revogou aquele parágrafo único do art. 15 da LIDB, ao atribuir, sem qualquer ressalva, a competência para que o STF (e depois, com a EC n. 45/2004, o STJ) homologue sentenças estrangeiras.

É fundamental, portanto, a homologação da sentença estrangeira pelo STJ, de forma que tal homologação constitui elemento necessário para que a sentença estrangeira possa ser tida como título, encaixando-se no tipo legal.

A execução de sentença estrangeira costuma ser precedida de liquidação. Essa liquidação dar-se-á em processo autônomo. Feita a liquidação da sentença, a execução observará as regras do cumprimento da sentença. Se não for precedida de liquidação – o que pode acontecer em alguns casos, como já examinado –, a execução da sentença estrangeira dar-se-á em processo autônomo de execução, com a necessária citação do executado, nos termos do par. ún. do art. 475-N, CPC.

De acordo com o Protocolo de Las Leñas, assinado em 27.06.1992 e aprovado pelo Decreto Legislativo 55, de 28.04.1995, que compõe o processo de integração dos países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, a execução de sentenças proferidas por autoridade judiciária de um dos países-membros processar-se-á perante o outro país-membro de acordo com o procedimento mais simples de expedição de *carta rogatória*, e não o de homologação de sentença estrangeira[85].

Diferentemente da sentença estrangeira, que deve ser homologada para que possa ser considerada título executivo judicial, o título de crédito ou documento particular que se encaixe no tipo legal de título executivo extrajudicial, emitido, elaborado ou confeccionado no estrangeiro, *não* há de ser homologado. Uma vez preenchidos os pressupostos legais para sua formação e produção de eficácia executiva, já pode ser executado, não

85. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 301-303; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 211.

sendo necessária a homologação. O que deve ser homologado, vale insistir, é a sentença estrangeira, e não o título executivo extrajudicial.

7.8. Formal de partilha

A partilha dos bens, feita em inventário ou arrolamento, é homologada por sentença, representada por formal ou certidão de partilha. O formal é um caderno processual – composto por peças que compuseram o processo de inventário ou arrolamento. De acordo com o art. 1.027 do CPC:

> "Passada em julgado a sentença mencionada no artigo antecedente, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, do qual constarão as seguintes peças: I – termo de inventariante e título de herdeiros; II – avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro; III – pagamento do quinhão hereditário; IV – quitação dos impostos; V – sentença. Parágrafo único. O formal de partilha poderá ser substituído por certidão do pagamento do quinhão hereditário, quando este não exceder 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo; caso em que se transcreverá nela a sentença de partilha transitada em julgado".

O *formal de partilha* é uma carta de sentença[86], com as peculiaridades do art. 1.027 do CPC para a sua extração. Como será visto no capítulo sobre execução provisória, a *carta de sentença* foi extinta pela Lei Federal n. 11.232/2005, que revogou os arts. 589-590 do CPC; atualmente, cabe ao interessado a extração e autenticação das peças obrigatórias que devem compor o instrumento, e não mais ao escrivão. Parece que a novidade pode ser estendida à extração do *formal de partilha*, por se tratar de medida criada com intuito de facilitar o trâmite cartorário dos processos, simplificadora do exercício da atividade jurisdicional.

Insere-se, entre os títulos judiciais, o formal ou certidão de partilha, que documenta, como visto, a decisão estatal de atribuição de um quinhão sucessório ao herdeiro. O legislador só lhe confere, porém, força executiva em face do inventariante, dos outros herdeiros e dos sucessores a título singular ou universal, isto é, o herdeiro, beneficiário de um quinhão, só pode executar o título em face de um desses sujeitos (CPC, 475-N, VII, *in fine*), quando a um deles for imposto um dever de prestar (ex.: entrega de coisa ou de determinada quantia em dinheiro). Se for imposto dever de prestar a terceiro, não é possível opor-lhe demanda executiva, exatamente porque este não participou do processo de formação da decisão que reconheceu tal dever; neste caso, só resta ao herdeiro (credor) propor contra ele (terceiro) demanda cognitiva.

O inciso VII do art. 475-N do CPC, deve, porém, ser interpretado extensivamente, para abranger, além da partilha decorrente do inventário de bens do falecido, as sentenças que homologuem partilha *inter vivos*, como nos casos de divórcio ou de dissolução da sociedade empresária[87].

---

86. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 250.
87. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*, cit., p. 306; SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, cit., p. 249.

8. ROL DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS

8.1. Considerações gerais

Ao lado dos títulos executivos judiciais (CPC, art. 475-N), existem os títulos executivos extrajudiciais, que estão previstos no art. 585 do CPC e em dispositivos da legislação extravagante.

Os títulos executivos extrajudiciais decorrem também de *tipos legais,* que podem ser *fechados* ou *abertos*, tal como já demonstrado no item, contido neste capítulo, sobre a *tipicidade dos títulos executivos.*

Cumpre, então, examinar cada um dos referidos *tipos.*

8.2. Títulos de crédito

8.2.1. Generalidades

Instituto típico do então Direito Comercial (hoje, chamado Direito Empresarial), o título de crédito representa a dinâmica da atividade mercantil, permitindo a fácil e rápida constituição do crédito, com sua ampla circulação, que permite sua ágil transferência, contribuindo para fomentar o mercado e para gerar sua obtenção e circulação.

Para atender a tais finalidades, o título de crédito é dotado de características muito peculiares. Em primeiro lugar, é ele essencialmente voltado para a tutela executiva. A emissão de título de crédito já permite que, a partir da exigibilidade, possa ser instaurado processo de execução.

Ademais, o título de crédito contém a característica da *literalidade,* de sorte que somente se pode considerar o que esteja nele contido *expressamente.* Os requisitos legais para a emissão do título devem estar nele expressos, devendo igualmente estar inequivocamente indicados o valor, o devedor e todos os elementos fundamentais para a propositura de uma demanda executiva.

O título de crédito faz surgir um direito *autônomo,* que é o direito cambial, desvinculado da causa, da origem, do motivo que acarretou sua emissão. Daí surge a *abstração* do título. Em regra, e abstraídas as ressalvas que serão apontadas adiante, não interessa a *causa debendi,* ou seja, não importam os detalhes da relação de direito material ou da obrigação subjacente ao título. Basta apenas o que consta do título, devendo a execução basear-se somente nisso. Por exemplo: não pode executado opor ao exeqüente-endossatário exceções pessoais que porventura tenha em face do endossante. Quer isso dizer que o executado não pode apresentar exceções que não digam respeito ao exeqüente.

> É oportuno registrar, desde logo, que o Código de Processo Civil considera os títulos de crédito como títulos executivos extrajudiciais, ao lado de outros documentos, permitindo que todos eles gerem uma execução que se submete ao *mesmo* procedimento. Há, contudo, características próprias dos títulos de crédito que impõem ressalvas ou restrições quanto à aplicação de regras procedimentais da execução. Uma delas é exatamente a *inoponibilidade das exceções pessoais eventualmente existentes em relação a sujeito distinto do exeqüente (anterior proprietário do título):* embora o

> art. 745 do CPC permita que os embargos à execução versem sobre toda e qualquer matéria, há, nesse caso, em razão de uma peculiar característica do direito material, uma exceção à regra. Logo, tal dispositivo deve ser aplicado com ressalvas, quando a execução fundar-se num título de crédito.
>
> Além disso, toda vez que determinada característica do título de crédito for incompatível com a regra processual em vigor, deve haver uma adaptação. Aplica-se aqui o princípio da adequação, de maneira a fazer com que o processo se ajuste às peculiaridades do direito material, sendo apenas um veículo para a aplicação das normas jurídicas[88].
>
> É por isso que, em alguns países, os títulos de crédito não permitem a execução, mas uma ação própria, chamada ação cambiária, com peculiaridades que a diferenciam da execução[89].

Os títulos de créditos contêm outra característica: a *cartularidade*. É preciso exibir o título ou a cártula para que se possa ser tido como credor. Em termos processuais, o exeqüente é quem porta a cártula, a quem foi transferido o crédito ali inscrito. Por isso, e em razão do disposto no art. 614, I, do CPC, a petição inicial da execução deve vir acompanhada do *original* do título. Em princípio, não se deve aceitar a execução fundada numa mera cópia do título de crédito. Isso porque o original pode ter sido endossado, tendo o crédito sido transferido a outrem. Executar o título de crédito com base na cópia pode acarretar o risco de o devedor ser executado várias vezes com base no mesmo título: o credor originário executa-o com base na cópia e o credor atual (endossatário) promove execução com base no original, acarretando o risco de mais de uma execução relativamente ao mesmo crédito, em manifesto prejuízo ao devedor. Daí não se aceitar, em princípio, que a execução esteja lastreada em simples cópia do título de crédito. Há, contudo, o risco de extravio ou de o título ser subtraído dos autos, não havendo mais título, o que acarretaria a impossibilidade de prosseguimento da execução, em flagrante prejuízo ao credor.

Para conciliar esses problemas e evitar prejuízo tanto ao credor como ao devedor, a solução é aceitar a execução com base na cópia da cártula, desde que o exeqüente demonstre que o original não está circulando, nem houve endosso ou transferência do crédito a outrem. Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, "o fato de a inicial não estar instruída com as vias originais dos títulos executivos extrajudiciais, como exige o artigo 614, I, do CPC, mas somente com as cópias autenticadas, não retira deles a sua exigibilidade, liquidez e certeza. A exigência legal tem como fim assegurar a impossibilidade de nova execução baseada na mesma cambial, entre sua possível circulação, que, entrementes, não ocorre no caso, tendo em vista que a recorrente, na peça vestibular, afirma que as cártulas poderão ser exibidas a qualquer tempo, por determinação do magistrado"[90].

---

88. Sobre o assunto, conferir SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
89. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. cit., p. 364-365.
90. STJ, 4ª T., REsp n. 595.768/PB, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 9.8.2005, publicado no *DJ* de 10.10.2005, p. 375.

Nos termos do inciso I do art. 585 do CPC, são títulos executivos extrajudiciais a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque.

Consoante esclarece EVARISTO ARAGÃO SANTOS, após o advento do atual Código Civil, as formas de materialização do direito de crédito contam com três modalidades distintas: *(a)* aquela sem qualquer natureza cambiária (por exemplo, um contrato assinado pelo devedor e por duas testemunhas); *(b)* aquela cuja formalização conta com os requisitos formais essenciais de título de crédito (CC, art. 887), mas não encontra regulamentação em legislação especial, sendo, portanto, um título de crédito *atípico;* e, *(c)* aquela cuja formalização se estratifica num título de crédito *nominado* ou *típico*, que é um dos previstos em lei própria, com requisitos próprios, aos quais se atribui força executiva[91].

Aos títulos de crédito *atípicos* não foi atribuída força executiva, não podendo haver execução com base neles[92]. Um "boleto" bancário, embora possa ser um título *atípico,* não contém eficácia executiva. Já os títulos de crédito *típicos* têm força executiva, constituindo documentos aptos a permitir a execução.

A seguir, serão examinados os títulos de crédito *típicos,* previstos no inciso I do art. 585 do CPC.

8.2.2. Letra de câmbio

"A letra de câmbio é um instrumento de declaração unilateral de vontade, enunciada em tempo e lugar *certos* (nela afirmados), por meio da qual uma *certa* pessoa (chamada *sacador*) declara que uma *certa* pessoa (chamada *sacado*) pagará, pura e simplesmente, a *certa* pessoa (chamada *tomador*), uma quantia *certa,* num local e numa data – ou prazo – especificados ou não. O título considera-se emitido quando o sacador nele apõe sua assinatura, completando, assim, o ato unilateral de *sacar* o título"[93].

A letra de câmbio, como se percebe, é uma ordem de pagamento do sacador contra o sacado.

É preciso, contudo, que o sacado *aceite* a letra de câmbio. Sem a concordância do sacado, a letra de câmbio não é título executivo extrajudicial, não sendo possível o ajuizamento da execução. O aceite é essencial para que a letra de câmbio tenha eficácia executiva.

Sem o aceite, ainda que a letra de câmbio seja protestada, não há título executivo. Não havendo o aceite, protestada ou não, a letra de câmbio não poderá lastrear uma execução, eis que não haverá título executivo. É fundamental, portanto, que haja o aceite.

Consoante estabelece o enunciado n. 60 da súmula do STJ, "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse

91. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito,* cit., n. 4.5, p. 67.
92. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito,* cit., n. 4.5, p. 67-71.
93. MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 183.

deste". Em razão disso, e como acentua Araken de Assis, "nulo é o mandato outorgado para criar a letra, que já obriga cambialmente".

8.2.3. Nota promissória

A nota promissória, que se submete aos requisitos da letra de câmbio, é um título de crédito, por meio do qual o emitente promete pagar certa quantia a favor de outrem ou a sua ordem. Trata-se de *tipo legal fechado,* de sorte que o documento somente será nota promissória e, consequentemente, título executivo, se preencher todos os requisitos legais, essenciais e extrínsecos. A falta de qualquer requisito inviabiliza a execução.

A nota promissória é um título abstrato, mas pode ser utilizada como garantia de outra obrigação. Mesmo nessa hipótese, não perde sua característica de título executivo, sendo apta a instruir uma execução.

Não obstante a nota promissória poder ser utilizada como garantia de outra obrigação sem perder sua força executiva, cumpre atentar para o que estabelece o enunciado n. 258 da súmula do STJ: "A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou".

8.2.4. Duplicata

A duplicata é um título de crédito genuinamente brasileiro. Prevista na Lei Federal n. 5.474/1968, é título cambial, autônomo e transmissível por endosso. A duplicata substitui a fatura assinada, que representa a compra e venda mercantil. O título é a duplicata da fatura.

Emitida a fatura e aceita a duplicata, existe título executivo extrajudicial. A duplicata *aceita* é título executivo extrajudicial, independentemente de protesto. Se houve aceitação, não é necessário o protesto cambial; já se tem o título executivo.

É possível, contudo, que a duplicata não seja aceita. Não aceita a duplicata, deverá ser levada ao cartório de protesto, acompanhada da nota fiscal e do documento que comprove a remessa e a entrega da mercadoria. O protesto cambial substitui o aceite, caracterizando uma espécie de aceite presumido. Nesse caso de falta de aceite, somente poderá ser proposta execução se houver o protesto. O protesto, na duplicata por falta de aceite, constitui elemento indispensável à caracterização do título executivo extrajudicial, somente podendo ser proposta a execução se houver o protesto. O protesto é prova do inadimplemento.

Se a duplicata for extraviada ou retida indevidamente pelo devedor, permite-se a emissão de uma triplicata. Tendo havido o aceite, a triplicata pode ser executada independentemente de protesto. Não tendo havido o aceite, será necessário o protesto cambial para que a triplicata possa ser executada.

A duplicata é emitida em razão de uma compra e venda mercantil. Pode, também, ser emitida a duplicata de prestação de serviços.

Como se vê, a duplicata consiste num título causal, devendo ter subjacente negócio jurídico celebrado entre as partes que nele figuram como credor e devedor. Daí por que a duplicata pode ser de dois tipos: *(a)* de fatura de venda mercantil; ou, *(b)* de prestação de serviços. Realmente, a duplicata deve ter como causa uma venda de mercadoria ou uma prestação de serviços, a ponto de a própria lei que a disciplina (Lei Federal n. 5.474/1968) estabelecer, no seu art. 15, que tal título só tem força executiva, quando não aceito, se, em se tratando de duplicata de fatura de venda mercantil, estiver protestada, estiver acompanhada de documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não puder ter recusado o aceite na forma como lhe é facultado pelos seus arts. 7º, 8º e 15, II, *c*. No caso da duplicata de prestação de serviço, deverá estar igualmente protestada, bem como acompanhada de documento comprobatório do vínculo contratual e da efetiva prestação do serviço, não tendo sido possível ao sacado recusar o aceite na forma como lhe é facultado pelos arts. 7º, 8º e 15, II, *c*, da mesma Lei Federal n. 5.474/1968.

Tendo havido aceite, não é necessário, como visto, o protesto cambial. Se não tiver havido aceite, este é substituído pelo protesto. Nesse caso, é indispensável, para que se admita a execução, que a duplicata seja acompanhada do instrumento de protesto. Na duplicata de prestação de serviços, deve, ainda, ser juntada cópia do contrato de prestação de serviços.

8.2.5. Debênture

As debêntures são títulos emitidos por sociedades anônimas, com a finalidade de captação de recursos. A sociedade anônima, em vez de tomar empréstimo, lança debêntures, que são adquiridas por investidores. Ao adquirir a debênture, o investidor passa a ser credor da sociedade empresária, dispondo de um título executivo extrajudicial. Realmente, a debênture é um título executivo, apto a permitir a propositura de uma ação de execução.

As debêntures mais se assemelham a um contrato de mútuo ou a valores mobiliários, não reunindo as características próprias dos títulos de crédito.

> Segundo esclarece Evaristo Aragão Santos, há uma controvérsia em torno da natureza das debêntures. De um lado, desponta o entendimento segundo o qual as debêntures seriam títulos de crédito causais e incompletos, vinculados ao contrato de emissão, cujos termos e cláusulas completam, esclarecem e integram o teor do título. Por outro lado, sobressai o entendimento de que não seriam as debêntures títulos de crédito, mas valores mobiliários, não servindo para documentar créditos, nem teriam os atributos da cartularidade, autonomia e literalidade[94].

A criação e a emissão das debêntures constituem atos de competência privativa da Assembléia Geral, passando a constar de uma *escritura de emissão*, que pode revestir

94. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 9.2, p. 146.

a forma de uma escritura pública ou particular. Em tal escritura, não há a identificação, nem individualização dos titulares do crédito, pois, nesse momento, as debêntures ainda não foram postas a venda, nem negociadas. O credor somente é individualizado depois da negociação, quando da emissão dos *certificados de debêntures* ou da inscrição do seu nome no respectivo livro de registros da companhia[95]. Na falta de emissão do certificado de debênture, a execução pode ser proposta com base na escritura de emissão, encaixando-se no *tipo legal aberto* do inciso II do art. 585 do CPC[96].

> Na verdade, a emissão dos certificados é facultativa. Emitidos os certificados, eles serão os títulos executivos. Não havendo emissão de certificado, pode, ainda assim, ser proposta a execução, com base na escritura de emissão, a qual, na explicação de EVARISTO ARAGÃO SANTOS, "contém todas as condições necessárias para o exercício dos direitos e obrigações relativos às debêntures, apesar de não comprovar a titularidade dos credores. Por conta disso, precisa ser necessariamente complementado com os recibos, boletins de subscrição ou qualquer outro demonstrativo hábil a comprovar a titularidade do crédito e identificar os credores debenturistas. Nessa situação, não se lhe poderá negar a condição típica de título executivo"[97].

As debêntures devem ser nominativas, não podendo ser emitidas ao portador, vedado o endosso. Daí por que, como já se viu, as debêntures mais se assemelham ao contrato de mútuo, guardando pouca relação com os títulos de crédito.

8.2.6. Cheque

O cheque é uma ordem de pagamento a vista. Uma pessoa, que é o emitente ou sacador, celebra um contrato com uma instituição financeira, que é o sacado. Por força de tal contrato, o emitente ou sacador mantém, em tal instituição financeira, uma conta corrente, onde deposita dinheiro. Emitido um cheque, o emitente ou sacador está dando uma ordem ao banco, que é o sacado, para que este pague o valor inscrito no cheque ao beneficiário nomeado, a sua ordem ou, não havendo nomeação de beneficiário, a quem portar o cheque. Neste último caso, o cheque é chamado de *cheque ao portador*.

Não pago o valor, por não haver provisão de fundos, ou por qualquer outro motivo, o beneficiário ou o portador poderá promover ação de execução, fundando-se no cheque. O cheque é, então, um título executivo extrajudicial.

Para que se possa ajuizar a execução fundada no cheque, é preciso que o beneficiário ou o portador tenha, antes, apresentado a cártula à instituição financeira, tendo sido recusada a ordem de pagamento, com a devolução do cheque. Somente a partir da recusa é que se pode intentar a ação de execução.

O cheque somente dispõe de força executiva no prazo de seis meses (Lei Federal n. 7.357/1985, art. 59), contado do esgotamento do prazo de apresentação, que é de trinta dias

95. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*. cit., n. 9.2, p. 147.
96. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*. cit., n. 9.2, p. 147.
97. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*. cit., n. 9.2.1, p. 150.

quando a emissão do cheque for na mesma praça do lugar do pagamento, ou de sessenta dias, quando for de outra praça. Passado esse prazo, não se permite mais a execução. Diz-se que, nesse caso, o cheque está prescrito. Não caberá mais execução, mas será possível ação monitória, como esclarece o enunciado n. 299 da súmula do STJ: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito".

8.3. Escritura pública ou qualquer documento público assinado pelo devedor

Nos termos do art. 585, II, do CPC, é título executivo extrajudicial a escritura pública ou *outro* documento público assinado pelo devedor.

Celebrado o negócio jurídico perante o tabelião, este irá lavrar a escritura pública, dotando o instrumento de fé pública. Tal escritura pública, independentemente da espécie de obrigação nela compreendida, é título executivo. Geralmente, a escritura pública é apresentada sob a forma de traslado, que consiste numa cópia do instrumento, ou das certidões extraídas pelo notário (CC, art. 217[98]; CPC, art. 365, II[99]).

Além da escritura pública, também é título executivo extrajudicial *qualquer outro* documento público assinado pelo devedor. Eis um evidente exemplo de *tipo legal aberto*. Conforme já demonstrado acima, no item relativo à tipicidade dos títulos executivos, os tipos abertos não contêm "um número fixo de notas cuja verificação seja necessária e suficiente para um juízo de inclusão"[100]. Quer isso dizer que o modo de operar do tipo é tipológico-comparativo, funcionando com base na *semelhança*.

O documento, nas palavras de SÉRGIO SHIMURA, "será público quando for de autoria de quem esteja no exercício de uma função pública"[101]. Ainda segundo esclarece SÉRGIO SHIMURA: "*Documento público* tem sentido mais amplo, podendo intervir não só o tabelião, como ocorre na escritura pública, mas também um outro oficial ou autoridade. Assim, toda escritura pública é documento público, mas o inverso não é verdadeiro. Nem todo documento público encerra uma escritura pública. A publicização decorre da fé que promana da presença de um membro do poder público no ato da constituição do negócio jurídico, podendo ser judiciário ou qualquer outro, que tenha qualidade de autoridade pública"[102].

O Superior Tribunal de Justiça mantém o firme entendimento de que documento público é aquele produzido por autoridade pública. Se a autoridade pública emite o documento, ele é público. Emitido o documento público, que está assinado pela própria autoridade, há um título executivo extrajudicial, a autorizar o ajuizamento da ação de execução. Consoante anotado em precedente do STJ, "A melhor interpretação para a expressão documento

98. Art. 217 do Código Civil: "Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas".
99. Art. 365, II, do Código de Processo Civil: "Fazem a mesma prova que os originais: II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas".
100. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. cit., p. 42.
101. *Título executivo*. 2ª ed., cit., p. 430.
102. *Título executivo*. 2ª ed. cit., p. 430.

público é no sentido de que tal documento é aquele produzido por autoridade, ou em sua presença, com a respectiva chancela, desde que tenha competência para tanto"[103].

Sendo um *tipo legal aberto,* tudo que se encaixe no conceito de documento público é título executivo extrajudicial. Não é por outra razão, aliás, que o STJ entende que "Notas de empenho e autorizações de despesas são documentos públicos e, portanto, hábeis à execução, por expressa determinação legal"[104]. Também entende o STJ que "o contrato de prestação de serviço firmado com a administração pública é documento público, hábil a embasar a competente ação de execução"[105].

Em todos esses casos, o devedor é a Fazenda Pública, devendo a execução ser contra ela intentada. A propósito, é cediço que cabe execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública (súmula do STJ, n. 279). Para maiores detalhes, remete-se o leitor para o capítulo da execução contra a Fazenda Pública neste volume.

8.4. Documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas

É título executivo extrajudicial, na dicção do inciso II do art. 585 do CPC, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. Pelo *tipo legal,* a assinatura das testemunhas é indispensável para que o documento seja título executivo. Essa é uma hipótese de *tipo legal aberto,* de sorte que *qualquer* documento particular que esteja assinado pelo devedor e por duas testemunhas ostenta a condição de título executivo, desde que a obrigação nele representada seja certa, líquida e exigível.

Tratando-se de documento particular, é necessária a assinatura do devedor, não se admitindo a assinatura a rogo[106], ou seja, não se permite que outra pessoa capaz assine por ele, caso ele não saiba ou não possa assinar. Na hipótese de o devedor não souber ou não puder assinar, deve, então, o negócio ser celebrado por escritura pública, lavrada em notas de tabelião, podendo ser aposta assinatura a rogo (Código Civil, art. 215, § 2º).

Impõe-se lembrar da ressalva existente quanto ao contrato de prestação de serviços. Nesse caso, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas (Código Civil, art. 595).

Há uma polêmica sobre a necessidade ou não de as testemunhas serem presenciais. Noutros termos, as testemunhas devem ter presenciado a celebração do negócio, assinando o respectivo instrumento no mesmo momento em que o devedor o subscreveu, ou podem assinar depois?

---

103. STJ, 1ª T., REsp n. 487.913/MG, rel. Min. José Delgado, j. em 8.4.2003, publicado no DJ de 9.6.2003, p. 188.
104. STJ, 1ª T., REsp n. 793.969/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, j. em 21.2.2006, publicado no *DJ* de 26.6.2006, p. 125.
105. STJ, 1ª T., REsp n. 487.913/MG, rel. Min. José Delgado, j. em 8.4.2003, publicado no *DJ* de 9.6.2003, p. 188.
106. ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 11ª ed. cit., p. 175; SHIMURA, Sérgio. *Título executivo.* 2ª ed., cit., p. 436.

O Superior Tribunal de Justiça entende *não* ser necessário que as testemunhas sejam presenciais, podendo ser instrumentárias, ou seja, podendo assinar depois e sem terem assistido ao ato de celebração do negócio[107].

Parece mais adequado, contudo, entender que as testemunhas devem ser presenciais, sujeitando-se às restrições contidas no art. 228 do Código Civil, examinado no v. 2 deste *Curso*. Com efeito, ali se estabelecem regras relativas à incapacidade para o testemunho. Há pessoas que não são admitidas como testemunhas em juízo. Nesses casos, além de não serem admitidas como testemunhas num processo judicial, também não devem ser admitidas como testemunhas num contrato ou num documento particular, de sorte que se ali figurarem como tal, o documento não deve ser tido como título executivo.

> Tome-se como exemplo a hipótese prevista no inciso I do § 2º do art. 405 do CPC: não deve ser admitido como testemunha, num processo judicial, o filho de uma das partes; há, nesse caso, impedimento. Da mesma forma que ele não pode ser testemunha em juízo, não poderá ser testemunha num documento particular que seu pai assinou como devedor.

É preciso que a testemunha, no documento particular, tenha presenciado a celebração do negócio e não se sujeite às restrições legais relativas às testemunhas judiciais. Isso porque, se chamada a juízo, deverá a testemunha atestar que assistiu a tudo e que o devedor assumiu realmente aquela obrigação sem qualquer vício de vontade[108].

Ademais, a testemunha deve ser identificada e identificável no instrumento negocial, do qual haverá de constar a sua assinatura legível.

Aceitar a testemunha meramente instrumentária, que não presenciou a celebração do negócio equivale a atribuir-lhe uma função meramente formal ou decorativa, sem qualquer finalidade ou significado.

---

107. "PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – OMISSÃO NO JULGADO RECORRIDO – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DOCUMENTO PARTICULAR ASSINADO PELO DEVEDOR E POR DUAS TESTEMUNHAS (ART. 585, II, DO CPC) – DISPENSA DA PRESENÇA DESTAS AO ATO DE FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – ALEGAÇÃO DE TESTEMUNHAS INTERESSADAS NO NEGÓCIO JURÍDICO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA SEARA - SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. 1 – Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão impugnado não incorreu em omissão, contradição ou obscuridade. 2 – O fato das testemunhas do documento particular não estarem presentes ao ato de sua formação não retira a sua executoriedade, uma vez que as assinaturas podem ser feitas em momento posterior ao ato de criação do título executivo extrajudicial, sendo as testemunhas meramente instrumentárias (cf. REsp nºs 1.127/SP e 8.849/DF). 3 – É certo que, segundo o entendimento desta Corte, 'malfere o art. 142, IV, do Código Civil, desqualificando o título executivo extrajudicial, na forma do art. 585, II, do Código de Processo Civil, a presença de testemunha interessada no negócio jurídico' (cf. REsp nº 34.571/SP). Contudo, nesta seara, impossível avaliar o interesse das testemunhas do documento particular objeto da execução em comento, à época da assinatura do instrumento, por encontrar óbice na Súmula nº 7 deste Tribunal Superior. 4 - Recurso não conhecido. (STJ, 4ª T., REsp n. 541.267/RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 20.9.2005, publicado no DJ de 17.10.2005, p. 298).

108. GRECO, Leonardo. *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 196. *No mesmo sentido:* SHIMURA, Sérgio. *Título executivo.* 2ª ed. cit., p. 437.

Diferentemente do que sucedia em épocas mais recuadas da história, quando a forma era considerada constitutiva do ato jurídico, no direito moderno a forma é tida como requisito extrínseco à substantividade própria do ato[109]. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nos tempos atuais, não há formalismo por formalismo, somente sendo lícito pensar em forma, na medida em que ela se prestar a controlar o arbítrio para alcançar as finalidades do processo em tempo razoável, colaborando para a justiça da decisão[110].

Nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, lançadas em precedente do Superior Tribunal de Justiça, "o processo contemporâneo, calcado na instrumentalidade e na efetividade, instrumento de realização do justo, não deve abrigar pretensões de manifesto formalismo"[111]. Ou, como anotado em outro precedente, "nos tempos atuais, não mais se justifica o apego à forma, em detrimento da efetividade processual, especialmente quando ausente prejuízo. Com efeito, sempre que possível, observadas as garantias do devido processo legal, deve-se buscar a efetividade processual, evitando-se que o processo seja um fim em si mesmo"[112].

A finalidade de o documento particular, para ser título executivo, contar com a assinatura de duas testemunhas, é justamente convocá-las a testemunhar em juízo, caso o devedor alegue algum vício de vontade nos embargos à execução. Daí por que devem as testemunhas, no documento particular, ter presenciado sua elaboração e não estarem sujeitas às restrições legais relativas às testemunhas judiciais. Do contrário, ou seja, caso as testemunhas não desfrutem dessas qualidades, o documento particular não será título executivo extrajudicial, o que somente poderá ser aferido, na hipótese de haver embargos à execução em que se alegue o vício e caso haja prejuízo com tal defeito.

Não é necessário o reconhecimento de firma do devedor e das testemunhas[113].

> Nos termos do art. 221 do Código Civil, "O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público".
>
> Diante de tal dispositivo, surge a indagação: passou a ser dispensada a assinatura de duas testemunhas para que o documento particular, assinado pelo devedor, seja título executivo? Em outras palavras, o art. 221 do Código Civil teria revogado em parte o inciso II do art. 585 do CPC? Ainda se exige a assinatura de duas testemunhas para que o documento particular seja título executivo?

---

109. ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 146.
110. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, n. 5, p. 61-62.
111. STJ, 4ª T., REsp n. 178.342/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 20.8.1998, publicado no *DJ* de 3.11.1998, p. 168.
112. STJ, 4ª T., REsp n. 216.719/CE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 16.9.2003, publicado no *DJ* de 19.12.2003, p. 468.
113. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit, p. 176.

A resposta a tais indagações está no princípio da taxatividade e, também, na tipicidade dos títulos executivos.

Somente é título executivo o documento particular assinado pelo devedor *e por duas testemunhas*. O art. 221 do Código Civil trata do *valor probante* do documento particular somente assinado pelo devedor, não lhe atribuindo força executiva. Continua a prevalecer o que consta do inciso II do art. 585 do CPC: apenas é título executico o documento particular que, além da assinatura do devedor, contenha a assinatura de duas testemunhas.

Por isso que, nas palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA, "uma confissão de dívida ou um contrato de mútuo firmado por apenas uma testemunha não é título executivo extrajudicial, podendo o credor valer-se, em tais situações, da ação monitória, mas nunca do processo executivo"[114].

8.5. Transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores

O inciso II do art. 585 do CPC prevê, ainda, que a transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pelos advogados dos transatores ostenta a natureza de título executivo extrajudicial. Havendo o referendo, dispensam-se as duas testemunhas.

Já se viu que o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas é título executivo extrajudicial. Se o documento estiver assinado pelo devedor, sem a assinatura das duas testemunhas, não será título executivo. Mas se no lugar das testemunhas houver o referendo do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos advogados do credor e do devedor, o documento é título executivo, permitindo a propositura da ação de execução.

O art. 57, parágrafo único, da Lei Federal n. 9.099/1995 também prevê que o acordo celebrado pelas partes e referendado pelo Ministério Público valerá como título executivo.

O art. 5º, § 6º, da Lei Federal n. 7.347/1985 prevê o *compromisso de ajustamento de conduta,* celebrado entre a parte e o Ministério Público ou outro ente público legitimado à propositura de ação coletiva. Se o Ministério Público ou a Defensoria Pública referendar a transação, o documento será título executivo, em razão da parte final do inciso II do art. 585 do CPC. Se, entretanto, o Ministério Público ou a Defensoria Pública tomar o compromisso de ajustamento de conduta de uma das partes, também haverá aí um título executivo, só que encaixado na primeira parte do inciso II do art. 585 do CPC: será um documento público assinado pelo devedor, e não uma transação referendada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. De um jeito ou de outro, ter-se-á um título executivo extrajudicial.

A transação relativa a alimentos devidos a idoso e celebrada perante o membro do Ministério Público é igualmente título executivo extrajudicial (Lei Federal n. 10.741/2003, art. 13).

---

114. CARMONA, Carlos Alberto. "Títulos executivos extrajudiciais no Código de Processo Civil brasileiro". *Processo de execução e assuntos afins.* Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 76.

Se cada transator estiver representado por seu advogado e houver referendo, o documento será título executivo. É possível que os transatores estejam representados por um só advogado: o mesmo advogado assessorou ambas as partes, referendando o negócio jurídico. Nesse caso, também haverá título executivo extrajudicial[115].

Celebrado o negócio, com a assinatura das partes e o referendo do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos advogados dos transatores, haverá um título executivo extrajudicial. As partes podem, contudo, desejar transformar esse título *extrajudicial* num título *judicial*. Para isso, devem requerer ao juiz, num procedimento de jurisdição voluntária, que homologue a transação. A partir daí, passarão a dispor de um título executivo *judicial* (CPC, art. 475-N, V).

8.6. Contratos garantidos por hipoteca, penhor e anticrese

Os contratos garantidos por hipoteca, penhor e anticrese são títulos executivos extrajudiciais, na dicção do inciso III do art. 585 do CPC. Diferentemente do que exige o inciso II do art. 585 do CPC, *não* é necessária a assinatura de duas testemunhas. Basta que o devedor assine um contrato, cuja obrigação esteja garantida por hipoteca, penhor ou anticrese.

Trata-se de um *tipo legal aberto*, de sorte que *qualquer* contrato que tenha uma garantia real atrelada será título executivo extrajudicial. Como se sabe, a hipoteca, o penhor e a anticrese são direitos reais de garantia. Estando a obrigação garantida por um desses direitos reais, o correspondente documento será considerado título executivo extrajudicial, não sendo necessária a assinatura de duas testemunhas.

A hipoteca, o penhor e a anticrese constituem contratos acessórios, eis que destinados a garantir um outro contrato, que é o principal.

Não basta que haja a garantia real, sendo preciso que a obrigação principal ostente os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade. Se o contrato estiver garantido por hipoteca, penhor ou anticrese, mas a obrigação for ilíquida ou não estiver vencida, não haverá título executivo, não sendo possível a propositura da execução. Não é por estar garantida com hipoteca, penhor ou anticrese que a obrigação será certa, líquida e exigível. Além do direito real de garantia, é fundamental que haja a presença de tais atributos.

> Percebeu o detalhe FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, ao demonstrar ser necessário que, além da garantia real, a obrigação ostente os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade, concluindo que "O título executivo extrajudicial previsto no art. 585, III, do Código de Processo Civil é o crédito hipotecário, ou seja, o crédito garantido com o direito real de hipoteca, que, obviamente, deve ser líquido e certo"[116].

---

115. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., p. 177; SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. cit., p. 464.
116. SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. "O contrato de hipoteca como título executivo". *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 254.

A lição refere-se ao contrato garantido por hipoteca, mas se aplica, igualmente e por óbvias razões, aos contratos garantidos por penhor e anticrese.

Só é possível haver hipoteca, penhor ou anticrese, se houver obrigação principal a ser garantida. E é a obrigação principal – garantida pela hipoteca, pelo penhor ou pela anticrese – que se executa. É preciso que já exista a obrigação principal. O art. 1.487 do Código Civil permite, contudo, a hipoteca de contrato futuro ou condicional, cabendo ao credor, ao propor a execução, comprovar a constituição da obrigação, bem com a ocorrência do termo ou da condição.

Com a hipoteca e o penhor, um bem é dado em garantia ao cumprimento da obrigação. O art. 1.428 do Código Civil proíbe o pacto comissório, valendo dizer que o credor não pode, simplesmente, ficar com o bem dado em garantia como forma de satisfação da obrigação. Vencida e não paga a dívida, deve o credor propor a execução, a fim de receber a quantia devida, por uma das formas de expropriação do bem, não lhe sendo franqueado já ficar, desde logo, com o bem, independentemente do processo de execução.

Garantido por hipoteca, penhor ou anticrese, o contrato será título executivo extrajudicial, desde que haja certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação.

8.7. Contratos garantidos por caução

Os contratos garantidos por caução também são títulos executivos extrajudiciais. A caução pode ser real ou fidejussória. A caução real consiste no oferecimento de um bem como garantia ao cumprimento da obrigação, confundindo-se com as hipóteses de hipoteca, penhor e anticrese. Um contrato garantido por caução real equivale a um contrato garantido por hipoteca, penhor ou anticrese.

Já a caução fidejussória consiste na fiança. Quer isso dizer que um contrato garantido por uma fiança constitui um título executivo extrajudicial. Ainda que não tenha a assinatura de duas testemunhas, o contrato, só por estar garantido por fiança, ostenta a natureza de título executivo extrajudicial, desde que a obrigação seja certa, líquida e exigível.

A fiança, como se sabe, é uma garantia *pessoal*, gerando um vínculo obrigacional.

Não importa o tipo de fiança. Sendo o contrato garantido por fiança, seja ela judicial, legal ou convencional, haverá título executivo extrajudicial[117]. Qualquer que seja a fiança, há título executivo[118]. Estando o contrato garantido por fiança bancária, ele será um título executivo extrajudicial[119].

A fiança pode ser prestada por pessoa natural ou por pessoa jurídica. Sendo prestada por alguém casado, é necessária a autorização do cônjuge, salvo se o regime de bens for o da separação absoluta (Código Civil, art. 1.647, I). Faltando a autorização, o cônjuge que deveria prestá-la poderá postular a anulação da fiança (Código Civil, art. 1.649).

117. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., n. 28.3, p. 178.
118. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. cit., n. 3.6.10, p. 491.
119. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., n. 28.3, p. 178.

Enfim, o contrato garantido por caução, mesmo que não conte com a assinatura de duas testemunhas, constitui título executivo extrajudicial, rendendo ensejo à execução, se houver certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação.

8.8. Contratos de seguro de vida

O contrato de seguro de vida também integra o rol de títulos executivos extrajudiciais, constando da parte final do inciso III do art. 585 do CPC.

> Impõe-se registrar a observação de RODRIGO MAZZEI, para quem há hipóteses em que não é possível juntar o contrato de seguro de vida, devendo, em seu lugar, ser apresentada a apólice de seguro, pois "Na maioria das vezes – principalmente em se tratando de seguro em grupo – é inviável se exigir tal instrumento do beneficiário. Por tal passo, parece correta a seguinte posição: 'Seguro. Prêmio. Execução. Apólice. Contrato. O processo de execução de prêmio de seguro em grupo pode ser promovido com a apresentação da apólice, condições gerais, cópia das faturas e demonstrativo geral da dívida. A lei não exige a apresentação do contrato, dispensável no caso em que são juntados os documentos mencionados, sem que seja negada a existência da relação contratual, comprovada mediante ofício expedido pela estipulante. Art. 585, VII, do CPC; Dec.-lei 73/1966; Dec. 61.589/1967' (STJ, 4ª T., REsp 434831/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.09.2002, DJ 11.11.2002, p. 225)."[120]
>
> Nesse mesmo sentido, assim estabelece o enunciado n. 26 da súmula do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "A apólice de seguro acompanhada de documento médico indicando o grau de incapacidade da vítima, é título executivo extrajudicial"[121].

A redação atual do inciso III do art. 585 do CPC decorre de modificação levada a efeito pela Lei Federal n. 11.382/2006. Antes de tal modificação, o dispositivo previa como título executivo extrajudicial o contrato "de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade".

Diante da modificação, passou-se a entender que, para o seguro de acidentes pessoais, obrigatório ou facultativo, independentemente da extensão ou gravidade do dano, não é mais cabível a ação de execução, mas a ação de cobrança pelo rito sumário, quando envolver veículos (CPC, art. 275, II, *e*)[122].

Não parece, contudo, que a mudança legislativa tenha tido o condão de subtrair do elenco de títulos executivos extrajudiciais o contrato de acidentes pessoais de que resulte incapacidade ou morte. Isso porque, todo e qualquer tipo de seguro pode ser cobrado por ação de execução, em virtude da previsão contida no art. 27 do Decreto-lei n. 73/1966, que assim dispõe: "Serão processadas pela forma executiva as ações de cobrança dos prêmios dos contratos de seguro", regra essa incorporada pelo art. 777 do Código Civil

120. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 73-74, nota de rodapé n. 23.
121. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3ª ed. cit., p. 337-338.
122. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., n. 28.3, p. 178-179.

de 2002[123]. O dispositivo alude a seguro de vida, sem se referir ao risco cuja ocorrência irá acarretar a pretensão executória. Não havendo qualquer restrição, é forçoso admitir que qualquer contrato de seguro pessoal pode ser título executivo extrajudicial, seja no caso de morte, seja no caso de incapacidade. Trata-se de um *tipo legal aberto*, abrangendo vários contratos de seguro de vida.

> Significa que restou inócua a mudança legislativa, pois, conforme esclarece RODRIGO MAZZEI, "tanto o seguro de vida como o de acidente pessoal são espécies do seguro de pessoa, nos termos da leitura do contexto dos arts. 789-802 do CC. Pelas peculiaridades do seguro de pessoa, todas as proteções ao segurado devem ser conferidas, razão pela qual, em exemplo, o art. 795 do CC prevê que no seguro de pessoa – *sem fazer distinção entre seguro de vida ou por incapacidade* – é vedada qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado. Observe-se que o atual dispositivo falta em *seguro de vida*, nada aduzindo acerca da necessidade da *morte* do segurado, diferentemente da parte revogada em que o legislador fazia a discriminação de que o seguro de vida somente seria título em caso de morte. Dessa forma, sem a restrição anteriormente efetuada, caso o segurado tenha seguro de vida e não venha a falecer, mas venha a ficar *incapaz*, terá este direito ao seguro? Como se vê, a redação do inciso III do art. 585 não é feliz, sendo necessária exegese mais complexa que a leitura literal do dispositivo. Parece-nos descartável (e odiosa) a interpretação restritiva do dispositivo ao argumento de que a incapacidade poderá demandar perícia médica e, como tal, haverá iliquidez no título. Tal linha de raciocínio é falseada a partir da leitura da própria Lei 11.382/2006 já que, no art. 745, IV, §§ 1º e 2º, o legislador permitiu a propositura de execução em que poderá ser necessária a feitura de perícia para se alcançar o (real) crédito do exeqüente, apurando-se, mediante liquidação. Não há justificativa de tratamento desigual nas relações jurídicas materiais, até mesmo porque a perícia para aferição da incapacidade causada por acidente não alcança alta complexidade, sendo na maioria das vezes muito mais simples que a aferição dos créditos e débitos nos embargos de retenção, em especial quando o caráter de boa-fé do possuidor for alterado no curso da relação, nos termos do art. 1.202 do CC."[124]

No caso do contrato de seguro, o que se executa é a prestação da indenização, cuja exigibilidade surge com a ocorrência do risco, que figura aí como uma condição suspensiva, a ser demonstrada pelo exeqüente em sua petição inicial[125]. Em outras palavras, o que se executa não é o contrato propriamente, mas a prestação que surge com a ocorrência do risco ou do dano. Daí por que se permite a execução com base na apólice e na comprovação do dano, não sendo necessário instruir a petição inicial da execução com o contrato de seguro.

8.9. O crédito decorrente de foro e laudêmio

O foro e o laudêmio são créditos decorrentes do contrato de enfiteuse. Em razão da enfiteuse, o proprietário, chamado senhorio, transfere o bem para outrem, que passa a ser

123. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 74-75.
124. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 75-77.
125. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3ª ed. cit., p. 337-338.

o possuidor direto do bem (chamado de enfiteuta), a quem se confere o exercício de *todos* os poderes inerentes ao domínio. Pode, com efeito, o enfiteuta usufruir, gozar e dispor do bem, alienando-o, transferindo-o e, até mesmo, oferecendo-o à penhora.

Em contraprestação, ao enfiteuta cabe, apenas, pagar o foro anual e, nos casos de transferência do bem para outrem, arcar com o pagamento do laudêmio.

Não efetuado o pagamento do foro ou do laudêmio, poderá o crédito ser cobrado por execução, desde que apresentado o título executivo. O título, no caso, é o contrato de enfiteuse, devendo o credor, no caso de cobrança do laudêmio, provar a alienação do bem[126].

A enfiteuse foi extinta pelo art. 2.038 do Código Civil de 2002. O CPC manteve, porém, em seu art. 585, o crédito decorrente de foro e laudêmio como título executivo extrajudicial, em razão das eventuais enfiteuses que ainda existam. As enfiteuses ainda existentes devem vigorar até sua extinção, aplicando-se-lhes as regras do revogado Código Civil de 1916.

Assim, os contratos de enfiteuse ainda existentes ostentam a feição de títulos executivos extrajudiciais, permitindo a execução para cobrança de foro ou laudêmio.

8.10. O crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios

Dispõe o inciso V do art. 585 do CPC ser título executivo extrajudicial "o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio". Essa é a atual redação do dispositivo, determinada pela Lei Federal n. 11.382/2006, substituindo a antiga previsão de que era título executivo extrajudicial o "aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito".

O aluguel ou renda de imóvel constitui crédito que, uma vez comprovado, integra um título executivo extrajudicial. O documento que prevê esse aluguel ou essa renda é título executivo, mesmo que não haja a assinatura de duas testemunhas. O contrato de locação ou o documento que preveja pagamento de aluguel de imóvel constitui, enfim, um título executivo, não precisando da assinatura de duas testemunhas para gozar dessa característica.

> Há quem defenda, embora se trate de tema polêmico, que um contrato verbal de locação é título executivo extrajudicial. Basta que haja prova documental da relação locatícia e da existência dos créditos dela decorrentes[127].

A via executiva é franqueada não somente para a cobrança do aluguel, mas igualmente para a de qualquer encargo acessório decorrente da relação de locação. Assim ,qualquer

126. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., n. 28.4, p. 179.

127. Sobre a polêmica, ARAÚJO, Luciano Vianna. "Contrato verbal de locação é título executivo extrajudicial?". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: RT, 2008, v. 4, p. 299-309.

obrigação acessória, como água, energia, IPTU etc. constitui crédito a ser cobrado pela execução. Trata-se, no particular, de um *tipo legal aberto,* inserindo-se na previsão *qualquer* encargo acessório da locação. A previsão é enunciativa ou exemplificativa, nela encaixando-se, por semelhança, qualquer outra obrigação acessória, decorrente da locação.

> É preciso, contudo, fazer uma observação. Tome-se como exemplo o caso em que João aluga um imóvel a Antônio, valendo dizer que João é o proprietário do bem (locador), sendo Antônio o locatário. Em razão de tal contrato, Antônio ficou obrigado a pagar a João os alugueis, responsabilizando-se, ademais, pelas despesas com energia, água, telefone e IPTU.
>
> Caso Antônio não pague o aluguel, João irá executá-lo, valendo-se do contrato de locação como título executivo. Como o contrato prevê também que Antônio pagasse as despesas com energia, água, telefone e IPTU, se estas não tiverem sido pagas, poderá João promover igualmente a execução contra Antônio relativamente a tais encargos acessórios. Ocorre, porém, que o credor do IPTU é o Município; da energia, é a companhia energética; da água, é a sociedade que a fornece; do telefone, a respectiva concessionária desse serviço público.
>
> Por aí já se vê que João não poderá, em nome próprio, cobrar créditos alheios, faltando-lhe legitimidade. Como é, então, que se prevê que o crédito de tais encargos acessórios pode ser executado?
>
> Na verdade, no exemplo ora aventado, João vai executar o *ressarcimento* desses valores que ele teve, antes, de pagar ao Município, à companhia energética, à sociedade que fornece água e à concessionária que fornece o serviço de telefonia. Para que possam tais créditos ser executados pelo locador em face do locatário, é preciso que aquele pague tais valores antes, comprovando o pagamento e executando seu ressarcimento. Significa que a execução dos encargos acessórios depende da comprovação de seu pagamento prévio pelo locador. Sem essa comprovação, não poderá ser promovida a execução, por falta de legitimidade ativa *ad causam.*

O credor, para propor a ação de execução, poderá valer-se da *prova documental* da relação de locação. Observa-se que o termo é bem mais amplo do que *contrato escrito.* A locação deve ser comprovada *documentalmente.* No particular, cumpre advertir que prova *documental* não se confunde com prova *documentada.* O título executivo consiste na prova *documental,* e não *documentada,* da locação. Assim, *documentada* que seja uma prova testemunhal ou pericial, não poderá ser utilizada como comprovação de um crédito, faltando título executivo. Nesse sentido, um documento que contenha a declaração testemunhal antecipada comprova, apenas, a declaração, e não o fato declarado, não servindo como meio de demonstrar o crédito. Daí por que não será título executivo o crédito fundado em justificação prévia de prova testemunhal. É que a prova produzida na justificação prévia é *testemunhal,* inviável como meio para provar o crédito do aluguel ou de encargos acessórios da locação. De igual modo, um laudo pericial constitui uma prova pericial *documentada,* não servindo como meio para demonstrar o crédito[128].

128. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2.* São Paulo: RT, 2007, p. 81-82.

É inquestionável, portanto, que o locador pode executar o locatário para cobrar aluguel não pago ou reaver o *quantum* pago com os encargos acessórios da locação.

O que se questiona é se tal dispositivo também permite que o *condomínio* execute o *condômino*. Se o condômino não paga os encargos devidos, o condomínio deve propor uma ação de conhecimento, pelo rito sumário (CPC, art. 275, II, *b*), a fim de obter o título executivo para, somente então, executá-lo, ou já pode promover a execução, fundando-se no inciso V do art. 585 do CPC?

O título executivo seria a convenção de condomínio, conjugada com a ata da assembléia geral que fixou o valor da cota condominial. A doutrina afasta, contudo, a hipótese do inciso V do art. 585 do CPC, dizendo não se encaixar na previsão legal. Primeiro, porque a convenção de condomínio tem caráter predominantemente normativo e institucional, e não contratual[129]. Ademais, a hipótese prevista na alínea *b* do inciso II do art. 275 do CPC haveria de prevalecer relativamente à hipótese do art. 585 do CPC, de sorte que somente seria viável o processo de conhecimento, descartado o de execução[130]. Finalmente, ao se referir a encargos *acessórios* da locação, o dispositivo está a mencionar a execução do locador contra o locatório, e não do condomínio contra o condômino, pois, nesta última hipótese, a cota condominial é encargo *principal*, e não acessório[131].

A execução do condomínio em face do condômino realmente não se encaixa na previsão do inciso V do art. 585 do CPC.

Acontece, porém, que o art. 12, § 2º da Lei Federal n. 4.591/1964 atribui ao síndico a incumbência de promover, por meio da execução forçada, a cobrança judicial das cotas atrasadas. Há, portanto, previsão de execução. A execução, na verdade, está prevista em *lei especial*. Cabe, como se percebe, a execução, não em razão do disposto no inciso V do art. 585 do CPC, mas por força do seu inciso VIII, que estabelece ser título executivo todo aquele que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. O § 2º do art. 12 da Lei Federal n. 4.591/1964 atribui força executiva à convenção de condomínio, podendo o síndico propor a execução[132].

Em suma, pode o locador executar o locatório para cobrar os aluguéis não pagos, bem como todos os encargos acessórios devidos (CPC, art. 585, V), podendo o condomínio executar o condômino para que este pague os encargos condominiais não adimplidos (CPC, art. 585, VIII; Lei Federal n. 4.591/1964, art. 12, § 1º).

---

129. LOPES, João Batista. *Condomínio*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, n. 14.9, p. 138.
130. LOPES, João Batista. *Condomínio*. 8ª ed. cit., p. 140.
131. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 100.
132. PELUSO, Antônio Cézar. "Condomínio e execução (considerações em torno do sistema de execução do Código de Processo Civil de 1973)". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1978, n. 11, p. 73-75; SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. cit., n. 3.6.14, p. 513-514; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processo civil*. cit., v. 3, p. 101.

8.11. O crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor

Dispõe o inciso VI do art. 585 do CPC ser título executivo extrajudicial "o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial". Para que o crédito enquadre-se no *tipo legal,* é preciso que seja aprovado por *decisão judicial.* Não havendo a aprovação judicial, não haverá o título executivo.

Pode-se dizer que, nessa hipótese, o título executivo é a *decisão judicial* que aprova as custas, os emolumentos ou os honorários. Embora o crédito deva ser aprovado por *decisão judicial,* o título executivo é *extrajudicial.* A execução de tal *decisão* submete-se ao procedimento da execução fundada em título *extrajudicial,* cujas regras estão disciplinadas no Livro II do CPC, devendo ser iniciada por uma petição inicial (CPC, art. 614). O executado há de ser citado para, em três dias, pagar o valor devido (CPC, art. 652), cabendo ao juiz, ao despachar a petição inicial, fixar o valor dos honorários de advogado (CPC, art. 652-A), que será reduzido pela metade, se acaso for realizado o pagamento integral no referido prazo de três dias (CPC, art. 652-A, parágrafo único). Realizada a citação, e não feito tal pagamento imediato, o executado disporá do prazo de quinze dias para opor embargos à execução, aplicando-se, enfim, todas as regras da execução fundada em título extrajudicial.

O serventuário de justiça, o perito, o intérprete e o tradutor não mantêm relação com o objeto litigioso do processo onde o juiz proferiu a decisão aprovando os emolumentos, as custas ou os honorários. Embora se trate de um título produto de atividade jurisdicional, recebe o tratamento de título extrajudicial; é um título extrajudicial por *ficção jurídica.*[133] Tais despesas, em princípio, são *antecipadas* pelas partes. Com efeito, as custas e os emolumentos devem ser pagos antecipadamente, tal como dispõe o art. 19 do CPC. Em princípio, não haveria custas ou emolumentos a serem aprovados por decisão judicial para que se propusesse, posteriormente, execução fundada em título extrajudicial. É possível, contudo, que haja alguma diferença a ser paga, cujo valor tenha sido aprovado pelo juiz, desencadeando a propositura de execução fundada em título extrajudicial para que se cobre tal diferença.

Quanto aos honorários do perito, o juiz, na dicção do parágrafo único do art. 33 do CPC, pode determinar que a parte responsável pelo pagamento deposite o valor correspondente a tal remuneração. Feito o depósito prévio, não há decisão posterior que aprove

133. Teori Albino Zavascki critica a opção legislativa, parecendo-lhe que seria melhor incluir a hipótese como *tipo* de título executivo judicial, e não extrajudicial. E assim arremata: "A objeção de que tal não seria cabível porque o servidor da justiça não foi parte no processo no qual se produziu o título, não é de ser considerada. Também a sentença penal condenatória é título executivo em favor de quem não participou da ação penal. A semelhança dos dois títulos é evidente: em ambos, apenas o *quantum debeatur* é suscetível de questionamento, o que demonstra que a coisa julgada não pode operar *contra* quem não foi parte no processo, mas nada impede que opere *em seu favor.*" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 341).

o valor, não havendo que se cogitar de uma execução a ser proposta. É possível, porém, que o juiz não tenha determinado o depósito prévio do valor dos honorários do perito já fixados por decisão. Realizada a perícia, e não efetuado o pagamento dos honorários do perito, a decisão que os fixou, que é título executivo *extrajudicial*, poderá desencadear o processo de execução.

Trata-se de *tipo legal aberto*, pois, conquanto o dispositivo refira-se a serventuário da justiça, perito, intérprete e tradutor, também será título executivo extrajudicial a decisão que aprove a remuneração do porteiro e do leiloeiro[134]. Realmente, fixada a remuneração do porteiro ou do leiloeiro, e não realizado o pagamento, poderá ser proposta execução, sendo o título executivo *extrajudicial* a decisão que fixar tal remuneração.

8.12. A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública

A certidão de dívida ativa é o título executivo extrajudicial apto a viabilizar a propositura da execução fiscal. A dívida ativa da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e de suas autarquias e fundações é constituída por qualquer valor definido como de natureza tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/1964. A dívida ativa, tributária ou não tributária, compreende, além do principal, a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos previstos em lei ou contrato.

Uma vez inscrito o valor em dívida ativa, expede-se a respectiva certidão de dívida ativa, possibilitando-se, assim, o ajuizamento da execução fiscal, tal como demonstrado no capítulo sobre execução fiscal, neste volume 5.

A certidão de dívida ativa é o único título que não necessita da participação do devedor, podendo ser emitido unilateralmente pelo credor. Vale dizer que a Fazenda Pública, quando credora, pode emitir unilateralmente o título executivo, consistente na certidão de dívida ativa.

> Na hipótese de descumprimento dos deveres previstos no inciso V do art. 14 do CPC, a parte deve ser condenada ao pagamento de uma multa em favor do Estado ou da União, a depender de o processo tramitar, respectivamente, na Justiça Estadual ou na Justiça Federal ou do Trabalho. Operado o trânsito em julgado, tal multa deve ser inscrita em dívida ativa, daí se expedindo uma certidão de dívida ativa, a fim de viabilizar correlata execução fiscal pela Fazenda Pública Estadual ou Federal.
>
> A Lei Federal n. 9.268/1996 conferiu nova redação ao art. 51 do Código Penal para estabelecer que: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". Significa que, num processo penal, o réu pode ser condenado a uma pena privativa de liberdade ou a uma restritiva de direitos, podendo, ainda,

134. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., n. 28.6, p. 181.

ser condenado ao pagamento de uma multa. Tal multa, de acordo com o citado art. 51 do Código Penal, deve ser inscrita em dívida ativa, acarretando a expedição de uma certidão de dívida ativa. Segundo o entendimento do STJ, trata-se de dívida de valor a ser cobrada, no juízo fazendário, pela Fazenda Pública[135]. O título executivo, no caso, é a certidão de dívida ativa[136].

Enfim, constitui título executivo extrajudicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos, tributários e não tributários, inscritos na forma da lei. É esse o título executivo que legitima a propositura da execução fiscal, tratada no correspondente capítulo deste volume 5.

8.13. Demais títulos

Afora aqueles discriminados no art. 585 do CPC, há outros títulos previstos em leis especiais. Já se viu, com efeito, que, em razão do *princípio da taxatividade*, somente são considerados títulos executivos aqueles expressamente previstos em lei. Algumas leis atribuem a determinados documentos a condição de títulos executivos, que decorrem exatamente dos *tipos* previstos não somente no referido art. 585 do CPC, mas também em vários outros dispositivos contidos em leis específicas.

Alguns exemplos merecem destaque[137].

O art. 5º, § 6º, da Lei Federal n. 7.347/1985 prevê o *compromisso de ajustamento de conduta*, celebrado entre a parte e o Ministério Público ou outro ente público legitimado à propositura de ação coletiva. Se o Ministério Público ou outro ente público tomar o compromisso de ajustamento de conduta de uma das partes, também haverá aí um título executivo. Significa que constitui título executivo extrajudicial o *compromisso de ajustamento de conduta*.

Ao Tribunal de Contas são outorgadas várias atribuições, entre as quais a de condenar administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, ao ressarcimento de valores perdidos, extraviados, desviados ou em relação aos quais recaia alguma irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário, aplicando-lhes, ainda, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos, além de outras cominações.

---

135. STJ, 5ª T., REsp n. 434.510/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 15.5.2003, publicado no *DJ* de 9.6.2003, p. 288; STJ, 6ª T, REsp n. 291.656/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 27.8.2002, publicado no *DJ* de 12.5.2003, p. 362; STJ, Corte Especial, AEREsp n. 286.792/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 19.2.2003, publicado no *DJ* de 19.5.2003, p. 107.

136. Sobre o assunto, com explicitação do entendimento do STJ e do entendimento contrário, segundo o qual a execução haveria de ser proposta pelo Ministério Público na vara de execuções penais, adotado o rito da execução fiscal, conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, n. 12.2.3, p. 371-374.

137. Além dos títulos a seguir relacionados, conferir a lista divulgada por ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. cit., n. 28.8, p 182-184.

A condenação imposta pelo Tribunal de Contas a administradores públicos é feita por meio de decisão que reveste o matiz de título executivo. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 71, § 3º, confere eficácia de título executivo às decisões do Tribunal de Contas, sendo prescindível sua inscrição em dívida ativa, pois já contêm certeza e liquidez, enquadrando-se na moldura delineada no art. 585, VIII, do Código de Processo Civil. Nesse caso, o título executivo não é a certidão de dívida ativa, mas a própria decisão do Tribunal de Contas. Sendo o título executivo uma decisão do Tribunal de Contas, e não uma certidão de dívida a ativa, não cabe execução fiscal, mas execução civil, fundada em título extrajudicial, regulada pelas normas contidas no Livro II do Código de Processo Civil[138].

Também constitui título executivo extrajudicial a certidão emitida pelo Conselho da OAB. Confira-se, a propósito, o que dispõe o art. 46, e seu parágrafo único, do Estatuto da OAB: "Art. 46. Compete a OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas. Parágrafo único. Constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pela diretoria do Conselho competente, relativa a crédito previsto neste artigo"[139].

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelece que o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos procedimentos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica, poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação, prevendo, no § 8º de seu art. 85, que "o termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial". E, segundo o disposto no seu art. 93, "a decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial", sendo certo, nos termos do art. 94, que a execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o procedimento da execução fiscal.

Nos termos do art. 24 da Lei Federal n. 8.906/1994, o contrato escrito que estipular honorários de advogado é título executivo extrajudicial.

---

138. A propósito, conferir, com mais detalhes, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, n.12.2,2, p. 369-371. "PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO CONSISTENTE EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS IMPUTANDO DÉBITO. ADOÇÃO DO RITO COMUM PARA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS, PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 1.112.617/PB, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 26.5.2009, publicado no *DJe* de 3/6/2009).

139. "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OAB. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA. EXECUÇAO. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. 1. Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou sui generis, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional. 2. As contribuições pagas pelos filiados a OAB não têm natureza tributária. 3 . O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei no 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/80. 4. O prazo prescricional para executar os débitos advindos de anuidades não pagas deve ser aquele previsto pela legislação civil. 5. Recurso especial provido." (STJ, 2ªT., REsp n. 572.080/PR, rel. Min. Castro Meira, j. em 15.09.2005, publicado no *DJ* de 03.10.2005, p. 173). Também nesse sentido, STJ, 2ª T., REsp n. 447.124/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.05.2006, publicado no DJ de 28.06.2006, p. 230).

Ainda são títulos executivos extrajudiciais o crédito de alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei n. 911/1969, art. 5º), bem como a cédula rural pignoratícia, a cédula rural hipotecária, a cédula rural pignoratícia e hipotecária, a nota de crédito rural, a nota promissória rural e a duplicata rural (Decreto-lei n. 167/1967, art. 41) e, bem ainda, a cédula de crédito industrial, a nota de crédito industrial e a cédula industrial pignoratícia (Decreto-lei n. 413/1969, art. 41).

CAPÍTULO V

EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Sumário • 1. Consideração introdutória – 2. Fundamentos – 3. Cabimento – 4. Regime jurídico da execução provisória (art. 475-●, CPC): 4.1. Generalidades; 4.2. Requerimento do credor; 4.3. Autuação separada; 4.4. Reforma ou anulação do título: retorno ao estado anterior; 4.5. Responsabilidade objetiva do exeqüente; 4.6. Caução.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

No capítulo "Introdução à tutela jurisdicional executiva", procedeu-se à distinção entre *execução definitiva* e *execução provisória*. Essa distinção baseia-se na estabilidade do título que lastreia o procedimento executivo, como se viu. Não se examinou, porém, o regime jurídico da execução provisória nem os seus fundamentos. O capítulo que ora se inicia tem, em razão disso, o objetivo exclusivo de examinar com mais minúcia a *execução provisória*.

2. FUNDAMENTOS

O ordenamento processual brasileiro tem no recurso com efeito meramente devolutivo o substrato em que repousa a propositura da execução provisória. Com efeito, dispõe o § 1º do art. 475-I do CPC que: "É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo." A execução fundada em título extrajudicial é definitiva; aplicam-se, contudo, as regras da execução provisória, enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (CPC, art. 587).

É bem de ver que resta autorizada a propositura de execução provisória em face da interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo.

A execução provisória permite que o vencedor (credor) efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que tenha sido impugnada por recurso. Justifica-se como forma de compensá-lo pelo fato de o vencido (devedor) ter recorrido. Além disso, desestimula a interposição de recursos meramente protelatórios, no intuito de postergar indefinidamente o início da atividade executiva; sem o efeito suspensivo, o recurso não impede a realização de atividade executiva[1].

Como o credor executa com base em título provisório (passível de modificação), há uma legítima preocupação na preservação, também, dos interesses do devedor, o que se traduz na garantia de reversibilidade e na atribuição de responsabilidade

1. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 139.

objetiva ao exeqüente, em razão da prática de atos executivos que ao final se mostrem indevidos.

Na verdade, esse adiantamento da atividade executiva é autorizado pelo legislador como forma de conciliar interesses contrapostos: de um lado, o interesse do credor de ver a decisão que lhe foi favorável ser efetivada, malgrado esteja sujeita a ulterior confirmação; de outro, o interesse do devedor de que, diante da possibilidade de anulação ou reforma da decisão, seja-lhe assegurado o retorno ao estado anterior à execução, com reparação de danos eventualmente sofridos – sobretudo mediante a exigência de prestação de uma caução para a prática de atos que lhe sejam gravosos.

Promove-se, assim, uma maior harmonia entre o direito à efetividade do credor e o direito à segurança jurídica do devedor[2].

3. CABIMENTO

Como já visto, só é possível execução provisória de título judicial, mas não de *qualquer* título judicial: somente a decisão judicial impugnável por recurso cível, que não desfrute de efeito suspensivo. Para que dê ensejo à execução provisória, o recurso pode estar pendente contra a decisão: *i*) que certifique um direito a uma prestação (condenatória ou meramente declaratória); *ii*) proferida em liquidação da decisão que certifica direito a uma prestação; *iii*) ou meramente homologatória de acordo judicial ou extrajudicial. Não há que falar-se em execução provisória de sentença penal condenatória (art. 475-N, II)[3], de sentença arbitral (art. 475-N, IV)[4], de sentença estrangeira, homologada pelo STJ (art. 475-N, VI)[5].

4. REGIME JURÍDICO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA (ART. 475-O, CPC)

4.1. Generalidades

A *execução provisória* desenvolve-se da mesma forma que a execução definitiva (art. 475-O, *caput*, CPC), mas, em virtude da provisoriedade do título em que se funda, exige algumas precauções não impostas àquela.

Orienta-se, pois, por algumas regras que lhe são próprias, previstas no art. 475-O, CPC – introduzido pela Lei n. 11.232/2005, que revogou os arts. 588 a 590 do CPC, em sua redação originária.

---

2. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*, 3 ed., cit., p. 433 e 444.
3. Aliás, pela própria *letra* do inciso II do art. 475-N do CPC, percebe-se que o título executivo é a sentença penal condenatória *transitada em julgado*. É preciso que haja o *trânsito em julgado* para que a sentença penal seja título executivo, não se permitindo a execução provisória, já que esta tem início e é processada *antes* do trânsito em julgado.
4. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 142.
5. Afinal, a homologação da sentença estrangeira pressupõe o trânsito em julgado no país de origem (art. 15, "c", LIDB).

4.2. Requerimento do credor

A *execução provisória* sempre depende de requerimento do credor. Cabe ao credor-exeqüente desencadeá-la – ao contrário do que ocorre no sistema alemão, em que o juiz pode instaurá-la de ofício[6]. Isso ocorre por boas razões.

Primeiro, cabe ao credor avaliar se a execução tem chances razoáveis de êxito – analisando, sobretudo, se existem bens penhoráveis; segundo, é prudente que considere as possibilidades de provimento do recurso pendente e a conseqüente anulação ou reforma do título; terceiro, deve o exeqüente ponderar que, se acaso seja extinta a execução, responderá *objetivamente* pelos danos causados ao devedor (CPC, art. 475-O, I).

Por tudo isso, a instauração do feito executivo é uma escolha do credor, dependendo de sua iniciativa (art. 475-O, I).

> Diz o art. 475-O, I, em sua nova redação, que a execução provisória corre "por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente".
>
> "A nova redação do dispositivo [art. 475-O, I] reforça o princípio dispositivo em sentido material: a execução provisória não pode ser iniciada sem pedido da parte, pois a ela incumbe a 'iniciativa' de promovê-la. Além disso, a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exeqüente, o que afasta a possibilidade de imputação das despesas do processo ou dos honorários advocatícios ao executado. Realmente, não se verifica ainda qualquer mora deste, porquanto a interposição do recurso impede o trânsito em julgado e afasta a conseqüência".[7]

O credor-exeqüente deverá formular seu requerimento por meio de petição escrita, devidamente instruída com documentos e cópias de peças dos autos principais (art. 475-O, §3°), que sejam necessários para o desenvolvimento da atividade executiva, a saber:

> *I* – cópia da sentença ou acórdão exeqüendo; *II* – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo[8]; *III* – cópia das procurações outorgadas pelas partes; *IV* – cópia da decisão de habilitação, se for o caso[9]; *V* – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias.

Essas cópias não precisam ser autenticadas pelo escrivão ou tabelião. É suficiente que o advogado do credor as declare autênticas sob sua responsabilidade pessoal (CPC, art. 475-O, § 3°). A *carta de sentença* é ato da burocracia cartorária que não mais se exige.

---

6. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 161.
7. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova Execução*, cit., p. 196.
8. "Apesar de o art. 475-O, §3°, II, mencionar 'certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo', o *caput* corretamente alude a cópia. De tal sorte, dentro do sentido deformalizador que presidiu a alteração ora comentada, basta cópia da certidão de interposição do recurso ou do carimbo autenticador da interposição, autenticada pelo advogado, com as cautelas legais" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova Execução*, cit., p. 209).
9. Em caso de falecimento de uma das partes no curso do processo, os seus sucessores devem ali habilitar-se, na forma do art. 1.055, CPC, e a decisão que deferiu a dita habilitação, deve compor a documentação da execução provisória.

> Antes da reforma (promovida pela Lei n. 11.232/2005), de acordo com o art. 589, CPC, a execução provisória se fazia em autos suplementares ou por carta de sentença. Como os autos suplementares (aparentemente exigidos pelo art. 159 do CPC) estão em desuso, ela sempre transcorria por carta de sentença.
>
> A carta de sentença era um fascículo, um caderno, contendo todas as cópias de peças do processo de conhecimento necessárias para a realização da execução – aquelas enumeradas no art. 590 do CPC. A carta era extraída pelo escrivão, que deveria cumprir todas as formalidades inerentes à formação de autos de um processo (autuação, numeração etc.). Por fim, deveria ser assinada pelo juiz.
>
> A carta de sentença sempre foi considerada uma "velharia burocrática e cartorária que clama por extinção" e, de fato, sua eliminação tem sido aplaudida por todos[10].
>
> A proposta de extinção de velho procedimento cartorial foi de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, que assim a explicou: "A inovação (...) extingue a velharia da Carta de Sentença, instituto medieval, passado em nome do Rei ou Rainha reinante, subscrito pelo Escrivão, assinado pelo Juiz, e selada pelo Chanceler, ou quem suas vezes fizer.
>
> No Brasil, até o advento da reprografia, ainda se justificava, pois era feita a bico de pena ou datilografada pelo escrivão (ou seu ajudante) e assinada pelo juiz... Depois da introdução de meios técnicos mais modernos de reprodução de originais, só servia para aumentar desmesuradamente os trabalhos das secretarias dos tribunais e postergar ainda mais o início da execução provisória, pois em certos Estados da Federação chegava-se a exigir para sua expedição a decisão de admissão do recurso especial ou extraordinário (sabidamente sem efeito suspensivo)!"[11-12]

A despeito disso, ainda existem resquícios do vetusto instituto em nosso sistema. O art. 521, parte final, prevê a extração de *carta de sentença* para a execução provisória. Além disso, o art. 484 do CPC dispõe que a execução (definitiva) de sentença estrangeira far-se-á por carta de sentença.

---

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 768; ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 163.
11. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução de sentença*, cit., p. 208-209.
12. Há quem entenda que a *carta de sentença* continua sendo usada; a grande diferença seria que, em vez de serem extraídas por serventuário da justiça, as cópias passaram a ser providenciadas pelas partes. A parte deverá apresentar sua petição instruída com as ditas cópias, dizem, documentação esta que deverá ser autuada e numerada pelo serventuário, formando autos próprios. "Apesar das atuais disposições não serem expressas quanto ao assunto, inclusive tendo sido revogado o antigo art. 589 (Lei 11.232/05, art. 9º), parece-nos que o cumprimento provisório será feito através de 'carta de sentença', algo bem comum na compreensão da praxe do processo civil brasileiro e que nada é mais do que uma autuação com cópias das principais peças do processo. O §3º do art. 475-O, é verdade, não fala expressamente em 'carta de sentença' e nem mesmo que sua formação será feita pela serventia judicial (antigo art. 589). A diferença está em que agora a formação da carta é um ônus do próprio exeqüente, que se valerá das respectivas peças para instruir a petição na qual requererá ao juiz o cumprimento provisório da sentença, sendo que todas essas peças serão, obviamente, autuadas com numeração própria, conforme a prática adotada pela respectiva serventia". (RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 263).

É recomendável, contudo, que tais dispositivos sejam relidos sistematicamente, para que: de um lado, considere-se revogada a parte final do art. 521 do CPC, ante o novo regramento dado à execução provisória; de outro, aplique-se o novel art. 475-O, § 3º, por analogia, à execução de sentença estrangeira, como forma de banir as solenidades irracionais inerentes ao expediente em questão.

> Sobre a execução de sentença estrangeira, diz CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: "Embora se trate de execução definitiva, nada impede a substituição da carta de sentença por cópia das peças necessárias, com autenticação pelo próprio advogado do exeqüente. Consistiria formalismo excessivo, com ofensa ao princípio da efetividade, persistir-se na exigência de apresentação da carta".[13]

4.3. Autuação separada

A execução provisória, de regra, faz-se em *autos apartados*. Isso porque se desenvolve paralelamente ao processo de conhecimento que resultou na prolação da decisão exeqüenda – que ainda está sujeita à revisão, em grau de recurso (*nos autos principais*). Seria inviável, em termos materiais, que o desenvolvimento de ambas as atividades (de execução e de cognição na via recursal) ocorresse nos mesmos autos, já que são realizadas em juízos e instâncias distintos.

Existem, contudo, casos excepcionais em que a execução provisória pode transcorrer nos *autos principais*.

É o caso da execução de tutela antecipada, que é provisória, mas, a despeito disso, dá-se nos próprios autos principais (art. 273, § 3º, CPC).

O §3º do art. 273 remete a efetivação da tutela antecipada a todo o regime legal da execução provisória, previsto no art. 588, CPC, "donde se infere a intenção de abranger tudo quanto ali está, ou seja, todos os três incisos ali existentes"[14].

> Com a revogação do art. 588 pela Lei n. 11.232/2005, impõe-se que se aplique à efetivação da tutela antecipada o novo regramento da execução provisória, disposto no art. 475-O, CPC.

Já a execução definitiva, ordinariamente, faz-se nos *autos principais* – em que foi condenado o devedor. Mas é possível que ocorra em *autos apartados*. Basta pensar na execução definitiva da parte da sentença não apelada, que transitou em julgado; como os autos subiram com a apelação parcial, a execução haverá de ser feita, por analogia, em autos apartados, formados por petição instruída com cópias extraídas dos autos principais pelo próprio exeqüente.

Não há, pois, que estabelecer uma relação necessária entre *execução definitiva-autos principais* e *execução provisória-autos suplementares*.

---

13. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução de sentença*, cit., p. 210-211.
14. DINAMARCO, Cândido. *A Reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 103.

4.4. Reforma ou anulação do título: retorno ao estado anterior

A execução provisória, em certo ponto de seu itinerário, pode sofrer uma reviravolta. O título executivo provisório, com o julgamento do recurso que sobre ele pende, pode sofrer alguma mudança que repercutirá na atividade executiva.

Caso seja o título, em grau de recurso, *anulado ou reformado integralmente*, a execução será extinta (art. 475-O, II). Nesta hipótese, as partes devem retornar ao estado anterior à execução provisória[15], e eventuais prejuízos injustamente sofridos pelo devedor (executado) deverão ser liquidados por arbitramento[16], nos próprios autos da execução. Liquidados os danos, o valor resultante deverá ser cobrado nos mesmos autos, pelo procedimento incidental de execução da sentença que mais bem se adapte às circunstâncias.

> HUMBERTO THEODORO JR. faz importante reflexão sobre a nova redação do art. 475-O, II: "Antes da Lei n. 10.444, dispunha o texto primitivo do art. 588, inc. III, que as coisas deveriam ser restituídas ao *status quo ante*. A reforma operada preconiza que as pessoas e não as coisas hão de ser repostas no estado anterior à execução provisória, se o título for anulado ou reformado. Mais uma vez, portanto, a *mens legis* evidencia que a provisoriedade sepassa entre as partes do processo e não atinge terceiros que legitimamente tenham adquirido a propriedade dos bens excutidos".
>
> É por essa razão, conclui o autor, que se os bens do devedor foram transferidos por arrematação a terceiros, o exeqüente não terá que devolvê-los ao executado, mas, sim, indenizá-lo por sua perda[17].
>
> Não obstante, existem dispositivos no ordenamento brasileiro que dificultam a aplicação da regra. A Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015/1973, art. 100, § 2º) veda o registro do imóvel se a decisão que o determinar ainda pender de recurso. Além disso, o art. 686, V, CPC, dispõe que é obrigatória a menção no edital da existência de recurso sobre os bens a serem arrematados. São obstáculos, portanto, à transmissão definitiva de bens sujeitos à execução provisória.

---

15. "Significa a volta ao estado prístino o dever de o exeqüente restituir quantias recebidas, com correção e juros, sob pena de sofrer execução; liberam-se os bens penhorados e ainda não alienados; desconstitui-se o usufruto forçado, perante o qual se segue idêntico dever de reembolsar as quantias recebidas; restitui-se a coisa levantada; e libera-se o executado do comportamento devido, desfazendo-se os atos materiais dele conseqüentes (por exemplo, demolindo o muro ou retornando a linha divisória ao seu traço original)". (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 159).
16. "Parece-nos que o legislador não quis referir-se à liquidação por arbitramento, prevista nos arts. 475-C e 475-D do CPC, já que esta se realiza através de perícia (...). Ora, a realização de perícia pode ser desnecessária (...). Por outro lado, poderá haver casos em que, para definição do *quantum* da indenização, será imprescindível a produção de provas sobre os prejuízos sofridos pelo executado – o que se realiza através de execução por artigos (...) Pensamos, assim, que o intuito do legislador é no sentido de que, sempre que possível, o juiz *arbitre* o valor da indenização (...) 'Arbitramento', assim, seria entendido como a fixação pelo juiz, com base em critérios e dados indicados na decisão, da indenização devida ao executado" (Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. v. 2, cit., p. 189). Ver, a esse respeito, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova execução*, cit., p. 200 e 201.
17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39 ed., v. 2, cit., p. 88. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 159. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 181. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova execução*, cit., p. 200; LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p 418.

> Tais dispositivos devem ser interpretados sistematicamente, à luz da inovação legislativa supracitada, para que se admita a transferência definitiva e irretratável para o terceiro arrematante do bem do executado, até como forma de incentivar a venda judicial. Neste sentido é a nova redação do art. 694, *caput* e § 2º[18], CPC, para impor a definitividade da arrematação, mesmo em caso de procedência dos embargos de devedor[19].

Caso seja *anulado ou reformado parcialmente* o título, a execução ficará, *nesta parte*, sem efeito – conforme o art. 475-●, § 1º, sem correspondente no regime anterior[20] –, aplicando-se as disposições citadas. Na parte restante, continuará válida e eficaz, passando a transcorrer em definitivo, em virtude do trânsito em julgado.

Sucede que o recurso pode não vingar, confirmando o teor do título executivo. Mantido o título, em grau de recurso, por decisão transitada em julgado, a execução provisória converte-se, de imediato, em execução definitiva.

> Operado o trânsito em julgado, a execução, que era provisória, transforma-se, automaticamente, em definitiva. Diante da superveniência do trânsito em julgado, não deve o credor ajuizar outra execução, de forma que passem a existir, simultaneamente, uma provisória e outra definitiva. Se isso ocorrer, haverá litispendência, devendo a segunda ser extinta. A execução provisória, com o trânsito em julgado do título judicial, transforma-se, automaticamente, em execução definitiva, não sendo necessário qualquer outro ajuizamento da execução.

4.5. Responsabilidade objetiva do exeqüente

A execução provisória, sobretudo pelo fato de ser fundada em título precário, corre por conta e risco do credor. O credor-exeqüente responderá, *objetivamente*[21], pelos prejuízos causados ao executado, se porventura o seu título for cassado ou alterado. É o que dita o art. 475-O, I, CPC.

---

18. Art. 694 do CPC: "Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. (...) § 2º No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença".
19. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*, v. 2, cit., p. 181.
20. Salienta Araken de Assis que: "Esta particularidade inspirava o revogado art. 588, parágrafo único, o qual estipulava que, provido (reforma ou anulação) parcialmente o recurso, a favor do executado, 'somente nessa parte ficará sem efeito a execução' provisória. Oportuna emenda legislativa obstou o inexplicável desaparecimento da ressalva, agora constante do art. 475-O, §1º, e já deduzida do art. 475-O, II, prevendo a modificação, no todo ou em parte, da execução provisória em decorrência do provimento". (ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 144 e 145).
21. Sobre tratar-se de responsabilidade objetiva, ver RAMOS, Glauco Gumerato, *Reforma do CPC*, cit., p. 263; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova Execução*, cit., p. 197. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 151. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*, 2 ed., cit., p. 111. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*, 3 ed., cit., p. 440 e 441; LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*, cit., p 418.

> Segundo lição antiga, o processo não deve resultar em prejuízos para aquele que tem razão, pois deve conferir ao vencedor tudo aquilo que ele obteria no caso de cumprimento espontâneo da obrigação. É o chamado princípio da máxima coincidência possível – comentado no volume 1 deste *Curso*. O vencido tem o dever de indenizar o vencedor pelos prejuízos obtidos com o uso do processo.
>
> Essa seria razão o bastante para que o credor que promove a execução de um título provisório tenha o dever de indenizar o devedor-vencedor, independente de culpa, por eventuais prejuízos sofridos com a atividade executiva.
>
> Diante dessa constatação, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA suscita uma boa questão: será que a atividade executiva é potencialmente lesiva tão-somente para o devedor? Não poderia também o credor ser lesado com uma resistência injusta do devedor ao adimplemento da prestação? Não seria ele (credor), também, digno de uma indenização por esses prejuízos independentemente de culpa?
>
> O autor dá seguimento às suas ponderações, asseverando que: "Cria-se, então, uma situação singular. O autor que se apressa a tornar efetivo o direito, que já merecera provisória apreciação judicial, deverá ressarcir os danos causados ao réu, quando resulte sucumbente. O réu, porém, que resistira sem qualquer direito, ficará isento de responsabilidade pelos danos".
>
> Finaliza suas reflexões questionando a constitucionalidade desse regramento, por conferir tratamento flagrantemente desigual a credor e devedor: "Enquanto não exorcizarmos a proverbial indulgência com que o sistema trata o demandado – de modo a assegurar a ambos os litigantes a verdadeira igualdade de vantagens e responsabilidades processuais–, haveremos de riscar qualquer esperança de alcançar a desejável e autêntica modernização de nosso processo civil".[22]

A forma de ressarcimento do devedor, contudo, depende do tipo de prestação efetivada[23].

Em sendo *prestação de pagar quantia*, operar-se-á com a devolução dos bens (caso tenham sido adjudicados pelo credor) e valores expropriados na execução, juntamente com o pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos – em razão do período de que foi privado da fruição do bem ou com danos causados à coisa restituída. Se acaso os bens expropriados já tenham sido transferidos para terceiros, cabe ao credor indenizar o devedor pela perda do bem[24].

---

22. SILVA, Ovídio A. Baptista de. "Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 90, p. 168 a 170.
23. Conferir bom panorama feito por LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*, cit., p 418 e 419.
24. "Todavia, o dever de indenizar se afigura eventual: a execução de crédito alimentar, por exemplo, não o enseja, pois os alimentos em princípio se ostentam irrepetíveis" (ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 152). Também assim, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova Execução*, cit., p. 197. A lição precisa ser ponderada: e se o alimentando puder repetir o que recebeu indevidamente (recebimento de herança, p. ex.)? Seria correto defender que, no caso, não cabe repetição? Parece que a lição serve como regra geral, mas permite relativização em situações excepcionais.

Tratando-se de *prestação de entregar coisa*, dar-se-á com a restituição da coisa e com uma recompensa pecuniária por eventuais danos a ela causados. Caso já tenha sido transferida para terceiros (de forma legítima), restituir-se-á o valor pecuniário equivalente, sendo devida, ainda, uma indenização pelo período em que o credor não pode dela fruir. Em caso de imposição e pagamento de multa (medida coercitiva), seu valor deverá ser devolvido.

Em caso de *prestação de fazer*, a parte responsável deve desfazer a prestação positiva por sua conta e risco, sempre que possível, retornando ao *status quo ante*, bem como pagar uma indenização por danos sofridos – como, por exemplo, pelos gastos com equipamento, material, contratação de pessoal. Caso não seja possível o retorno ao estado anterior, deverá reembolsar o devedor pelo equivalente pecuniário. Em caso de imposição e pagamento de multa (medida coercitiva), seu valor deverá ser devolvido.

Em caso de *prestação de não fazer*, deve-se, na medida do possível, eliminar os efeitos da conduta negativa do devedor, recompensando-o pecuniariamente por prejuízos experimentados. Em caso de imposição e pagamento de multa (medida coercitiva), seu valor deverá ser devolvido.

Em qualquer dos casos, nada impede que se imponha ao credor o pagamento de uma indenização por danos morais eventualmente suportados pelo devedor, caso a execução tenha sido ruidosa a ponto de lhe lesar a honra[25].

4.6. Caução

Ainda em razão desta provisoriedade do título, a lei adota outras precauções.

Exige-se, a título de *contracautela*, a prestação de uma caução pelo credor, para que possa: *(a)* levantar depósito em dinheiro, *(b)* praticar atos que importem alienação de propriedade (expropriação de seu patrimônio) ou *(c)* praticar atos dos quais possam resultar grave dano ao executado (CPC, art. 475-O, III), como, por exemplo, a demolição de obras de grande envergadura ou a interdição de atividade econômica etc. Perceba que a caução, desde a reforma de 2002 (Lei n. 10.444/2002), *não* é exigida para a *instauração* da execução provisória, mas apenas para a prática de um desses atos[26-27].

---

25. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*, 3 ed., cit., p. 442.
26. "Na vigência da redação primitiva do CPC, tanto a doutrina quanto a jurisprudência exigiam a prestação da caução quando da propositura da execução provisória. Em face da evolução jurisprudencial posterior, especialmente por obra do STJ, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 10.444, de 7.5.2002, passou-se a exigir caução somente na hipótese de alguma possibilidade de dano real e não meramente hipotético. Depois da edição da Lei n. 10.444, de 2002, fielmente reproduzida no diploma legal ora comentado, dissipou-se qualquer dúvida. A caução não é mais exigida no simples início da execução provisória, mas tão somente se ocorrer" algum dos atos enumerados no art. 475-O, III, CPC, (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova execução*, cit., p. 201).
27. Uma leitura conjunta dos arts. 9º e 64 da Lei nº 8.245/1991 permite concluir que a execução provisória da decisão de despejo depende de caução "não inferior a 6 (seis) meses nem superior a 12 (doze) meses de aluguel, atualizado até a data da prestação da caução". Entretanto, se a ação de despejo for fundada em uma das hipóteses do art. 9º daquela lei (ex: desfazimento da locação por infração legal ou contratual), a execução provisória da respectiva sentença independerá da caução. Nesse sentido, STJ, dispondo que o

> "A caução constitui um legítimo instrumento de contrapeso, que tem o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano, daí ser destinada a funcionar como cautela contra o perigo derivante da execução provisória de um provimento judicial". É relevante pontuar que a própria execução provisória tem por fim acautelar o perigo resultante da demora inerente à obtenção de uma decisão definitiva transitada em julgado. Daí afirmar-se que a caução seria uma cautela da cautela ou uma contracautela[28].

A caução, sempre *suficiente* e *idônea*[29], deverá ser fixada pelo juiz e prestada nos próprios autos da execução provisória. Poderá ser real (ex.: penhor, hipoteca, anticrese etc.) ou fidejussória (ex.: fiança, cessão de créditos ou direitos etc.).

> Para o exeqüente oferecer a caução, não é necessária a instauração do procedimento cautelar do art. 826 segs., CPC. Basta que seu requerimento seja processado por um incidente processual pautado em garantias mínimas, como o contraditório, ampla defesa, decisões fundamentadas etc. Nada impede, outrossim, que o juiz instaure o dito incidente de ofício.
>
> A decisão do juiz, por ser interlocutória, poderá ser impugnada por recurso de agravo de instrumento[30].

A lei enumera, porém, dois casos em que a caução deve ser dispensada pelo juiz (CPC, art. 475-O, § 2º, incisos I e II).

Em primeiro lugar, dispensa-se a caução na *execução provisória de crédito alimentar ou decorrente de ato ilícito*, cujo valor não exceda 60 (sessenta) salários mínimos[31], desde que o exeqüente se mostre em situação de necessidade – que, no caso de crédito alimentar, se presume. Essa dispensa da contracautela justifica-se pelo baixo valor e pela natureza do crédito excutido. Nesse caso, é preciso preencher os três pressupostos: *(a)* valor de até 60 (sessenta) salários mínimos; *(b)* de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito; *(c)* situação de necessidade. Faltando qualquer um deles, já não será possível

---

não pagamento de IPTU é infração contratual, razão pela qual a execução provisória da respectiva sentença independe de caução (STJ, 3ª T., Resp. n. 1207793/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.04.2011, publicado no DJ de 28.02.2011).

28. LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*. cit., p 414.
29. "Deve o juiz ser rigoroso na aferição da garantia, para evitar situações de falsa caução, em que, por exemplo, se ofereça título cambiário subscrito pelo próprio exeqüente ou fiança de quem não tenha patrimônio compatível com o valor da execução. Permitir a execução provisória sem o acautelamento integral do risco de prejuízo para o executado equivale a ultrajar o devido processo legal e a realizar um verdadeiro confisco de sua propriedade" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39 ed., v. 2, cit., p. 88).
30. Com lição semelhante, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova execução*. cit., p. 203; LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*. cit., p 417.
31. Neste particular, o STJ, adotou o entendimento de que esse teto legal de sessenta salários mínimos para levantamento de pensão alimentícia independente de caução aplica-se, individualmente, a cada um dos exequentes – que, no caso, figuram como litisconsortes simples – e a cada mês, tendo em vista tratar-se de pensão mensal. Ressalva-se, contudo, que, se o crédito superar o teto legal, "o excesso eventualmente acumulado somente poderá ser executado após o trânsito em julgado ou mediante caução" (3ª T. Resp. n. 1066431/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.09.2011, publicado no DJ de 22.09.2011; e Resp. n. 419059, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.10.2001, publicado no DJ de 29.11.2004.).

dispensar a caução, devendo ser prestada. A caução somente será dispensada se todos os três pressupostos estiverem presentes.

Em segundo lugar, a caução é dispensável quando estiver *pendente agravo contra decisão* que não admitiu recurso especial ou recurso extraordinário. Justifica-se a isenção da contracautela, neste caso, não só como forma de inibir a interposição de recurso (agravo do art. 544 do CPC) protelatório[32], como também por haver uma grande probabilidade de o título tornar-se definitivo (a decisão transitar em julgado)[33]. Trata-se de uma inovação da Lei 11.232/2005.

> Previu o legislador que, nesta segunda hipótese (art. 475-O, § 2º, inciso II), a dispensa da caução poderia acabar sendo muito gravosa ao devedor. Por isso, o art. 475-O, § 2º, inciso II, *in fine*, dispõe que o juiz não deve eximir o credor de prestá-la, quando essa isenção puder resultar em manifesto risco de dano de difícil ou incerta reparação para o devedor – isso, sobretudo, se o provimento do recurso se mostrar deveras provável, revertendo-se a condenação.
>
> Note-se que essa parte final do parágrafo praticamente torna sem efeito a novidade legislativa: é que havendo risco de dano grave ao executado, a caução deve sempre ser exigida, nos termos da regra geral. Haveria aqui alguma novidade se, mesmo com risco de dano, na pendência de julgamento do agravo do art. 554 fosse possível praticar aqueles atos executivos sem o oferecimento da caução. Talvez se possa pensar na possibilidade de dispensa da caução para levantamento de dinheiro que não tenha aptidão de causar dano relevante ao executado, situação que deverá ser examinada com rigor diante de suas peculiaridades concretas. Imagine-se a hipótese de um levantamento de quinhentos reais, em execução provisória movida contra uma grande empresa multinacional (exemplo sugerido por Arethuza Totti, advogada da BR Distribuidora, em curso ministrado por um dos autores deste livro em 03.08.2007).

Nesse caso, mesmo estando pendente o agravo interposto com base no art. 544 do CPC, é possível ser exigida a caução, quando sua dispensa puder causar risco de dano de difícil ou incerta reparação ao devedor (CPC, art. 475-O, § 2º, II, *in fine*). Quem deve, em tal hipótese, exigir a prestação da caução? O executado deve requerer seja exigida a caução ao juiz da execução provisória ou ao tribunal? Como se sabe, quem detém competência para resolver os incidentes da execução é o próprio juiz. Logo, a exigência de caução há de ser requerida ao juiz da execução, e não ao tribunal onde tramita o agravo.[34]

---

32. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*, 2 ed., cit, p. 113.
33. RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC*, cit., p. 266. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*, v. 2, cit., p. 189.
34. *Nesse sentido:* "AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR - FUMUS BONI IURIS AUSENTE - CONDENAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO SUBJETIVO DO REQUERIDO. 1. É direito subjetivo da parte vencedora em instância ordinária valer-se da execução provisória na busca da tutela estatal para a satisfação do seu crédito. Ali, na execução, é o palco para a discussão do que o requerente vem sustentando em sede cautelar incidental a recurso especial. Falta de interesse processual e de fumaça do bom direito. 2. A execução provisória, a teor do art. 475-O, I, do CPC,

Mas não é só. Existem situações em que a parte vitoriosa não tem recursos suficientes para arcar com a caução. É o que pode ocorrer, por exemplo, com o beneficiário da gratuidade da justiça. Impedir que esse credor "necessitado" tenha acesso a uma execução provisória efetiva, apta a lhe entregar o bem da vida devido, vai de encontro com os ditames constitucionais mais elementares (CF/88, art. 5º, XXXV e LIV, CF/88)[35].

Na verdade, não é pela simples circunstância de ostentar hipossuficiência econômica ou financeira que o credor estará, na execução provisória, liberado de prestar caução. Afastar a exigência de caução apenas porque não há condições financeiras do credor, seria adotar medidas assistencialistas ou paternalistas em seu favor, com dinheiro do devedor, onerando-o com risco de prejuízo irreparável. É necessário, desse modo, aplicar, aqui, o postulado da proporcionalidade, verificando-se as chances de provável êxito ou não do recurso para, então, exigir ou dispensar a caução.

Assim, cabe ao magistrado, à luz do postulado da proporcionalidade, ponderar os interesses em jogo: *de um lado*, o direito do credor a uma tutela efetiva (considerando suas chances de êxito final), ao acesso à justiça e ao devido processo legal; *de outro*, o direito do devedor à preservação de seu patrimônio material e à segurança jurídica. Só

---

ocorre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido. E, ainda, conforme os incisos II e III do art. 475-O, do CPC, caso o exeqüente cause eventual prejuízo ao executado, será ele restituído nos mesmos autos, por arbitramento, sendo que qualquer levantamento da quantia depositada pelo executado depende de caução idônea. 3. Entender de modo diverso é negar ao próprio requerido a garantia do devido processo legal, insculpida no inciso LV, do art. 5º, da CF, bem como a universalidade da jurisdição. Agravo regimental improvido e, de ofício, processo extinto sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV e VI, do CPC." (AgRg na MC 11520/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 25/06/2007 p. 223). *No mesmo sentido:* PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. EXECUÇÃO. DECISÃO DO STJ QUE SUBORDINA A EXCUSSÃO DA GARANTIA À PRÉVIA CAUÇÃO. EXAME DOS REQUISITOS DA SUFICIÊNCIA E IDONEIDADE DA CAUÇÃO OFERTADA. PRERROGATIVA DO JUIZ DA EXECUÇÃO. DECISÃO LIMINAR. PRECARIEDADE. 1. Constitui prerrogativa do magistrado de primeiro grau, dirigente do processo de execução provisória, analisar se a caução ofertada para efeito de excussão da garantia judicial ali formalizada atende os requisitos de suficiência e idoneidade referidos no art. 475-O, III, do CPC. 2. A decisão proferida em sede de pedido liminar, em razão de sua natural precariedade, não tem o condão de vincular o Julgador quando do esgotamento da questão controvertida, realizado no âmbito do juízo de cognição exauriente. Não há, pois, nenhuma singularidade no fato de serem reavaliados, por ocasião do julgamento definitivo da lide, eventuais conceitos que direcionaram, em sede sumária, o deferimento de medida liminar. 3. Não evidenciada hipótese de descumprimento de comando expresso em decisum do STJ, há de ser indeferida, de plano, a medida correcional, por descabida. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg na Rcl 2896/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009).

35. Flexibilizando ainda mais os casos de dispensa, Paulo Henrique Lucon afirma que: "As circunstância do caso concreto devem estabelecer ou não a necessidade de caução. Daí a necessidade de o juiz valorar os fatos que envolvem a causa e verificar o prejuízo decorrente da realização total e parcial dos efeitos emergentes da decisão sem a prestação de caução. Assim, por exemplo, a execução provisória deve ser autorizada sem a caução naqueles casos em que o valor obtido é destinado a superar estado de gravíssima necessidade, a fim de evitar prejuízo irremediável ao direito do exeqüente. O risco da irreversibilidade aqui é menor do que o suportado pelo beneficiário da tutela antecipada e da sentença ou acórdão recorridos" (LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*, cit., p 415 e 416).

então, poderá decidir se dispensa ou não a caução. Dará, com isso, uma interpretação teleológica ao art. 475-O, III, atentando para sua finalidade real.

> ARAKEN DE ASSIS, seguindo essa linha de entendimento, relembra que: "Já se defendeu em hipóteses análogas (*v.g.*, relativamente ao depósito prévio da ação rescisória e à caução do autor da possessória) que restrições desse teor dificilmente se harmonizam com o direito à tutela jurídica do Estado, pré-excluindo a larga maioria da população, situada bem próxima da constrangedora linha da miserabilidade, da pretensão de executar provisoriamente"[36].

36. ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 154. Também assim, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova Execução*, cit., p. 205 e 206.

CAPÍTULO VI

PARTES

Sumário • 1. Legitimação ativa – 2. Legitimação passiva – 3. Litisconsórcio na execução – 4. Intervenção de terceiro na execução.

1. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Os arts. 566 e 567 do CPC cuidam da legitimação ativa para a propositura da demanda executiva.

De acordo com o art. 566, podem promover a execução: I - o credor a quem a lei confere título executivo; II - o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

Como se observa com alguma facilidade, o dispositivo divide os casos de legitimação ordinária (inciso I) e extraordinária (II). Quem se afirma credor (titular de um direito a uma prestação, real ou pessoal) pode promover a execução com legitimidade ordinária; o Ministério Público pode promover a execução, como legitimado extraordinário, nos casos em que tiver essa legitimação extraordinária. A atribuição ao Ministério Público de legitimação extraordinária para a condução do processo de conhecimento implica, salvo expressa vedação legal, a atribuição da legitimação extraordinária para o procedimento executivo.

O texto legal carece de algumas notas explicativas.

a) Não é o "credor" que pode promover a execução. Pode promover a execução "quem se afirma credor". Se assim não fosse, não se conseguiria explicar o processo de execução promovido por parte ilegítima. O tema foi tratado no capítulo sobre a teoria da ação, no v. 1 deste *Curso*.

b) Há casos em que o nome do credor não aparece no título executivo, mas isso não o impede de promover a execução. Veja, por exemplo, o caso da execução do capítulo da sentença relativo aos honorários advocatícios: o advogado, embora não tenha sido parte na fase de conhecimento, é legitimado ordinariamente para a propositura da demanda executiva (art. 23 da Lei 8.906/1994). Lembre-se, ainda, da execução proposta pelo *substituído*, fundada em sentença proferida em processo conduzido por um substituto processual (a vítima pode promover a execução de sentença proferida em processo coletivo, cujo objeto tenha sido a tutela de direitos individuais homogêneos, promovido por legitimado extraordinário, art. 97 do CDC, examinado no v. 4 deste *Curso*). TEORI ZAVASCKI lembra ainda o caso do *endosso em branco* de um título de crédito, que legitima o portador do título a promover a sua execução, "mesmo que o seu nome não tenha sido aposto no verso da cártula"[1].

1. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 51. Assim, também, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 390.

A vítima do crime é legitimada à execução da sentença penal condenatória no juízo cível (art. 63 do Código de Processo Penal), embora a demanda penal condenatória tenha sido proposta pelo Ministério Público.

c) Embora o inciso II cuide apenas do caso da legitimação do Ministério Público, há outras hipóteses de execução promovida por legitimado extraordinário, como é o caso da execução da sentença coletiva em favor das vítimas, quando promovida por qualquer dos legitimados à tutela coletiva (art. 98 do CDC, examinado no v. 4 deste *Curso*). O texto do art. 566 é, indiscutivelmente, insuficiente[2].

d) É possível imaginar hipótese de o Ministério Público atuar como *legitimado ordinário*,[3] defendendo *interesse próprio*. Pense-se, por exemplo, em eventual litígio envolvendo o Ministério Público e o ente político a que esteja ligado, em que se discuta a liberação de parcela orçamentária dedicada ao MP. Vitorioso na causa, o Ministério Público poderia promover a demanda executiva como *legitimado ordinário*. Nesse caso, aplica-se o inciso I do art. 566 do CPC.

> ARAKEN DE ASSIS entende que, para a tutela dos interesses difusos e coletivos, o Ministério Público é *legitimado ordinário*, adotando o entendimento de parcela da doutrina brasileira. Assim, seria ordinária também a sua legitimação para a propositura das respectivas demandas executivas[4]. Não é esse o posicionamento deste *Curso*, que adota o entendimento de que a legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva é sempre *extraordinária*, pois não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica ativa objeto do processo (o grupo, a coletividade). O tema é desenvolvido no v. 4 deste *Curso*, no capítulo dedicado ao estudo da legitimação coletiva.

e) Há hipóteses em que o procedimento executivo pode instaurar-se *ex officio*. São raras, mas existem. É o que acontece com a execução das decisões baseadas no art. 461 e art. 461-A, CPC, das decisões trabalhistas e da execução das contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (art. 114, VIII, CF/88). O art. 566 do CPC ignora essa realidade, partindo da premissa de que toda execução depende da iniciativa do interessado, o que é uma regra, sem dúvida, mas que comporta exceções.

O art. 567 complementa o regramento legal sobre a legitimação ativa para a propositura da demanda executiva. Diz o artigo que também podem promover a execução, ou nela prosseguir: I - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos; III - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

---

2. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 56.
3. Em sentido contrário, entendendo que o caso é sempre de legitimação *extraordinária*, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 52.
4. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 391.

Observe que o art. 567 trata de atribuir legitimação ativa àqueles que afirmem ter assumido a titularidade do crédito objeto da execução. Assim, o sucessor do credor *causa mortis* (inciso I) ou *inter vivos* (por cessão de crédito, inciso II) e o sub-rogado (inciso III, arts. 346-347, Código Civil)[5], como é o caso do *chamado ao processo* que vier a pagar a dívida, que pode voltar-se contra os demais co-obrigados para buscar o respectivo quinhão (art. 80 do CPC).

Se o título executivo for um título de crédito, a cessão opera-se, normalmente, pelo endosso. De fato, o endosso transfere a *propriedade* e a *posse* do título ao endossatário. O endossatário é uma espécie de cessionário, passando a ostentar legitimidade para propor a execução.

É o endosso *próprio* que transfere ao endossatário a propriedade e a posse do título de crédito, razão pela qual ele passa a ostentar legitimidade ativa para a execução. Há, contudo, endossos *impróprios,* em razão dos quais não se transfere a propriedade, mas apenas a posse do título. Os endossos impróprios são o *endosso-mandato* e o *endosso-caução.*

> O *endosso-mandato,* por ser impróprio, não transfere a titularidade do crédito, mas tem a finalidade de outorgar a outrem a prática de atos específicos, em geral a cobrança do valor representado na cártula. Entrega-se o título a um procurador, que se incumbe de providenciar a cobrança. Essa é uma situação comum em operações bancárias. Segundo esclarece JOÃO EUNÁPIO BORGES, "Pelo endôsso mandato, o endossador visa apenas a constituir o endossatário seu procurador. É êle mero instrumento do mandato; por êle nem se transfere a propriedade do título, nem assume o endossador qualquer responsabilidade".[6] Assim dispõe o art. 18 da Lei Uniforme de Genebra (Promulgada, no Brasil, pelo Decreto n. 57.663/1966): "Quando o endosso contém a menção 'valor a cobrar' (*valeur en recouvrement*), 'para cobrança' (*pour encaissement*), 'por procuração' (*par procuration*), ou qualquer outra menção que implique um simples mandato, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas só pode endossá-la na qualidade de procurador". No mesmo sentido, assim dispõe o art. 917 do Código Civil: "Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída. § 1º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu. § 2º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato. § 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante."

---

5. "Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: I - do credor que paga a dívida do devedor comum; II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. Art. 347. A sub-rogação é convencional: I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos; II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito".
6. BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, n. 88, p. 78.

> Por sua vez, o *endosso-caução*, que também não acarreta a transferência da propriedade do título, tem por finalidade garantir um outro negócio. O endossatário tem um crédito a receber do endossante, estando tal crédito garantido pela cártula. Não sendo adimplida a dívida que o endossante mantém frente ao endossatário, este reembolsa-se pelo título dado em garantia, promovendo-lhe a cobrança judicial. Assim dispõe o art. 19 da Lei Uniforme: "Art. 19. Quando o endosso contém a menção 'valor em garantia', 'valor em penhor' ou qualquer outra menção que implique uma caução, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas um endosso feito por ele só vale como endosso a título de procuração." Já o art. 918 do Código Civil assim estabelece: "A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título".

O endosso-mandato não é admitido por presunção no direito brasileiro, devendo vir expresso no título.[7] No caso de endosso-mandato, a execução há de ser proposta pelo endossante, representado pelo endossatário.[8] Isso porque "o endossatário, em tal caso, é mero representante do endossador, agindo amigável ou judicialmente em nome dêste e não no seu próprio nome. A defesa oponível pelo devedor será a que êle tiver contra o endossador e não a que pudesse opor pessoalmente ao endossatário-procurador".[9]

No caso do endosso-caução, a execução pode ser proposta pelo endossatário, se lhe tiver sido transferido o título, ou pelo endossante, representado pelo endossatário, caso não se tenha operado a transferência da propriedade do título. É que, "a caução de títulos cambiais se faz por instrumento à parte, sendo lançado nos títulos o endôsso puro e simples ou o endôsso-mandato. As relações entre o devedor e o credor pignoratício são regidas pelo respectivo contrato que, evidentemente, não afeta os direitos de terceiros baseados em declarações firmadas nos títulos caucionados".[10] Se o título dado em garantia foi transferido pelo endosso simples, o endossatário assume a condição de proprietário da cártula, ostentando legitimidade para promover a execução. Diversamente, caso a caução se opere por endosso-mandato, a legitimação para a demanda executiva será do endossante, representado pelo endossatário.

Exatamente porque essa sucessão no crédito pode dar-se *durante a litispendência executiva*, o legislador deixou claro que esses legitimados podem *promover* a execução *ou nela prosseguir*, hipótese em que haverá *legitimação ordinária derivada ou superveniente*. Não custa lembrar que a cessão de direito litigioso submete-se ao regramento do art. 42: o cessionário somente ingressará no processo, no lugar do cedente, se a parte adversária consentir; se não houver consentimento, poderá intervir como assistente litisconsorcial[11].

---

7. SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual dos títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Companhia Editôra Americana, 1971, p. 44.
8. SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual dos títulos de* crédito, cit., p. 47.
9. BORGES, João Eunápio. Ob. cit., n. 88, p. 78.
10. BORGES, João Eunápio. Ob. cit., n. 92, p. 80.
11. A Corte Especial do STJ, no REsp representativo de controvérsia n. 1091443/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 02.05.2012, publicado no DJ de 29.05.2012, entendeu que, em sede de execução, o ingresso no feito se daria independentemente da anuência da parte contrária. De acordo a tese firmada: "havendo regra específica aplicável ao processo de execução (art. 567, II, do CPC), que prevê expressamente

Em todos os casos, é preciso comprovar o fato legitimante: contrato de cessão de crédito, fatos que autorizam a sub-rogação, formal de partilha etc.

Embora não haja menção expressa no art. 567, podem promover a execução, ainda, devidamente representadas, a herança jacente e a herança vacante, quando não houver herdeiros conhecidos ou testamento (art. 1.819 do Código Civil)[12].

Também é possível que a demanda executiva seja proposta pela *sucessora* da pessoa jurídica, não obstante o silêncio legal.

2. LEGITIMAÇÃO PASSIVA

O art. 568 do CPC trata da legitimação passiva no procedimento executivo. Dispõe que a execução pode ser proposta em face do: 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 judicial; V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

Algumas observações são necessárias.

a) A questão do legitimado passivo na execução passa, sobretudo, pelo exame da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação: todo aquele a quem se puder imputar o cumprimento de uma prestação pode ser sujeito passivo da demanda executiva, seja ele o devedor principal ou o responsável, como o fiador[13]. Essa deve ser a interpretação correta do inciso I do art. 568, CPC. Remete-se o leitor ao capítulo sobre responsabilidade patrimonial, mais à frente. Assim, pode-se falar em legitimação do sucessor a título singular (art. 592, I, CPC), do sócio (art. 592, II, CPC), do cônjuge do executado (art. 592, IV, CPC) etc. Esses casos serão examinados no mencionado capítulo.

b) O dispositivo traz hipóteses de legitimação passiva derivada, como é o caso da legitimação do espólio e sucessores do devedor (inciso II), cuja responsabilidade pelas dívidas do falecido será examinada no mesmo capítulo sobre responsabilidade patrimonial.

Assim como há o negócio de cessão de crédito, há a *assunção de dívida* (arts. 299-303, Código Civil)[14]. A assunção da dívida legitima o novo devedor a conduzir o pólo passivo

---

a possibilidade de prosseguimento da execução pelo cessionário, não há falar em incidência, na execução, de regra que se aplica somente ao processo de conhecimento no sentido da necessidade de anuência do adversário para o ingresso do cessionário no processo (arts. 41 e 42 do CPC)."

12. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 58. Art. 1.819 do Código Civil: "Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância".
13. Assim, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 67.
14. "Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa. Art. 300. Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele

do procedimento executivo. Exige-se o consentimento do credor; sem ela, o negócio é ineficaz em relação ao cedido. Observe que o CPC (art. 568, III, CPC) tem a primazia na previsão legal da *assunção de dívida*, que não consta do Código Civil de 1916, e que agora está regulada pelo Código Civil de 2002[15].

Note que o caso não é de *novação subjetiva passiva*: na novação, a obrigação anterior se extingue, com o surgimento de outra em seu lugar; na assunção de dívida, a obrigação é a mesma, mas há sucessão no pólo passivo[16].

O *fiador judicial* (inciso IV), aquele que presta a fiança em juízo, por termo nos autos, em favor de um dos sujeitos do processo[17], também é um legitimado superveniente.

Não o confunda com o *fiador* convencional, que deve constar do título executivo. Uma sentença condenatória não pode ser executada contra o fiador convencional que não participou do processo de conhecimento (súmula do STJ, n. 268: "O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado"). Obviamente, no caso de *execução de título extrajudicial*, o fiador é legitimado passivo, notadamente porque o contrato de fiança é título executivo (art. 585, III, CPC). O fiador convencional é, nesse caso, legitimado passivo, independentemente de ter havido ou não benefício de ordem[18]. Aplica-se o inciso I do art. 568 do CPC.

> A legitimidade do fiador não é *extraordinária*[19]: ele é titular de uma situação jurídica passiva, a responsabilidade. Não se pode considerar que, porque o fiador não é o devedor, ele é legitimado extraordinário; o fiador atua em juízo em nome próprio, defendendo uma situação jurídica da qual é titular. Há coincidência entre o legitimado e a situação jurídica que compõe o objeto litigioso do processo; legitimação ordinária, portanto. O tema é mais bem desenvolvido no capítulo sobre a responsabilidade patrimonial.

c) O inciso V menciona o "responsável tributário" como sujeito passivo da execução. O inciso é desnecessário, pois a hipótese do inciso I já seria suficiente. Ademais, não é apenas o responsável tributário que pode ser sujeito passivo da execução: qualquer responsável pode.

---

originariamente dadas ao credor. Art. 301. Se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação. Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo. Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento".

15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Assunção de dívida: a primazia do Código de Processo Civil". *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 195-197.
16. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Assunção de dívida: a primazia do Código de Processo Civil", cit., p. 196.
17. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 399.
18. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 41ª ed., v. 2, cit., p. 178; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 8, cit., p. 72; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 399.
19. Em sentido contrário, para quem a legitimação ordinária passiva na execução é do devedor, não do responsável, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 398.

3. LITISCONSÓRCIO NA EXECUÇÃO

É possível a formação de litisconsórcio na execução, seja ele ativo (mais de um exeqüente), passivo (mais de um executado) ou misto (mais de um exeqüente e mais de um executado). De um modo geral, o que se encontra, nas demandas executivas, é a formação de litisconsórcio facultativo[20].

> É importante relembrar as principais espécies de litisconsórcio:[21]
>
> *a) litisconsórcio unitário* x *litisconsórcio simples*. Há litisconsórcio unitário quando o provimento jurisdicional tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, entre eles, julgamentos diversos. O litisconsórcio é comum (ou simples) quando a decisão judicial puder regulamentar de modo distinto a situação jurídica de cada um dos litisconsortes.
>
> *b) litisconsórcio necessário* x *litisconsórcio facultativo*. Há litisconsórcio necessário quando, em razão da natureza da relação jurídica discutida no processo ou em razão de expressa disposição de lei, houver necessidade/obrigatoriedade de que o pólo passivo da demanda seja ocupado por mais de um sujeito. Litisconsórcio facultativo é aquele que pode, ou não, se formar; a sua formação fica a critério dos litigantes.

Normalmente, quando se forma o litisconsórcio na demanda executiva, isso se dá por conveniência das partes. É o que ocorre quando, por exemplo, o credor propõe a sua demanda contra dois ou mais dos devedores solidários, ou quando dois ou mais credores solidários propõem a sua demanda executiva contra o devedor comum.

A formação do litisconsórcio facultativo simples, no entanto, seja ele ativo, passivo ou misto, implica cumulação de demandas – uma cumulação *subjetiva* de demandas –, de sorte que, para avaliar a admissibilidade da sua formação, é necessário avaliar os requisitos de admissibilidade da cumulação de demandas executivas (art. 573, CPC).

> Art. 573. É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo

Com efeito, um dos requisitos de admissibilidade para que se possam cumular demandas executivas consiste na *identidade de partes*. O referido dispositivo proíbe o que se convencionou chamar de *coligação de credores*, bem como a *coligação de devedores*[22]. Assim, a formação de litisconsórcio facultativo simples, seja ele ativo, passivo ou misto, precisa ser adequada a este requisito de admissibilidade da cumulação de demandas.

---

20. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 50; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 385.
21. Para uma visão mais aprofundada do tema, remetemos à leitura do v. 1 deste *Curso*, capítulo sobre litisconsórcio.
22. O tema já foi visto no item relativo à cumulação de demandas, no capítulo sobre formação do procedimento executivo, a cuja leitura fazemos remissão.

Somente se pode formar o litisconsórcio facultativo aí se *todos* os credores e/ou *todos* os devedores estiverem vinculados à parte contrária em razão de uma mesma relação jurídica material ou de um mesmo conjunto de relações jurídicas materiais.

Assim, são três as situações que merecem destaque:

a) *A* e *B* não podem demandar contra o devedor comum *C*, se o crédito de *A* se funda no título *X* e o crédito de *B* se funda no título *Y*. Para que se possa formar o litisconsórcio facultativo ativo, é necessário que *A* e *B* sejam, em conjunto, credores de *C* com base em ambos os títulos (*X* e *Y*) ou, se houver apenas um título, que sejam eles, em conjunto, credores de *C* em razão deste único título.

b) *A* não pode demandar contra os devedores *C* e *D*, se o crédito de *A* em face de *C* se funda no título *X* e o crédito em face de *D* se funda no título *Y*. Para que se possa formar o litisconsórcio facultativo passivo, é necessário que *C* e *D* sejam, em conjunto, devedores de *A* com base em ambos os títulos (*X* e *Y*) ou, se houver apenas um título, que sejam eles, em conjunto, devedores de *A* em razão deste único título.

c) *A* e *B* não podem demandar contra os devedores *C* e *D*, se o crédito de *A* se funda no título *X* e o crédito de *B* se funda no título *Y*. Para que se possa formar aí o litisconsórcio facultativo misto, é necessário que *A* e *B* sejam, em conjunto, credores de *C* e *D* com base em ambos os títulos (*X* e *Y*) ou, se houver apenas um título, que sejam eles, em conjunto, credores de *C* e *D* em razão deste único título, bem assim que *C* e *D* sejam, em conjunto, devedores de *A* e *B* com base em ambos os títulos (*X* e *Y*) ou, se houver apenas um título, que sejam eles, em conjunto, devedores de *A* e *B* em razão deste único título.

Como se percebe, não é em qualquer situação que se admite a formação do litisconsórcio facultativo.

No entanto, dentro dessa seara da cumulação subjetiva de demandas, o maior problema diz respeito à possibilidade de haver, ou não, a formação obrigatória de litisconsórcio no pólo passivo da demanda executiva. É realmente difícil encontrar um exemplo em que se deva formar litisconsórcio passivo necessário[23].

Um possível exemplo – que, no entanto, não é pacífico[24] – diz respeito à necessidade de intimação do cônjuge do devedor nos casos em que, no curso do procedimento executivo, houve penhora de bem imóvel (art. 655, §2º, CPC[25-26]). A intimação do cônjuge é essencial à validade dos atos processuais subseqüentes, salvo se tratar de bem do cônjuge casado

23. Neste *Curso*, adota-se a premissa de ser inadmissível o litisconsórcio necessário ativo, embora haja importantes vozes na doutrina que o admitem. Sugerimos a leitura do item dedicado especificamente ao assunto, no capítulo sobre litisconsórcio, v. 1 deste *Curso*.
24. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 205-206. Na opinião de Dinamarco, a mera intimação não torna o cônjuge parte.
25. § 2º do art. 655 do CPC: "Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado".
26. Remetemos à leitura de item próprio no capítulo dedicado ao estudo da penhora, neste volume do *Curso*.

em regime de separação absoluta (art. 655, §2º, CPC, c/c art. 1.647, Código Civil)[27]. Há quem exija a intimação do companheiro, se houver prova da união estável nos autos[28]. Intimado o cônjuge (ou o/a companheiro/a), passa ele a compor o pólo passivo da demanda executiva, o que configura típico caso de litisconsórcio ulterior passivo necessário[29].

Outro exemplo nos é dado por ARAKEN DE ASSIS: nas execuções movidas *por* ou *contra* o espólio, se o inventariante for dativo, impõe-se a participação, em litisconsórcio necessário, de todos os herdeiros e sucessores do falecido, na forma do art. 12, §1º, do CPC[30-31].

O exemplo, no entanto, não parece correto, por dois motivos:

a) conforme lembra TEORI ZAVASCKI[32], seguindo o entendimento de CÂNDIDO DINAMARCO, o caso aqui não é, própria e tipicamente, de litisconsórcio, visto que, sendo dativo o inventariante, os herdeiros e sucessores atuam, a rigor, como meros representantes processuais do espólio, este sim parte na demanda; o caso é, pois, de representação processual (ou de *co*-representação processual), e os herdeiros e sucessores, por isso mesmo, não demandam nem respondem à demanda em nome próprio.

Somente após a lavratura do formal de partilha é que os herdeiros e sucessores passam a responder, em nome próprio, pelas dívidas do autor da herança/legado, mas apenas na proporção de cada um desses quinhões[33]. Ainda assim, não haveria aí formação necessária de litisconsórcio no pólo passivo; haveria tão-somente litisconsórcio facultativo, eis que o credor não estaria obrigado a litigar contra todos os herdeiros e sucessores.

b) como já se viu acima, o inciso I do art. 567 do CPC admite a legitimação ordinária derivada do espólio, dos herdeiros ou dos sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo. Cuida o dispositivo de hipótese de sucessão *causa mortis* do credor. Nesse caso, poderá haver formação de litisconsórcio ativo se o inventariante for dativo (art. 12, §1º, CPC). Mas teremos aí um litisconsórcio *facultativo* ativo, jamais um litisconsórcio *necessário* ativo, visto que nenhum dos herdeiros ou sucessores é obrigado a demandar em juízo, tampouco aqueles herdeiros ou sucessores interessados na sucessão processual podem ter o seu direito de ação condicionado ao consórcio com os demais colegitimados.

Por fim, é admissível a figura do litisconsórcio eventual na demanda executiva. Entende-se por litisconsórcio eventual aquele que se forma no pólo passivo da demanda

---

27. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4, cit., p. 537; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 687.
28. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 277. Sobre o assunto, ver o item sobre a participação processual das pessoas casadas, no capítulo sobre pressupostos processuais, v. 1 deste *Curso*.
29. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 386.
30. § 1º do art. 12, do CPC: "Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte".
31. Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 386.
32. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 50.
33. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre responsabilidade patrimonial, neste volume do *Curso*.

em função da formulação, pelo autor, de mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, em não o sendo o primeiro (art. 289, CPC)[34]. Isso é possível quando, por exemplo, a demanda principal executiva é dirigida à sociedade empresária, mas o exeqüente formula pedido subsidiário dirigido aos seus sócios, pugnando que, mediante a desconsideração da personalidade jurídica daquela, o patrimônio destes últimos passe a responder pela dívida[35].

4. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA EXECUÇÃO

Das modalidades típicas de intervenção de terceiro previstas no Livro I do CPC (assistência, oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo e recurso de terceiro), apenas a *assistência* e o *recurso de terceiro* são cabíveis no procedimento executivo. As demais espécies pressupõem discussão em torno da existência de algum direito a uma prestação, normalmente em processo condenatório (sobre o tema, cf. o v. 1 deste *Curso*)[36].

É possível imaginar a assistência no procedimento executivo. Pense-se no caso de um terceiro, atingido pela eficácia reflexa da sentença, assistir o executado na alegação de *invalidade* do título, em razão de falta de citação (art. 475-L, I, CPC).

ARAKEN DE ASSIS defende, ainda, a possibilidade de o adquirente da coisa penhorada assistir ao executado-alienante na defesa da higidez do negócio, eventualmente considerado como *fraude à execução*[37].

O *cessionário* pode intervir como *assistente litisconsorcial* no caso de cessão de crédito, caso o executado não consinta com a sucessão processual do exeqüente/cedente (art. 42, § 2º, CPC).

Cogita-se, ainda, do caso de terceiro, que deveria ter sido litisconsorte necessário unitário passivo na fase de conhecimento, vir a juízo para impugnar a sentença exeqüenda, que foi proferida em processo sem a sua citação; o terceiro, nesse caso, seria *assistente litisconsorcial* do executado, ambos co-titulares do direito potestativo de invalidar a sentença nula.

> Tivemos acesso a um caso, cujo relato pode ser interessante para a compreensão do tema. Um imóvel foi adquirido em um leilão extrajudicial promovido por um banco. O *antigo* proprietário do imóvel vendido propôs ação anulatória da arrematação, citando apenas o banco, esquecendo-se do arrematante, *atual* proprietário da coisa.

34. Sobre o tema, ver capítulo dedicado ao litisconsórcio, no v. I deste *Curso*.
35. A respeito do assunto, com amplas considerações, ver o capítulo sobre responsabilidade patrimonial.
36. Sobre o tema, OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 135-154. Observe, porém, que o autor não admite a assistência na execução, apenas nos embargos à execução, nem menciona o recurso de terceiro como espécie de modalidade interventiva. À época em que esse livro foi publicado, a defesa típica do executado eram os embargos à execução, considerados pela maior parte da doutrina um processo autônomo de conhecimento distinto, embora conexo, com a execução. Por isso, o autor admite a assistência apenas nos *embargos à execução*.
37. Assim. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., 401.

> Como se tratasse de ação anulatória de ato jurídico, todos os seus participantes são litisconsortes necessários unitários passivos. O arrematante interveio na execução da sentença, do capítulo que determinava a devolução do imóvel ao proprietário original, que vencera a demanda anulatória, alegando a *nulidade da sentença* (vício transrescisório), por falta de citação de litisconsorte necessário. No caso, a assistência litisconsorcial ainda mais se justificava, pois o executado, que fora citado no processo de conhecimento, não alegou o defeito da sentença.

O recurso de terceiro na execução, sempre cabível quando for permitida a assistência, pode ainda ser vislumbrado no caso de litisconsorte necessário não-citado, como na hipótese do cônjuge do executado, recaindo a penhora sobre imóvel.

Há, porém, *modalidades específicas de intervenção de terceiro no procedimento executivo*.

a) Protesto pela preferência. O credor com título legal de preferência (com privilégio ou com direito real de garantia) pode intervir na execução e protestar pelo recebimento do crédito, resultante da expropriação do bem penhorado, de acordo com a ordem de preferência (art. 711 do CPC[38]). O credor *hipotecário* ou *pignoratício* intervém na execução, com uma petição simples, informando e provando o seu crédito garantido, pedindo para ser informado sobre o andamento da execução, de modo a que se observe a sua preferência. Note que o credor, nesse caso, não precisa ter *penhorado* o bem expropriado: ele intervém no processo para pedir a preferência no recebimento do dinheiro produto da expropriação.

De tão simples, essa modalidade de intervenção de terceiro não implica alteração de competência, mesmo que o terceiro seja ente federal. É o que afirma o enunciados n. 270 da súmula do STJ: "O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal".

É por isso que o art. 615, II, CPC, comete ao exeqüente a incumbência de requerer a intimação do "credor pignoratício, hipotecário, ou anticrético, ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto".

> SÉRGIO SHIMURA ressalta, no entanto, que "a intimação do credor hipotecário só se faz necessária quando o direito real sobre a coisa alheia for constituído *antes* da penhora do bem. Os direitos reais constituídos *posteriormente* se revelam ineficazes perante o credor quirografário exeqüente"[39]. A lição vale, por identidade de razão, quanto à necessidade/desnecessidade de intimação dos credores pignoratício e anticrético.

Ainda que o exeqüente tenha preferência de crédito em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético, impõe-se a intimação desses últimos, a fim de que, havendo

---

38. Art. 711 do CPC: "Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora".

39. SHIMURA, Sérgio. "Intervenção do credor hipotecário em execução alheia". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 996.

saldo decorrente da expropriação do bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese, ele seja atribuído ao credor com garantia real, e não devolvido ao devedor[40].

b) O concurso especial de credores. Se houver penhoras sucessivas sobre o mesmo bem, surge a necessidade de que todos credores penhorantes participem da fase de pagamento[41]. Cada um virá a juízo afirmando o seu crédito e provando a respectiva penhora. Concorrerão pelo crédito resultante da expropriação do bem penhorado. Sobre o tema, ver o item dedicado a ele no capítulo sobre a entrega do dinheiro, neste volume do *Curso*.

> É por isso que o art. 698 do CPC determina: "Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução".

c) Exercício do benefício de ordem pelo fiador. Como se sabe, "o fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor" (art. 595 do CPC). Trata-se do benefício de ordem, direito potestativo do fiador. Nessa situação, o devedor, que eventualmente pode não ser parte da execução, necessariamente passará a dela fazer parte, já que um bem seu pode vir a ser penhorado. O contraditório impõe que se traga ao processo o devedor, sobre cujo patrimônio poderá recair a execução.

O terceiro ainda pode voltar-se contra a execução valendo-se dos *embargos de terceiro*, que é processo incidente e, portanto, não se configura como espécie de intervenção de terceiro, sempre um *incidente do processo* (sobre o tema, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro, no v. 1 deste *Curso*).

40. SHIMURA, Sérgio. "Intervenção do credor hipotecário em execução alheia", cit., p. 999.
41. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., 387.

Capítulo VII

Competência

Sumário • 1. Competência para a execução de título judicial: 1.1. Competência para a execução de decisões de tribunal, em causas de sua competência originária; 1.2. Competência para a execução da sentença: 1.2.1. Regra geral; 1.2.2. A execução da sentença de alimentos e a mudança de domicílio do alimentando; 1.2.3. Exclusão de ente federal da condenação e competência da Justiça Federal; 1.2.4. Juízo estadual com competência federal e criação de vara federal na comarca; 1.3. Competência para a execução de sentença arbitral; 1.4. Competência para a execução de sentença estrangeira; 1.5. Competência para a execução de sentença penal condenatória transitada em julgado; 1.6. Competência para a execução universal (falência e insolvência civil) – 2. Competência para a execução fundada em título extrajudicial: 2.1. Generalidades; 2.2. Foro competente para processar a execução fundada em letra de câmbio ou nota promissória; 2.3. Foro competente para processar a execução fundada em duplicata; 2.4. Foro competente para processar a execução fundada em cheque; 2.5. Foro competente para processar a execução fundada em debênture; 2.6. Foro competente para processar a execução fundada em documento público ou particular; 2.7. Foro competente para processar a execução fundada em contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou destinada a cobrar crédito decorrente de foro ou laudêmio; 2.8. Foro competente para processar a execução fundada em contrato garantido por caução ou destinada a cobrar seguro de vida, bem como aluguéis e seus encargos acessórios; 2.9. Foro competente para processar a execução de crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete ou de tradutor; 2.10. Pluralidade de executados com domicílios diferentes; 2.11. Opção entre o foro do lugar do cumprimento da obrigação e o do domicílio do executado; 2.12. Títulos de crédito emitidos no exterior – 3. Alegação de incompetência no cumprimento da sentença e na execução fundada em título extrajudicial.

1. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

1.1. Competência para a execução de decisões de tribunal, em causas de sua competência originária

Embora os tribunais tenham, em regra, competência derivada, há situações em que lhes compete processar e julgar originariamente determinadas demandas.

Ao *Supremo Tribunal Federal* compete processar e julgar originariamente as causas previstas no art. 102, I, da CF/88, dentre as quais está, exatamente, a competência para a execução das suas decisões, nas causas de competência originária (art. 102, I, "m"). Permite-se ao STF delegar atribuições para a prática dos atos processuais (parte final do mesmo dispositivo) relacionados à execução dos seus julgados. Essa delegação deve ser feita a juízes de primeira instância[1] e somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios[2]. "Qualquer incidente do processo executivo que demande julgamento deve, conseqüentemente, ser submetido à apreciação do tribunal"[3].

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.
2. "Seria absurdo que, em causa de sua competência *originária*, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer outro tribunal ficasse vinculado a decisões proferidas por autoridade judiciária inferior, ou que só pudesse modificá-las se houvesse *recurso*. Bem se vê que delegação dessa natureza importaria comprometimento desmesurado da competência originária". (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 121.)
3. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 121. A propósito, o art. 343 do RISTF e art. 304 do RISTJ.

> De acordo com o Regimento Interno do STF, a execução competirá: a) ao *Presidente do tribunal*: *i*) quanto aos seus despachos e ordens; *ii)* quanto às decisões do Plenário e das Turmas e às proferidas em sessão administrativa; *iii)* nos demais casos, se a execução lhe for deferida ou se o ato tiver de ser praticado pelo Presidente da República, Vice-Presidente da República, Presidente do Senado ou Presidente da Câmara de Deputados (art. 340 do RISTF); *b)* ao *relator:* quanto aos seus despachos acautelatórios ou de instrução e direção do processo, ressalvados os casos de competência do Presidente do tribunal (art. 341 do RISTF).

Ao *Superior Tribunal de Justiça* compete processar e julgar originariamente as causas previstas no art. 105, I, da CF/88, que, diversamente do que ocorre em relação ao STF, não prevê expressamente a competência para a execução de seus julgados[4], que deve ser considerada como *implícita* (*implied power*)[5]. Convém lembrar, porém, que a execução de sentença estrangeira, embora homologada pelo STJ, é da competência de juiz federal (art. 109, X, CF/88)[6].

> De acordo com o Regimento Interno do STJ, a execução competirá: a) ao *Presidente do tribunal*: *i*) quanto às suas decisões e ordens; *ii)* quanto às decisões do Plenário e da Corte Especial e às proferidas em sessão administrativa (art. 301 do RISTJ); *b)* ao *Presidente de Seção:* quanto às decisões desta e às suas decisões individuais (art. 302, I, do RISTJ); *c)* ao *Presidente de Turma:* quanto às decisões desta e às suas decisões individuais (art. 302, II, do RISTJ); *d)* ao *relator:* quanto às suas decisões acautelatórias ou de instrução e direção do processo (art. 302, III, do RISTJ).

O *Tribunal Regional Federal* tem competência originária cível para processar e julgar: a) ação rescisória de seus julgados e de decisões de juízes federais; b) mandado de segurança contra atos seus e de juízes federais; c) conflitos de competência entre juízes federais (art. 108, I, "b", "c" e "e", respectivamente). A Constituição também silencia a respeito da competência para a execução dos seus julgados.

---

4. No AgRg na Ação Rescisória n. 974-RN, a 3ª Seção do STJ entendeu, em 12.09.2001, que a competência para a execução da ação rescisória é do juízo de primeira instância, e não do STJ, em uma interpretação mais preocupada com os aspectos práticos do problema (volume de causas para o STJ executar) do que com a interpretação correta das regras de competência.
5. Poder implícito ou *implied power* é o poder não expressamente mencionado na Constituição, mas adequado à prosecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 544.) Admitindo a existência de competências constitucionais implícitas, ver, por exemplo: 2ª. T., RE 47.757, rel. Min. Ribeiro da Coisa, j. 24.08.1962, DJ de 17.09.1962, p. 413; Pleno, CC 6.987-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.03.1992, DJ de 20.04.1992, p. 5.723; Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05.12.1990.
6. Há uma razão para isso. Pontes de Miranda, comentando a situação da época em que cabia ao STF homologar sentença estrangeira, explica o tema: "A homologação de sentença estrangeira é importação da eficácia da sentença de outro Estado. Homologa-se a sentença e não se conferem efeitos que a sentença estrangeira não tinha: a sentença estrangeira não passa a ser sentença do Supremo Tribunal Federal". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 120).

> Há uma explicação histórica para o silêncio do constituinte em relação à competência executiva do STJ e do TRF. É que no rol de causas de competência originária desses tribunais, não consta demanda que possa resultar acórdão propriamente condenatório, como acontece no rol do STF, em que se prevê, por exemplo, o julgamento de conflito entre União e estados-membros (art. 102, I, "f", CF/88), causa que pode ter natureza condenatória[7]. "Essa particularidade, entretanto, não lhes retira a competência para a execução de eventuais resíduos condenatórios, notadamente os que se referem a ônus sucumbenciais, impostos por seus acórdãos"[8].

O Superior Tribunal de Justiça, no enunciado n. 3 da súmula da sua jurisprudência predominante, consolidou a orientação de que também cabe ao TRF julgar conflito de competência envolvendo juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal (art. 109, § 3º, CF/88), pertencentes ambos à mesma Região, a despeito do silêncio do texto constitucional. Essa interpretação fundamenta o entendimento de que também ao TRF compete processar e julgar ação rescisória e o mandado de segurança contra decisão de juiz estadual investido de jurisdição federal.

O *Tribunal de Justiça* tem a competência originária determinada pela Constituição estadual, sendo a mais relevante a competência para a ação rescisória e para o mandado de segurança contra ato judicial, em perfeita simetria com a competência do TRF.

Entende-se aplicável ao STJ, ao TRF e ao TJ, por analogia, a autorização de delegação de competência para a prática dos atos executivos[9]. O silêncio constitucional em torno do assunto tem a mesma justificativa do silêncio em relação à competência executiva[10].

O art. 475-P, I, CPC, confirma a regra de que a execução dos julgados dos tribunais[11], em causas de sua competência originária, é de sua competência.

Trata-se de *competência funcional*, cujo descumprimento implica incompetência absoluta. Ocorre o que a doutrina já designou de *conexão por sucessividade*[12]: o juízo da causa originária é prevento para processar a execução, fase sucessiva à de conhecimento. É hipótese rara de conexão por processo findo.

---

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 118-119.
8. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 120.
9. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 121; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 9, cit., p. 119; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 270.
10. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 121.
11. A nova redação dada ao dispositivo pela Lei Federal n. 11.232/2005 corrigiu o equívoco da redação anterior, que apenas mencionava os *tribunais superiores*. Tirou-se o adjetivo, que era criticado pela doutrina (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 120; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 269).
12. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.058; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 123.

1.2. Competência para a execução da sentença

1.2.1. Regra geral

O art. 475-P, II, CPC, confirma a regra de que a execução deve ocorrer perante o juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição. O juízo da execução é o juízo da sentença.

Essa regra de competência é bem tradicional e segue as características já examinadas: a) é funcional, pois se relaciona ao exercício de função dentro de um mesmo processo – portanto, o desrespeito a esse comando implica incompetência absoluta; b) decorre também de uma conexão por sucessividade. É caso de *competência funcional absoluta.*

No entanto, há um aspecto, pouco abordado pela doutrina, muito importante: ao determinar que a execução da sentença compete ao juízo originário da causa, o legislador também estabelece uma regra de competência territorial. A demanda executiva tramitará no *mesmo foro* em que tramitou a causa na fase de conhecimento.

Esse aspecto sobressai para justificar a existência do parágrafo único do art. 475-P, que permite ao exeqüente *escolher* outros foros para promover a execução da sentença: *a)* juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação; *b)* atual domicílio do executado. Nesses dois casos, deverá o exeqüente pedir ao juízo de origem a remessa dos autos do processo ao juízo do foro da execução – seria mais interessante, pelo aspecto da efetividade do processo, permitir que o próprio exeqüente extraísse cópia dos autos do processo, nos termos do § 3º do art. 475-O, e levasse ao outro foro para a execução da sentença. É preciso ficar atento, porém, à ocorrência de litispendência, com a propositura de duas demandas executivas idênticas, uma nos autos originais e outra na cópia dos autos.

Note, por isso, que o legislador, em homenagem ao direito fundamental à efetividade, optou por "flexibilizar" a regra que fixava o juízo da sentença como o único competente para o processamento da execução. Com isso, a competência funcional do juízo que prolatou a sentença para executá-la (art. 475-P, II, CPC) só se firma se o exeqüente o escolher.

Já a competência territorial é, no caso, relativa.

De fato, é evidente que, por simples faculdade do exeqüente, o cumprimento da sentença será processado em foro diverso daquele onde tramitou o feito até então. É apenas a vontade do exeqüente que importa, revelando-se, portanto, a existência de uma competência relativa, prorrogável, que se derroga pela vontade de uma das partes. Poder-se-ia, então, imaginar que essa simples vontade do exeqüente afastaria, na espécie, a *perpetuatio jurisdictionis,* exatamente porque a modificação de domicílio do executado estaria acarretando a modificação da competência pela vontade do exeqüente. De igual modo, este pode requerer seja o cumprimento de sentença efetivado em outro juízo, situado no foro onde se localizem os bens do devedor.

Na verdade, o parágrafo único do art. 475-J do CPC não afasta a *perpetuatio jurisdictionis,* nem constitui exceção à regra do art. 87 do CPC. Consoante demonstrado no item relativo à formação da execução e no item concernente ao procedimento do cumprimento

da sentença, a propositura da execução de sentença – ou o requerimento do seu cumprimento – instaura uma nova litispendência, que irá produzir novos efeitos, dentre os quais a *perpetuatio jurisdictionis*. Há, por assim dizer, uma nova *perpetuatio jurisdictionis*. Noutros termos, a propositura da demanda de conhecimento gera uma litispendência, da qual decorre a *perpetuatio jurisdictionis*, que perdura até o trânsito em julgado da sentença de mérito. Requerido o cumprimento ou a execução da sentença, inaugura-se outra litispendência, daí surgindo nova *perpetuatio jurisdictionis*.

A o requerer o cumprimento ou a execução da sentença, o exeqüente irá dirigir-se ao juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, ou, se preferir, optará pelo do local onde se encontram bens a serem penhorados ou o do novo domicílio do devedor. Há, na realidade, uma competência concorrente entre tais foros.

> Alguns doutrinadores entendem, contudo, que a novidade contida no parágrafo único do art. 475-P do CPC estaria em criar uma exceção à *perpetuatio jurisdictionis*, baseada na vontade de uma das partes. A propósito, merece registro a observação feita por Daniel Amorim Assumpção Neves: "... o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* não é absoluto, sendo inclusive excepcionado pelo próprio art. 87 do CPC, responsável pela conceituação do fenômeno. Dessa forma, uma nova exceção, como a prevista no art. 475-P, parágrafo único, do CPC, não é novidade no ordenamento processual, somente vindo a se somar às exceções já anteriormente previstas. É importante, entretanto, observar que a exceção ora comentada tem uma diferença substancial em relação àquelas previstas pelo art. 87 do CPC, porque nessas a vontade das partes para a modificação da competência é absolutamente irrelevante, considerando-se que, extinto o órgão judicial ou modificada a regra de competência absoluta, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* será afastado automaticamente. A aplicação do art. 475-P, parágrafo único, do CPC dependerá da vontade do demandante, que, podendo optar entre diferentes juízos, naturalmente poderá preferir iniciar a fase de cumprimento da sentença no mesmo juízo que formou o título executivo, o que será o suficiente para manter no caso concreto a competência desse juízo perpetuada até o final do processo"[13].
>
> Em suma, o cumprimento da sentença deve ser processado perante o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 475-P, II), ressalvada a opção conferida ao exeqüente de requerer o cumprimento da sentença em outro foro (CPC, art. 475-P, parágrafo único). Exercida a opção, não prevaleceria, segundo esse entendimento, a *perpetuatio jurisdictionis*[14], permitindo-se que a causa tramitasse perante determinado juízo até a sentença e, em outro, durante a execução, excepcionando a regra da *perpetuatio jurisdictionis*[15]. Daí tratar-se, nas palavras de Olavo de Oliveira Neto, "de nova causa de modificação de competência, em

13. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, p. 277-278.
14. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outros reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, n. 2.21, p. 114.
15. POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 120, p. 218.

nítida exceção ao princípio[16] da perpetuação da jurisdição, onde se reconhece nexo de conexidade entre processo em andamento e processo findo, permitindo-se, com isso, o deslocamento do processo original para outros juízos, seqüencialmente, até o efetivo cumprimento da obrigação"[17].

Não é ocioso repetir que essa não é uma exceção à regra da *perpetuatio jurisdictionis*. O cumprimento ou a execução da sentença faz-se no *mesmo* processo, mas por *nova* demanda, inaugurando *novo* estado de litispendência, daí surgindo nova *perpetuatio jurisdictionis*. O que o parágrafo único do art. 475-P fez, ao conferir essa opção ao exeqüente, foi criar uma competência concorrente, e não excepcionar a *perpetuatio jurisdictionis*.

A obrigação de fazer, a de não fazer e a de entregar coisa devem ser cumpridas no juízo de origem, que julgou a causa em primeiro grau de jurisdição. É que, nesses casos, a efetivação da obrigação se faz mediante a sistemática dos arts. 461 e 461-A do CPC perante o mesmo juízo. Qualquer alteração no estado de fato ou de direito não repercute no processo, não havendo modificação de competência, de sorte que se aplica, em tais hipóteses, a *perpetuatio jurisdictionis*.

Em se tratando de sentença que impôs o pagamento de quantia certa, é franqueada ao exeqüente a opção de instaurar o cumprimento perante o próprio juízo ou no do foro onde estão os bens do executado ou no do atual domicílio deste, surgindo aí uma nova *perpetuatio jurisdictionis*, que se produz com a escolha do exeqüente[18].

Exercida a opção pelo exeqüente, poderá ele voltar a exercê-la? Poderia o exeqüente, a cada mudança de domicílio do executado, requerer a mudança da competência? E, se excutidos os bens do devedor, houver outros em outro foro, suficientes para cobrir o saldo restante, pode haver a mudança da competência? Depois dessa mudança para o foro onde se encontram outros bens do devedor, pode haver, mais uma vez, outra mudança de competência para, depois de excutidos tais bens, transferir o caso ao juízo do foro onde se encontram mais outros bens, a fim de cobrir o saldo restante da dívida? Em outras palavras, o que se questiona é se, com o parágrafo único do art. 475-P do CPC, foi criada a hipótese de um *processo itinerante*.

A questão é controvertida.

---

16. Entende-se, no presente trabalho, que a *perpetuatio jurisdictionis* é regra, e não princípio. A propósito, conferir o que consta do item 6.3. *supra*.
17. OLIVEIRA NETO, Olavo de. "Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença". *Execução no processo civil: novidades & tendências*. Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves (coords.). São Paulo: Método, 2005, n. 4.2, p. 198.
18. Segundo Leonardo Greco, "A opção é do credor, não do devedor. Mas a opção somente será legítima se no foro escolhido tiverem de ser praticados no todo ou em parte os atos executórios. Ou seja, pode o réu, pela aplicação subsidiária das regras da execução de título extrajudicial (art. 475-R), através da impugnação à execução ou de exceção de incompetência, rebelar-se contra a opção do exeqüente, se tiver meios de demonstrar que no foro por este escolhido não serão praticados quaisquer atos executórios" ("Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36, p. 74).

De um lado, há autores que defendem que a norma não criou um processo itinerante, porque, nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> "...a exceção prevista pelo artigo legal somente se aplica para o momento em que o demandante deva optar pelo juízo competente para a fase de cumprimento da sentença, fixando-se a competência no juízo escolhido pelo juiz e passando, a partir desse momento, a ser irrelevante uma modificação de fato ou de direito que altera a regra de competência fixada para o caso concreto. Dessa forma, caso o executado mude seu endereço durante a fase de satisfação da sentença, ou adquira bens em local diverso daquele em que tramita o processo, tais mudanças não serão aptas a modificar novamente a competência do processo"[19].

Esse também é o entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem, "..., feita a opção de se executar no domicílio do executado, e iniciada a execução, haverá a *perpetuatio jurisdictionis* (estabilização da competência), aplicando-se, neste particular, as regras normais de competência previstas no Livro I (prevenção etc.)"[20].

Por outro lado, há autores que sustentam ter a regra criado um rematado processo itinerante, a exemplo do que ocorre com as cartas precatórias cujo caráter itinerante é ressaltado pelo art. 204 do CPC, conforme lembra Cassio Scarpinella Bueno[21]. Nas palavras de Leonardo Greco, "..., se remanescer saldo credor depois de liquidados os bens penhorados em determinado foro, perante o qual se instaurou a execução, vierem a ser indicados bens em outro foro, a este poderá novamente deslocar-se a execução"[22].

Também adota esse entendimento Pedro Luiz Pozza, não obstante o silêncio do legislador, "porque além de instaurar-se execução no interesse do credor, ela deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor (art. 620 do CPC), pois a necessidade de deprecar os atos executórios implica retardo injustificável na satisfação do credor, assim como maiores ônus ao devedor"[23].

Requerido o cumprimento ou a execução da sentença no foro eleito pelo exeqüente (ou o do juízo que julgou a causa no primeiro grau de jurisdição, ou o dos bens a serem penhorados, ou o do novo domicílio do executado), opera-se a *perpetuatio jurisdictionis*, incidindo, a partir daí, o art. 87 do CPC. Se, posteriormente ao requerimento de cumprimento ou execução da sentença, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, não poderá haver alteração na competência, não repercutindo no processo em curso. Havendo

---

19. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, p. 278.
20. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190.
21. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 203.
22. GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05", cit., p. 74.
23. POZZA, Pedro. *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Carlos Alberto Alvaro Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 120, p. 219.

modificação, mais uma vez, do domicílio do executado, não se deve alterar a competência, aplicando-se o art. 87 do CPC.

Demais disso, a vontade do exeqüente não constitui fator de modificação de competência, não podendo afastar a *perpetuatio jurisdictionis*. Esta somente deixa de ser aplicada, quando for suprimido o órgão judiciário ou alterada a competência absoluta. A modificação de competência, por vontade das partes, não afeta a *perpetuatio jurisdictionis*.

De acordo com o art. 87 do CPC, a mudança no estado de fato ou de direito não altera a competência estabelecida no momento da propositura. Significa, então, que, requerido o cumprimento da sentença no foro do novo domicílio do executado, vindo este a, posteriormente, mudar de domicílio, tal mudança não terá o condão de alterar a competência, nem deslocar os autos para outro juízo.

Se, contudo, forem expropriados os bens, mas ainda houver saldo devedor, poderá o processo ser transferido para outro juízo, situado no foro onde se localizem outros bens do executado. Nesse caso, não sobreveio qualquer mudança no estado de fato ou de direito que, atingindo o processo em curso, possa modificar a competência. Em tal situação, e não quando de nova alteração de domicílio do devedor, parece mais adequado entender que o processo é *itinerante*.

A *perpetuatio jurisdictionis* insere-se num tipo de norma protetiva que considera o autor como simples litigante, e não como possível vencedor[24], evitando o grave dano que sofreriam as partes de um litígio – sobretudo o autor – se a competência do juízo fosse constantemente alterada. São razões de conveniência e de estabilidade que justificam a *perpetuatio jurisdictionis*[25]. Sua função é a de evitar prejuízos às partes, impedindo que haja danos resultantes de sucessivas mudanças de competência. As mudanças sucessivas de domicílio do executado, se acarretassem constantes alterações de competência, causariam, certamente, danos ao exeqüente, militando contra a própria atividade jurisdicional, por não garantir, de resto, um processo com duração razoável, além da própria instabilidade daí decorrente. Ora, o objetivo da *perpetuatio jurisdictionis* é facilitar, agilizar, garantir uma maior efetividade, o que não seria alcançado com as sucessivas mudanças de competência resultantes das constantes alterações no domicílio do executado.

Tal objetivo, contudo, é alcançado, com a mudança de competência para que o processo passe a tramitar no foro onde se encontram outros bens a serem executados, por estar mais perto deles, facilitando o cumprimento da sentença e a satisfação do crédito. Se é certo que a *perpetuatio jurisdictionis* é, via de regra, fixada em favor do autor, não é menos evidente que essa opção conferida pelo parágrafo único do art. 475-P também se revela como favorável ao próprio demandante.

---

24. CHIOVENDA, Giuseppe. "Sulla 'perpetuatio iurisdictionis'". *Saggi di diritto processuale civile – volume primo*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 273; ALVIM, Arruda. A "perpetuatio iurisdictionis" no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976, n. 4, p. 14.
25. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 1, n. 472, p. 237.

Na verdade, e consoante se pode perceber, o disposto no parágrafo único do art. 475-P contempla uma *faculdade* do exeqüente, cabendo a ele optar ou não por outro juízo, não devendo ser a mudança de competência operada, de ofício, pelo magistrado[26]. Ademais, a opção, uma vez exercida, atende aos interesses não só do credor, mas também do devedor, revelando-se, a um só tempo, mais eficiente (CPC, art. 612) e menos gravosa (CPC, art. 620)[27]. O parágrafo único do art. 475-P criou, enfim, a existência de *processos itinerantes*, apenas no que diz respeito à situação dos bens: cada vez que se encontrem bens em outro foro, será possível modificar a competência, afastando-se a regra da *perpetuatio jurisdictionis*. Não há que se falar em processo itinerante no caso de alteração de domicílio do devedor: a cada mudança de domicílio do devedor, não haverá nova alteração de competência, aplicando-se, no particular, a regra da *perpetuatio jurisdictionis*.

Não é por acaso, aliás, que os doutrinadores – já citados – que afirmam ter o parágrafo único do art. 475-P do CPC criado um processo itinerante, referem-se apenas aos casos de serem encontrados outros bens, situados em outro foro, defendendo, em prol de um processo mais efetivo e menos oneroso, que haja, nessa hipótese, alteração da competência, remetendo-se os autos para o foro onde se encontram os outros bens que cubram o saldo que ainda não restou pago. Quanto à modificação de domicílio do executado, nada mencionam, não utilizando essa hipótese como exemplo para defenderem a existência do chamado processo itinerante.

Significa dizer que, no caso de serem encontrados outros bens, em outro foro, a *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica no cumprimento da sentença; há, aí, uma exceção à regra da *perpetuatio jurisdictionis*. Na mudança de domicílio, diferentemente, aplica-se a *perpetuatio jurisdictionis*, não havendo alteração na competência.

Que fique bem claro o que se pretende deixar assentado: para requerer o cumprimento da sentença, o credor poderá fazê-lo perante o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, ou optar pelo juízo do local onde estão bens a serem penhorados ou pelo do novo domicílio do executado. Proposta a execução, opera-se a *perpetuatio jurisdictionis*: mudando-se o executado para novo domicílio, situado em outro foro, não há alteração da competência. A *perpetuatio jurisdictionis*, no curso da execução, é excepcionada, quando encontrados novos bens, localizados em outro foro, suficientes para saldar a dívida. É, nesta hipótese, que surge a exceção à *perpetuatio jurisdictionis*, pelas razões já expostas.

Não é ocioso repetir que a obrigação de fazer, a de não fazer e a de entregar coisa devem ser cumpridas no juízo de origem, que julgou a causa em primeiro grau de jurisdição. É que, nesses casos, a efetivação da obrigação se faz mediante a sistemática dos arts. 461 e 461-A do CPC perante o mesmo juízo. Desse modo, se a mesma sentença contiver provimento condenatório a prestação pecuniária e também a prestação de fazer, a opção do

26. POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Carlos Alberto Alvaro Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 120, p. 219.
27. POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução...*, cit., p. 219.

credor em executar perante juízo de outro foro alcança apenas a parte relativa à prestação pecuniária[28], de forma que somente quanto a esta última é que a competência é concorrente.

> Cumpre lembrar, no entanto, que a penhora de bem imóvel pode realizar-se em foro distinto daquele onde se situa o bem. É que, conforme consta do § 5º do art. 659, há explícita autorização para que se faça a penhora em "foro distinto daquele em que se situa o bem (ou seja, fazê-la no próprio ofício judiciário em que flui o processo executivo)"[29], dispensando-se a expedição de carta precatória com essa finalidade ou que o exeqüente peça a remessa dos autos àquele juízo, nos termos do par. ún. do art. 475-P do CPC.

Há, pois, três foros em tese competentes para a execução da sentença: foro que processou a causa originariamente, foro de domicílio do executado e foro do bem que pode ser expropriado[30]. É possível, ainda, o controle da opção do exeqüente pela apresentação de exceção de incompetência relativa pelo executado[31].

Perceba, porém, que um aspecto funcional da competência (de cunho hierárquico) não se altera: será sempre de um juízo de primeira instância a competência para a execução, em tais situações. Somente o aspecto territorial sofre alteração. Nesse aspecto territorial, a competência é relativa. Essa premissa é importante para o exame de algumas situações especiais, vistas no item abaixo.

1.2.2. A execução da sentença de alimentos e a mudança de domicílio do alimentando

Há uma discussão doutrinária muito interessante em torno da competência para a execução da sentença de alimentos: se o alimentando (exeqüente) não mais residir no foro do juízo da sentença, o competente nos termos do inciso II do art. 100 do CPC, pode a execução ser processada no foro do seu *atual* domicílio?

Note que a redação do parágrafo único do art. 475-P, já examinado, não traz a possibilidade de o exeqüente (no caso, alimentando) escolher o seu domicílio como o competente para o processamento da execução. De outro lado, porém, há inequívoca manifestação legislativa no sentido de flexibilizar a regra de que a execução deve ocorrer necessariamente no juízo da sentença.

A regra de competência territorial da ação de alimentos (domicílio do alimentando) tem a função de proteger o credor da prestação alimentícia, facilitando o seu acesso à justiça. Não faria muito sentido a interpretação que resultasse na conclusão de que, logo no momento de executar a sentença, não pudesse o alimentando, agora residindo em outra

---

28. GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05", cit., p. 74.
29. DINAMARCO, Cândido. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 271.
30. A possibilidade de escolha do foro competente restringe-se à propositura da demanda executiva. "Dessa forma, caso o executado mude seu endereço durante a fase de satisfação da sentença, ou adquira bens em local diverso daquele em que tramita o processo, tais mudanças não serão aptas a modificar novamente a competência do processo". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 278.)
31. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 186.

comarca, valer-se da regra que lhe beneficia. A regra do inciso II do art. 100 prevalece sobre a regra do inciso II do art. 475-P, CPC[32]. Deve-se aplicar, subsidiariamente, o foro especial instituído para fase de conhecimento de demanda alimentar (art. 100, II), já que omisso o legislador quanto à fase de execução, conforme o art. 598, CPC. A competência territorial para a execução pode ser mitigada, como visto, e, no caso, é essa a tendência da jurisprudência, conforme demonstra o seguinte julgado:

> "CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. FORO DA RESIDÊNCIA DO ALIMENTANDO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE HOMOLOGOU A SEPARAÇÃO. REJEIÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEVE SER SATISFEITA NO DOMICÍLIO DO CREDOR.
>
> – Tratando-se da execução de alimentos, a aplicação do princípio de que cabe ao Juiz da sentença exeqüenda competência para processar a execução merece temperamento, como bem alinhado na jurisprudência do STJ.
>
> – O foro competente para execução de alimentos é o foro do domicilio ou residência do alimentando, ainda que a sentença exeqüenda tenha sido proferida em foro diverso. A competência prevista no art. 100, II, do CPC prevalece sobre a prevista no art. 575, II, do CPC.
>
> – A obrigação alimentar impõe ao devedor o encargo de levá-la ao domicílio do credor". (STJ, 3ª T., REsp n. 436.251/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2005, publicado no DJ de 29.08.2005, p. 329.)

Aqui, da mesma forma, a competência funcional absoluta do juízo que prolatou a sentença de alimentos para executá-la (art. 475-P, II, CPC) só se firma se o alimentando escolher o seu foro para promover a execução. Feita essa escolha, ali se perpetua a jurisdição *executiva*.[33]

No item precedente, restou demonstrado que ao exeqüente se confere a faculdade de, em vez de requerer a execução de sentença perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem (CPC, art. 475-P, parágrafo único).

Numa execução de alimentos, o exeqüente poderá exercer essas opções, que, porém, não lhe são, muita vez, boas. Ao credor de alimentos é preferível promover a execução no juízo do foro de seu domicílio ou residência, facilitando-lhe o acesso à justiça, sem a necessidade de deslocar-se a outro foro ou de despender recursos – de que não dispõe – com esse eventual deslocamento por parte de seu advogado.

---

32. Assim, por exemplo, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.058.

33. Também não se vislumbra, neste caso, uma prolongação inicial da eficácia da perpetuação da jurisdição cognitiva e sua posterior mitigação na fase executiva, caso o alimentando mude de domicílio e opte por este foro (seu novo domicílio) para o processamento da execução. Afinal, não se admite mitigação da *perpetuatio jurisdicionis* por uma alteração de fato (mudança de domicílio) que interfere em competência meramente relativa (art. 100, II, CPC).

Tudo leva a crer que todas essas opções são facultadas ao credor de alimentos, podendo a execução ser proposta perante o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, ou perante o juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação, ou perante o juízo do foro do atual domicílio do executado, ou, ainda, perante o juízo do foro do atual domicílio do próprio exeqüente.

Freqüentemente, o que ocorre é a modificação do domicílio ou residência do alimentando antes de iniciada a execução ou o cumprimento da sentença. Nesse caso, a jurisprudência está repleta de decisões admitindo seja a execução intentada no juízo do foro do novo domicílio ou residência do alimentando[34].

O que se deve observar é a hipótese de, já iniciada a execução ou o cumprimento da sentença perante o juízo que julgou a causa no primeiro grau de jurisdição, sobrevir mudança do domicílio ou da residência do alimentando. Essa mudança acarretaria a alteração da competência do juízo, afastando a *perpetuatio jurisdictionis?*

A resposta deve ser positiva. Alterada a residência ou o domicílio o alimentando, cumpre modificar a competência do juízo da execução. A execução de alimentos é processada num processo itinerante, pelas mesmas razões que fazem do cumprimento de sentença uma causa igualmente itinerante, consoante já demonstrado no item 3.2.1. *supra.*

1.2.3. Exclusão de ente federal da condenação e competência da Justiça Federal

Há outra interessante questão que merece exame cuidadoso. Imagine que o Tribunal Regional Federal, ao julgar a apelação contra sentença proferida por juiz federal, exclua da condenação o ente federal cuja presença justificava a competência da Justiça Federal para julgar a causa, mantendo a decisão apenas em relação ao ente particular litisconsorte passivo (um banco privado, p. ex., em litisconsórcio com a União). Nesta hipótese, fica a dúvida: de quem será a competência para executar o título executivo judicial, tendo em vista a exclusão do ente federal, o juízo federal, por força do art. 475-P, II, ou a Justiça Estadual, já que não há mais o pressuposto constitucional de competência do juízo federal de primeira instância (a presença de ente federal – art. 109, I, CF/88)?

No caso, prevalece a regra de competência constitucional: transitada em julgado a decisão do TRF, deverão os autos ser remetidos à Justiça Estadual, que deverá processar

34. "PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – COMPETÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DO ALIMENTANDO – ART. 100, II, DO CPC. I – Hipótese em que não se configura infringência ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, eis que não está em curso a ação de alimentos, mas, sim, a execução da sentença naquela proferida. Tem-se como a melhor orientação doutrinária aquela que admite que o processo executivo não constitui fase da ação de conhecimento. II – Se a parte, calcada em título judicial, pleiteia alimentos, a competência para processar a execução é do foro do domicílio do alimentando. Incidência do disposto no art. 100, II, do CPC. III – Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito da Vara de Família do Rio de Janeiro, suscitado." (Acórdão unânime da 2ª Seção do STJ, CC 2.933/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 28.10.1992, publicado no *DJ* de 17.12.1992, p. 24.206).

eventual pedido de execução da sentença, já que o executado remanescente é um ente particular não-federal[35].

> Há de destacar-se um ponto, muitas vezes olvidado: se o TRF, ao julgar uma apelação interposta pela União, em processo em que ela litiga em litisconsórcio com um ente privado, reconhecendo a sua ilegitimidade *ad causam*, excluí-la do feito, não será caso de remessa dos autos à Justiça Estadual nem de reconhecimento de uma eventual incompetência absoluta da Justiça Federal para ter processado a causa até então. Caberá ao TRF prosseguir no julgamento do recurso, a despeito da exclusão do ente federal. Em primeiro lugar, cabe ao TRF, e não ao TJ, julgar o recurso interposto contra decisão de juiz federal. Em segundo lugar, a Justiça Federal não era incompetente, pois até então a União estava no processo, tanto que, no caso citado, o magistrado *a quo* lhe reconhecera legitimidade *ad causam*. Lembre-se: a competência do TRF não é determinada em razão da pessoa; trata-se de competência funcional, hierárquica (julgar recurso). A situação seria outra se o recurso fosse o agravo de instrumento: é que, excluído o ente federal, e não tendo terminado o processo em primeira instância, que prosseguia, caberá ao juiz federal, tendo em vista que não mais subsiste o fato que lhe imputava a competência (presença do ente federal no processo, art. 109, I, CF/88), remeter os autos à Justiça Estadual.

1.2.4. Juízo estadual com competência federal e criação de vara federal na comarca

É possível que um juízo estadual julgue causa da Justiça Federal, nos termos do § 3º do art. 109 da CF/88. Assim, a execução da sentença será, também, da sua competência (art. 475-P, II, CPC), mesmo se envolver ente federal.

Sucede que essa regra de competência não sobrevive se for criada vara federal na comarca em que tramitou o feito. O § 3º do art. 109 da CF/88 somente permite que juízo estadual processe causa federal se na comarca não houver sede da Justiça Federal.

Na verdade, em casos assim, não se está a modificar a competência. A competência é – e sempre foi – da Justiça Federal. O juízo estadual estava a *exercer* competência federal, sendo, naqueles casos, considerado um juízo federal, submetido ao respectivo Tribunal Regional Federal[36]. Não se trata de alterar a competência da Justiça Estadual para a Federal. A competência, impende repetir, é federal e continua sendo federal. O juízo estadual era, concretamente, um juízo federal. Cessada a delegação do *exercício* da competência, com a instalação de vara federal, a esta devem ser remetidos os autos dos processos que tramitavam no juízo estadual[37].

---

35. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 124; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 278.
36. "O juiz estadual, no caso, atua como juiz federal, de modo que o recurso interposto de suas decisões e sentenças 'será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau' (§ 4º do art. 109 da Constituição)." (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 147).
37. "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. UNIÃO. JUÍZO DO ESTADO. COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA EXTINTA. INSTA-

A superveniente instalação de vara federal na comarca cessa a delegação de competência, fazendo com que os processos passem a tramitar na vara federal. Não prevalece, em suma, a *perpetuatio jurisdictionis* nessas situações[38]. Não se aplica, na espécie, o inciso II do art. 475-P do CPC.

1.3. Competência para a execução de sentença arbitral

Cabe ao juízo cível competente a execução de sentença arbitral (art. 475-P, III, CPC). Convém fazer as seguintes observações.

a) Aplicam-se as regras de competência territorial do CPC, inclusive em relação à prevalência de eventual foro contratual, fixado na convenção de arbitragem. É possível, portanto, a alegação de incompetência relativa.

b) Percebe-se que o desrespeito à regra de competência prevista no inciso III do art. 475-P, em todas as suas hipóteses, implica incompetência relativa[39].

LAÇÃO DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL, NA CIDADE EM QUE AJUIZADA A AÇÃO. MOTIVO SUFICIENTE AO ENCAMINHAR DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL.
Abarca o ordenamento jurídico pátrio o princípio da *perpetuatio jurisdictiones [sic]*. Entrementes, este não se aplica, nas hipóteses em que estiver envolvida questão de competência de natureza absoluta, observável, in casu, porque respeitante à competência federal delegada. Com o instalar de Vara Federal na comarca de Niterói, resta extinta a competência delegada, carecendo, pois, o r. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Niterói de competência para processar e julgar causa versando sobre interesse da União, ex vi do art. 109, inc. I, da Carta da República. Incidência, na espécie, por analogia, a Súmula n. 10 deste egrégio Sodalício. Conflito conhecido, declarando-se competente o r. Juízo Federal, o suscitante." (Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 32.535/RJ, rel. Min. Paulo Medina, j. 13.11.2002, publicado no *DJ* de 16.12.2002, p. 232). "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA CONTRA A UNIÃO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, DA CF/88. AJUIZAMENTO PERANTE VARA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONEXÃO COM EXECUTIVOS FISCAIS. INSTALAÇÃO DE VARA FEDERAL NA COMARCA CESSANDO A COMPETÊNCIA DELEGADA. REMESSA À VARA FEDERAL. I – Os executivos fiscais foram ajuizados perante a Vara da Justiça Estadual de Carazinho/RS, em razão de, à época em que propostos, inexistir na referida Comarca Vara da Justiça Federal, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 109 da Constituição Federal c/c art. 15, I, da Lei nº 5.010/66. II – A ação declaratória a eles conexa, intentada contra a União Federal, em princípio, deveria tramitar perante aquele mesmo Juízo Estadual, tendo em vista que a referida delegação "se impõe como competência absoluta, abrangendo as ações incidentais conexas à execução" (REsp nº 571.719/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 13/06/05). III – Entretanto, fato superveniente foi apontado pelo ilustre representante do Parquet Federal, qual seja, a instalação de Vara Federal naquela mesma Comarca de Carazinho/RS, pelo que, cessada a competência delegada, devem os autos, tanto das execuções, quando das ações a elas conexas, ser remetidos àquela Vara Federal recém instalada. Precedentes: CC nº 38.713/SP, Rel. p/ ac. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03/11/2004; CC nº 32.535/RJ, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ de 16/12/2002. IV – Recurso especial PROVIDO." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 760.361/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 6.4.2006, publicado no *DJ* de 4.5.2006, p. 142).

38. Raquel Fernandez Perrini entende que não prevalece, em tais casos, a *perpetuatio jurisdictionis*. Seus fundamentos, contudo, são outros: haveria, na sua opinião, mudança de competência absoluta, afastando a regra da perpetuação de competência, tal como estabelece o próprio art. 87 do CPC (*Competências da justiça federal comum*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 305-306).

39. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *A reforma do CPC*, cit., p. 280.

c) Não há prevenção do juízo que porventura tenha julgado alguma demanda relacionada à convenção de arbitragem (instituição de arbitragem, nomeação de árbitro, medidas cautelares etc.): a distribuição é livre. "Assim, se o autor propôs qualquer demanda prevista na lei de arbitragem em seu domicílio, não tendo o réu oposto a respectiva exceção de incompetência, a execução de tal sentença no mesmo juízo não obsta a que esta possa excepcionar a competência"[40].

1.4. Competência para a execução de sentença estrangeira

Cabe ao juízo cível competente a execução de sentença estrangeira, homologada pelo STJ (art. 475-P, III, CPC). Convém fazer as seguintes observações.

a) Esse juízo cível é sempre um juízo federal de primeira instância, por força do que dispõe o inciso X do art. 109 da CF/88. Trata-se de hipótese de competência funcional do juízo federal.

b) Aplicam-se as regras de competência territorial do CPC, inclusive em relação à prevalência do domicílio do réu como regra geral de competência (art. 94 do CPC)[41]. É possível, portanto, a alegação de incompetência relativa.

c) De acordo com o art. 1.213 do CPC[42], é lícito a um juiz federal expedir carta precatória executória a um juiz estadual, se na comarca onde a diligência houver de ser praticada não houver sede da Justiça Federal. Trata-se de regra jurídica que está em conformidade com a autorização genérica de delegação de competência federal a um juízo estadual (art. 109, § 3°, CF/88).

d) O art. 484 do CPC dispõe que a execução de sentença estrangeira far-se-á por carta de sentença. "Embora se trate de execução definitiva, nada impede a substituição da carta de sentença por cópia das peças necessárias, com autenticação pelo próprio advogado do exeqüente. Consistiria formalismo excessivo, com ofensa ao princípio da efetividade, persistir-se na exigência de apresentação da carta"[43].

A "carta de sentença" foi extinta pela Lei Federal n. 11.232/2005, que reformou totalmente a "execução provisória da sentença", revogando os antigos arts. 589 e 590 do CPC. Cabe ao interessado em promover a execução exibir cópia das peças processuais

---

40. POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.
41. Assim, corretamente, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 103; POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução*, cit., p. 216; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 8, cit., p. 127; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 138, p. 10.
42. "Art. 1.213. As cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual".
43. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*, cit., p. 210-211; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 211.

obrigatórias. As cópias poderão ser autenticadas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade (art. 475-O, § 3º, CPC).

e) Também se aplica o benefício de escolha de foros concorrentes, previsto no par. ún. do art. 475-P, CPC, já examinado. Afinal, trata-se de execução de sentença, que, teoricamente, pode ser feita em qualquer comarca do país, soando razoável a aplicação, por analogia, do parágrafo único do 475-P.

f) Não há regra que permita a execução de sentença estrangeira perante juízo estadual, não havendo juízo federal na comarca. A aplicação do § 3º do art. 109 da CF/88 pressupõe a existência de lei que expressamente autorize a investidura do juízo estadual na jurisdição federal, o que nesse caso não existe[44].

1.5. Competência para a execução de sentença penal condenatória transitada em julgado

Cabe ao juízo cível competente a execução de sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 475-P, III, CPC). Convém fazer as seguintes observações.

a) A competência territorial segue a regra do parágrafo único do art. 100 do CPC: foro do domicílio da vítima (exeqüente) ou do local do fato. Também é competente o foro do domicílio do executado, que é a regra geral do art. 94 do CPC[45]. É possível, portanto, a alegação de incompetência relativa.

b) A competência para executar sentença penal condenatória oriunda da Justiça Federal é da Justiça Estadual, ressalvada a hipótese de o exeqüente ser um daqueles entes enumerados no art. 109 da CF/88[46].

A competência para processar e julgar ação penal em razão da prática de *crime contra organização do trabalho* é da Justiça Federal (art. 109, VI, CF/88). Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações decorrentes da relação de trabalho, inclusive as indenizatórias por dano moral ou patrimonial (art. 114, I e VI, CF/88). Eis, então, a dúvida: a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado, em tais situações, proposta pela vítima (trabalhador), deverá ser ajuizada perante a Justiça Estadual, a Justiça Federal ou a Justiça do Trabalho? A ação civil *ex delicto*, neste caso, deve ser ajuizada perante a Justiça do Trabalho, a quem compete examinar a existência e a extensão dos danos sofridos pela vítima (trabalhador).

---

44. Em sentido contrário, admitindo a incidência do dispositivo constitucional, embora sem mencionar o texto legal que autorize essa delegação, BARIONI, Rodrigo. "A competência na fase do cumprimento da sentença". *Processo de execução civil – modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 245.
45. Também assim, BARIONI, Rodrigo. "A competência na fase do cumprimento da sentença", cit., p. 242-243.
46. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 126-127; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 281-282; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 185-186; BARIONI, Rodrigo. "A competência na fase do cumprimento da sentença", cit., p. 242.

c) A sentença penal condenatória no mais das vezes precisará ser, previamente, submetida à liquidação, para a apuração do valor dos prejuízos sofridos em razão do delito criminal.

1.6. Competência para a execução universal (falência e insolvência civil)

A competência para a execução universal é sempre da Justiça Estadual.

O art. 109, I, CF/88 exclui a competência da Justiça Federal para a falência. Embora a menção à falência possa ser interpretada restritivamente, para abranger apenas a insolvência comercial, entende-se que a ressalva constitucional também se aplica à insolvência civil. Assim, por exemplo, o enunciado n. 244 da súmula do antigo TFR: "A intervenção da União, suas autarquias e empresas públicas em concurso de credores ou de preferência não desloca a competência para a Justiça Federal". No mesmo sentido é o art. 99, par. ún., I, CPC.

A referência à falência também deve estender-se, agora, à recuperação judicial, figura criada pela Nova Lei de Falências.

A competência territorial para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência do juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de sociedade empresária que tenha sede fora do Brasil. Essa competência, a despeito de ser territorial, é absoluta (o que, para alguns doutrinadores, a torna *funcional;* sobre o erro de confundir *competência territorial absoluta* e *competência funcional*, ver o capítulo sobre competência, no v. 1 deste *Curso*)[47].

Por aí já se percebe que a competência do juízo falimentar é absoluta, além de universal[48]. Compete ao juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de sociedade empresária que tenha sede fora do Brasil deferir a recuperação judicial ou decretar a falência. O foro competente é o do *principal estabelecimento do devedor*. A propósito, é pacífico o entendimento segundo o qual o principal estabelecimento, para efeito de determinação da competência do juízo falimentar, não é aquele indicado no contrato ou estatuto social, mas sim aquele onde são realizadas as principais atividades da sociedade empresária, onde se concentra o maior volume de negócios, onde são tomadas as principais decisões. Em outras palavras, o *principal estabelecimento do devedor* não

47. Nesse sentido: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, n. 516, p. 252; BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, n. 5 ao art. 3º, p. 54; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Competência territorial funcional em matéria de falência". *Revista Síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 23, p. 6-8.

48. "Decretada a falência ou a insolvência civil do devedor (e instaurado, assim, o concurso universal de credores), o juízo da decretação passa a ter competência para o processamento de ações envolvendo a massa falida (arts. 7º, § 2º e 23, da Lei 7.661/45) ou a massa do insolvente (CPC, arts. 751, III e 762); por outras palavras, determinadas demandas, que deveriam ser ajuizadas, em abstrato, perante outros órgãos jurisdicionais, serão atraídas para o juízo universal, que passa, por força de tal atração, a ter competência, em concreto, para o seu processamento" (MARCATO, Antonio Carlos. "Prorrogação da competência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992, n. 65, p. 10).

é, necessariamente, a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, nem o estabelecimento maior, em termos físicos ou administrativos; é, isto sim, o local onde se fixa a chefia da empresa, onde se concentra o maior volume de negócios, de onde emanam as ordens e instruções, onde se encontra a contabilidade geral[49].

Se a sociedade empresária mantém um único estabelecimento, não há dúvidas: é no foro de seu estabelecimento onde deve ser proposta a ação de recuperação judicial ou de falência. Caso, porém, haja mais de um estabelecimento, deve, então, ser a demanda proposta no foro do principal estabelecimento, que é aquele onde se encontra a contabilidade geral, onde são tomadas as decisões, onde se concentra o maior volume de negócios. Tal competência, não é ocioso repetir, é absoluta, apesar de territorial.

Uma vez deferida a recuperação judicial ou decretada a falência, não há mais como se modificar a competência, passando o juízo falimentar a ser universal, ficando, aliás, prevento para qualquer outra ação de falência ou de recuperação judicial que venha a ser posteriormente intentada contra o devedor (Lei 11.101/2005, art. 6º, § 8º).

2. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

2.1. Generalidades

Nos termos do art. 576 do CPC, a execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, na conformidade das regras contidas nos arts. 88 a 124 daquele mesmo diploma legal.

A execução pode ser intentada perante autoridade judiciária brasileira, quando o executado, qualquer que seja sua nacionalidade, mantiver domicílio no Brasil (CPC, art. 88, I), ou quando aqui no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação (CPC, art. 88, II). Nessas hipóteses, a demanda executiva pode ser intentada no Brasil, sem excluir a possibilidade de ser proposta perante alguma autoridade judiciária estrangeira. Significa que, nesses casos, admite-se a jurisdição *concorrente* de outro país, não havendo litispendência, nem impossibilidade de a autoridade brasileira processar execução que esteja tramitando em órgão jurisdicional estrangeiro (CPC, art. 90).

Se a execução podia ser intentada no Brasil, mas foi processada em outro país, não há ofensa à soberania nacional. Proposta a execução perante juízo estrangeiro, e encontrando-se o executado no Brasil, deverá este ser citado por meio de Carta Rogatória, cabendo ao STJ conceder o *exequatur*[50].

---

49. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, n. 60, p. 81. No mesmo sentido: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, n. 7 ao art. 3º, p. 54; COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2005, n. 11, p. 28; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Competência territorial funcional em matéria de falência", cit., p. 8-11.

50. "AGRAVO REGIMENTAL. CARTA ROGATÓRIA. COMPETÊNCIA RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. – A recusa da jurisdição estrangeira não constitui obstáculo

> Tem sido comum, em contratos internacionais, a inclusão de cláusula atribuindo competência exclusiva a determinada Justiça Estrangeira, afastando-se expressa e previamente a jurisdição brasileira para processar o caso. Não há problema nesta conduta, que se revela como exercício da autonomia privada. O STJ, no entanto, entende que essa cláusula contratual não pode prevalecer, sendo autorizado a uma das partes contratantes demandar no Brasil[51]. Não é correta essa postura, que se configura como uma decisão judicial que legitima o descumprimento de um negócio jurídico celebrado no pleno gozo da autonomia privada, sem que haja qualquer vício: o contratante, que havia decidido somente demandar na Alemanha, por exemplo, simplesmente ignora o pacto e propõe a demanda no Brasil; o outro contratante, que acreditava na força normativa do contrato, será surpreendido com uma decisão que simplesmente dirá que o que foi contratado não deve ser cumprido. Ora, se na convenção de arbitragem, por exemplo, as partes (capazes e sobre direitos disponíveis) podem decidir que o Direito aplicável a eventual litígio entre elas é estrangeiro (art. 2º, §§ 1º e 2º, Lei n. 9.307/1996[52]), por que em um negócio jurídico qualquer essas mesmas partes não podem decidir que as demandas a ele relacionadas devem ser propostas em outro país?

Quando a execução for de prestação que envolva bem imóvel situado no Brasil ou quando tal bem for objeto de constrição judicial, a competência será *exclusiva* da autoridade brasileira, excluindo-se a possibilidade de a execução ter curso em juízo estrangeiro (CPC, art. 89, I). Tal regra visa a preservar o princípio da soberania nacional sobre seu território[53]. Proposta a execução perante juízo estrangeiro, se este determinar a penhora de imóvel situado no Brasil, tal determinação será ineficaz, não devendo o STJ conceder

---

à concessão do exequatur, visto não se tratar de competência absoluta da jurisdição brasileira, mas sim relativa. – Não atenta contra a soberania nacional a simples alegação de que a demanda devia ser proposta no Brasil. Agravo improvido." (STJ-Corte Especial, AgRg na CR 328/AR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.06.2006, publicado no DJ de 01.08.2006, p. 294)

51. "COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR "PERFOMANCE BOND" EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTE ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 88, INC. II, DO CPC). - O "Performance bond" emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. - Caso em que empresas as garantes se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes. - À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar." (STJ-4ª Turma, REsp 251438/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8.08.2000, publicado no DJ de 02.10.2000, p. 173)

52. "§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio".

53. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, n. 132, p. 217; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, n. 11.1, p. 135.

o *exequatur* para cumprimento da ordem; não se deve, enfim, conceder *exequatur* para imissão na posse ou penhora sobre imóvel[54].

Daí se percebe ser competente o juiz brasileiro sempre que aqui for domiciliado o executado ou quando aqui deva ser cumprida a obrigação ou, ainda, quando aqui estiver situado o imóvel sobre o qual devam incidir os atos executivos. Nos dois primeiros casos, a competência brasileira é *concorrente*, não impedindo seja a execução intentada perante juízo estrangeiro, desde que não atinja imóvel situado no Brasil. Se se tiver de atingir bem situado no território brasileiro ou em se tratando de execução destinada à entrega de imóvel, será *exclusiva* a competência do juiz brasileiro[55].

No âmbito interno, a execução fundada em título extrajudicial deve, geralmente, ser intentada perante um juízo de primeira instância. Na grande maioria dos casos, a execução deve ser proposta na Justiça Estadual ou na Justiça Federal.

> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a execução fundada em título extrajudicial deve ser, *sempre*, proposta na Justiça Comum de primeiro grau, federal ou estadual, jamais cabendo às Justiças Militar, Eleitoral ou Trabalhista[56]. Segue esse entendimento Teori Albino Zavascki, que assim afirma: "Não se prevê hipótese de execução de tais títulos perante outros órgãos da justiça especializada da União (Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral), nem, originariamente, perante os tribunais"[57].
>
> Não obstante a autoridade do entendimento de Dinamarco e Zavascki, é possível haver execução fiscal a ser intentada perante o Supremo Tribunal Federal: consoante demonstrado no respectivo capítulo, para o qual se remete o leitor, a execução fiscal intentada pela União ou por Estado-membro em face de Estado estrangeiro ou organismo internacional deve ser proposta perante o STF. É possível, ainda conforme se demonstra no respectivo capítulo, haver execução fiscal intentada perante a Justiça Eleitoral e há, também, casos de execuções fiscais ajuizadas perante a Justiça do Trabalho. Também não há razão para negar a possibilidade de execução fundada em título extrajudicial no âmbito trabalhista, principalmente com o estímulo que se vem dando à solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas, que se formaliza em documento que é título executivo, de que serve de exemplo a instalação das comissões de conciliação prévia (art. 625-E, par. ún., da Consolidação das Leis Trabalhistas: "Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas"). Além disso, cabe execução na Justiça do Trabalho do compromisso de ajustamento de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho (art. 876 da CLT), que, como se sabe, é título executivo extrajudicial (art. 5º, § 5º, Lei n. 7.347/1985). Há ainda quem defenda, com razão, que o rol do art. 585 do CPC aplica-se por analogia aos litígios trabalhistas, o que permite, por exemplo, a execução de um cheque ou de uma nota promissória vinculados ao pagamento de verbas trabalhistas[58].

---

54. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, n. 132, p. 217-218
55. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 82.1.2, p. 357; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, n. 132, p. 218.
56. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, n. 133, p. 219.
57. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, n. 11.2, p. 135.
58. PESSOA, Valton. *Manual do processo do trabalho*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 319-320.

Em regra, a execução fundada em título extrajudicial deve ser proposta perante um juízo de primeira instância, sendo tal juízo, na grande maioria dos casos, integrante da Justiça Estadual ou Federal. Há, contudo, casos de execuções fiscais propostas no STF e de execuções fiscais ajuizadas na primeira instância da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho. Estas últimas hipóteses são excepcionais e estão tratadas no capítulo que versa sobre execução fiscal.

A competência será da Justiça Federal nos casos previstos no art. 109 da Constituição da República, devendo ali ser processada a execução quando esta tiver como exeqüente ou executada a União ou alguma autarquia ou empresa pública federal. A competência da Justiça Estadual, por sua vez, é residual: quando não for da competência de qualquer outra, deverá a execução ser intentada perante um dos órgãos da Justiça Estadual.

A competência da Justiça Federal ou Estadual ou de qualquer outra é absoluta e inderrogável, somente podendo ser ampliada ou reduzida por emenda constitucional. Desse modo, sendo incompetente o juízo para processar a execução, tal incompetência haverá de ser reconhecida de ofício, podendo ser alegada a qualquer momento tanto pelo exeqüente como pelo executado.

Definida a competência funcional, há de se estabelecer a competência territorial. A grande variedade de títulos executivos extrajudiciais causa alguma dificuldade para a fixação de uma diretriz uniforme. A solução, para determinar a competência da execução fundada em título extrajudicial, está na combinação do art. 576 com cada uma das hipóteses previstas no art. 585[59]. Vale dizer que se impõe cotejar as regras de competência (contidas nos arts. 94 a 100 do CPC) com as particularidades de cada título executivo, a fim de se definir qual o foro competente para a propositura da demanda executiva[60].

Geralmente, a competência é do juízo do foro do local do pagamento ou, não sendo possível, no foro do domicílio do executado. Sendo territorial, tal competência pode ser derrogada por vontade das partes. É possível, então, a execução ser proposta no foro de eleição. Assim, pode-se dizer que a execução fundada em título extrajudicial deve, em primeiro lugar, ser proposta no foro de eleição. Não havendo foro de eleição, deve ser proposta no foro do lugar do pagamento. Não havendo indicação do local do pagamento, a execução há de ser intentada no foro do domicílio do executado. Nas hipóteses previstas nos incisos III e IV do art. 585 do CPC, o entendimento majoritário indica que o título executivo envolve direito real, o que permitiria fosse a demanda executiva intentada perante o juízo do foro da situação da coisa (CPC, art. 95).

Seja como for, qualquer uma dessas hipóteses constitui caso de competência relativa, podendo ser prorrogada. Quer isto dizer que, intentada a execução em foro diverso, haverá incompetência, que poderá ser prorrogada mercê da inércia do executado: não ajuizada exceção de incompetência, o juízo, que era incompetente, tornar-se-á competente.

---

59. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 82.1, p. 355.
60. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, n. 11.2, p. 137.

A execução fundada em título extrajudicial pode, já se disse, ser intentada no foro de eleição. Em se tratando de contrato de consumo, admite-se a eleição do foro, desde que não haja dificuldade de acesso à justiça para o consumidor. Caso haja cerceamento de defesa, será abusiva a cláusula de eleição de foro, podendo o juiz decretar sua invalidade. O juiz deve conhecer de ofício da abusividade da cláusula e decretar sua invalidade[61]. Como conseqüência da decretação dessa invalidade, haverá de declinar de sua competência para determinar a remessa dos autos ao juízo competente. Esse entendimento – já pacífico na doutrina – restou positivado na legislação, passando o art. 112 do CPC a contar com um parágrafo único, introduzido pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que assim dispõe: "A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu."

Na verdade, ao magistrado cabe decretar tal nulidade apenas quando o consumidor for réu e a demanda não tiver sido proposta no foro de seu domicílio, porque a referida cláusula estabelece como competente outro foro distante desse seu domicílio. Quando o consumidor for autor, não se aplica a regra encartada no parágrafo único do art. 112 do CPC, devendo incidir a norma apenas quando o consumidor for réu e a demanda – seguindo a previsão contratual – tiver sido proposta em foro distante daquele onde ele está domiciliado. Em se tratando de demanda que tem o consumidor como autor, incide o enunciado 33 da Súmula do STJ, de sorte que ao juiz não é dado conhecer de ofício de sua incompetência relativa, não lhe cabendo analisar a existência de cláusula de eleição de foro.

Caso o juiz não decrete de ofício a nulidade da cláusula abusiva de eleição de foro, caberá ao executado – se se enquadrar no conceito de consumidor – ajuizar a respectiva exceção ritual, a fim de demonstrar a mencionada abusividade, com a conseqüente declinação de competência para que os autos sejam remetidos ao juízo competente. Não decretada, de ofício pelo juiz, a nulidade da cláusula abusiva de eleição de foro e não havendo o ajuizamento de exceção de incompetência pelo executado consumidor, estará prorrogada a competência: o juízo, que era incompetente, passará a ser competente. Em outras palavras, a cláusula de eleição de foro – que era viciada, por ser abusiva – passa a ser admitida como válida. Opera-se, enfim, uma convalidação da nulidade[62]. A propósito,

---

61. "Processo Civil. Execução hipotecária. Competência do juízo. Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Foro de eleição. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Empréstimo concedido por associação a associado. Domicílio do devedor. - Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. - Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário. - Ao operar como os demais agentes de concessão de empréstimo do SFH, a associação age na posição de fornecedora de serviços aos seus associados, então caracterizados como consumidores." (STJ-3ª Turma, AgRg no Ag 478.167/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.03.2003, DJ 22.04.2003, p. 231)

62. Sobre a convalidação de nulidades e a distinção entre convalidação e sanação, conferir: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 187-197. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, os vícios processuais, independentemente de sua gravidade, são convalidáveis (*Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, n. 2.2, p. 120).

assim dispõe o art. 114 do CPC. Tudo isso pode foi visto com mais profundidade no capítulo sobre competência no volume 1 deste *Curso*.

Para evitar qualquer situação de dificuldade de acesso à justiça por parte do executado consumidor, a ele se permite ajuizar a exceção incompetência no foro de seu próprio domicílio, devendo tal exceção ser remetida ao foro onde se encontra a demanda (CPC, art. 305). Assim, proposta, por exemplo, uma demanda executiva na Comarca de São Paulo contra consumidor domiciliado no Recife, caso o juiz não tenha reconhecido, de ofício, a abusividade da cláusula de eleição de foro, poderá o executado opor sua exceção de incompetência. Caso o consumidor, por ser hipossuficiente ou vulnerável, não reunir condições de se dirigir até São Paulo para ajuizar sua exceção de incompetência, poderá intentá-la no foro do Recife, requerendo seja dita exceção remetida ao foro de São Paulo para ali ser processada e julgada (art. 305, par. ún., CPC).

Não sendo intentada a exceção de incompetência, haverá, então, preclusão, não podendo nem o juiz conhecer mais de ofício da nulidade da cláusula abusiva de eleição de foro, nem o executado consumidor alegar a incompetência[63]. Em outras palavras, haverá prorrogação de competência, passando o foro de São Paulo, no exemplo aventado, a ser o exclusivamente competente para processar e julgar a referida demanda.

A competência territorial para o processamento da execução deve ser definida, como já acentuado, levando-se em conta as peculiaridades de cada título executivo. Daí ser conveniente destacar cada um deles, a fim de examinar a competência do foro em cada hipótese.

2.2. Foro competente para processar a execução fundada em letra de câmbio ou nota promissória

Em regra, os títulos de crédito têm como um de seus requisitos – que não é sempre essencial – a indicação do local do pagamento. Havendo a indicação do local do pagamento, aplica-se o disposto no art. 100, IV, *d*, do CPC, devendo, então, a execução ser proposta no foro do local do pagamento. No particular, cumpre observar que o local do pagamento não equivale a uma cláusula de eleição de foro, eis que tal indicação não decorre da vontade das partes, mas de uma exigência legal[64].

Tal regra do local do pagamento aplica-se à letra de câmbio e à nota promissória. Vale dizer que a execução fundada numa letra de câmbio ou numa nota promissória deve ser intentada no foro do local do pagamento[65].

É possível, contudo, que, no caso da letra de câmbio, o sacador não fixe o local do pagamento. Não sendo um requisito essencial, a ausência de sua indicação não implica

---

63. Criou-se, então, uma preclusão temporal para o juiz. Nesse sentido, assim afirma NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*, cit.,p. 415-418.
64. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed., cit., p. 222-223; SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 16.1, p. 215.
65. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 356.

invalidade do título. Na ausência de tal indicação, entende-se que será tido como local do pagamento aquele indicado ao lado do nome do sacado, devendo ser ali proposta a execução[66]. Também poderá a execução ser proposta no foro do domicílio do sacado, se este não coincidir com o local indicado abaixo ou ao lado de seu nome[67]. Se, contudo, não tiver havido aceite da letra de câmbio, o sacado não tem responsabilidade pelo pagamento, não integrando a relação jurídica cambial. Tenho, então, a letra de câmbio circulado sem aceite, o endereço do sacado não poderá servir para fixação do local da cobrança, não devendo a execução ser ali proposta. Nessa hipótese, deverá o portador do título escolher o local em que a letra foi sacada ou o local em que o portador tenha recebido o título das mãos do endossante[68]. Na falta de referência a qualquer um desses locais, a execução haverá de ser intentada perante o juízo do foro do domicílio do sacador[69].

Por sua vez, a execução fundada em nota promissória, consoante já afirmado, deve ser proposta no foro do local do cumprimento da obrigação. Faltando essa indicação no título, será competente o foro do local em que tiver sido emitida a nota promissória. Na falta dessa indicação, o foro competente será o do domicílio do emitente[70].

2.3. Foro competente para processar a execução fundada em duplicata

Fundada em duplicata, a execução deve ser proposta no foro do local do pagamento, ou o do domicílio do comprador[71]. Prevalece o foro do local do pagamento. Não sendo este indicado, haverá de prevalecer o lugar indicado como sendo o do domicílio do sacado/aceitante ou o de algum dos obrigados indiretos[72], tais como endossantes e avalistas.

2.4. Foro competente para processar a execução fundada em cheque

A execução fundada em cheque deve igualmente ser proposta no foro do local do pagamento, indicado ao lado do nome do sacado[73], que será sempre a instituição financeira depositária dos recursos do emitente. Tal lugar consiste no endereço da agência bancária onde o emitente mantém sua conta corrente. Diante da padronização dos talões de cheque, sempre há a indicação do endereço da instituição sacada, sendo este o local do pagamento[74].

Na eventualidade de não haver tal indicação, a execução haverá, então, de ser proposta no foro do local no qual o chefe foi emitido[75].

---

66. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 216.
67. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 216.
68. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 216.
69. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 217.
70. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 217.
71. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 356; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed., cit., p. 223.
72. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 217.
73. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 356.
74. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 218.
75. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 218.

É comum coincidir o local onde se situa a agência bancária com o do domicílio do emitente. Nesse caso, a regra de competência pelo local do pagamento (CPC, art. 100, IV, *d*) cumula-se com a do foro do domicílio do demandado (CPC, art. 94).

2.5. Foro competente para processar a execução fundada em debênture

Quando fundada em debênture, a execução não será proposta no foro do local do pagamento, mas, sim, no foro da sede, em território nacional, da companhia que a emitiu. Aplica-se, na espécie, o disposto no art. 100, IV, *a*, do CPC.

As debêntures constituem verdadeiros contratos de mútuo, não podendo, desde o início da década de 1990, ser emitidas ao portador, nem ser objeto de endosso; perderam, enfim, a possibilidade de circulação. A execução deve, enfim, ser proposta no foro da sede brasileira da companhia emissora da debênture (CPC, arts. 88, I, e 100, IV, *a*)[76].

2.6. Foro competente para processar a execução fundada em documento público ou particular

Nos termos do art. 585, II, do CPC, são títulos executivos extrajudiciais "a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores".

Quando estiver lastreada num desses títulos, e não havendo foro de eleição, a execução haverá de ser proposta no foro do lugar do cumprimento da obrigação. Não havendo essa indicação, deverá, então, ser intentada no foro do domicílio do devedor[77].

2.7. Foro competente para processar a execução fundada em contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou destinada a cobrar crédito decorrente de foro ou laudêmio

Costuma-se afirmar que a execução fundada em contrato garantido por hipoteca deve ser processada no *forum rei sitae*, ou seja, no foro da situação da coisa, aplicando-se o disposto no art. 95 do CPC. Em outras palavras, tem prevalecido o entendimento de que a execução hipotecária deve ser intentada perante o juízo do foro onde situado o bem hipotecado. E isso porque a hipoteca é um direito real, devendo a execução hipotecária ser qualificada como uma ação real imobiliária[78].

O art. 95 do CPC, que trata do foro da situação do imóvel, aplica-se às "ações fundadas em direito real sobre imóveis". A execução, ainda que tenha lastro num contrato

---

76. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 218.
77. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 356.
78. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 356; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 597; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, n. 11.2, p. 138-139.

com garantia real, não constitui uma ação real imobiliária. Por meio dela, não se exerce um direito real. Não se pretende o bem em si, mas a satisfação de uma obrigação. Trata-se, bem se percebe, de uma ação pessoal ou obrigacional, não ostentando natureza de ação real.

O imóvel dado em garantia consiste, apenas, no *objeto instrumental* da execução, sendo um *meio* para a satisfação da obrigação, mediante expropriação e entrega do dinheiro ao executado. A possibilidade de adjudicação do bem hipotecado não faz da execução uma ação real imobiliária, eis que se trata de um evento a que está sujeita toda execução, e não apenas a execução hipotecária. Se a execução hipotecária fosse uma ação real, toda e qualquer execução, havendo adjudicação de bem imóvel, seria também uma ação real. Se a hipoteca faz da execução uma ação real, a penhora haveria de conferir a qualquer execução essa natureza real[79].

Na verdade, a execução fundada em contrato garantido por hipoteca deve seguir a regra geral de qualquer execução fundada em título extrajudicial: há de ser proposta perante o juízo do foro do local do pagamento (CPC, art. 100, IV, *d*) ou, à falta de estipulação, no foro do domicílio do executado (CPC, art. 94), não se aplicando do disposto no art. 95 do CPC.

Para quem entende que a hipótese se enquadra no art. 95 do CPC, é bem de ver não há referência à hipoteca na 2ª parte do dispositivo. Logo, o exeqüente pode optar pelo foro do domicílio do executado, não se tratando de competência absoluta[80].

Todas essas considerações aplicam-se igualmente às execuções fundadas em contrato garantido por penhor ou anticrese. De igual modo, tais considerações têm aplicação à execução destinada a cobrar crédito decorrente de foro ou laudêmio.

2.8. Foro competente para processar a execução fundada em contrato garantido por caução ou destinada a cobrar seguro de vida, bem como aluguéis e seus encargos acessórios

É no lugar do cumprimento da obrigação que se executa o contrato garantido por caução ou, na sua falta, no foro do domicílio do executado. O contrato de seguro deve igualmente ser executado no lugar do cumprimento ou, não havendo tal indicação, no foro da sede da seguradora ou no de sua agência ou sucursal, aplicando-se, nesse último caso, o disposto no art. 100, IV, *b*, do CPC.

Seguindo a mesma regra, os aluguéis, pactuados em contrato de locação de imóvel, devem ser executados no lugar do cumprimento da obrigação ou, na sua falta, no foro do domicílio do executado. Assim também se deve entender em relação à execução das despesas de condomínio, bem ainda os demais encargos contratuais.

---

79. Esses argumentos são todos desenvolvidos por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed., cit., p. 224-227.
80. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 356.

2.9. Foro competente para processar a execução de crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete ou de tradutor

A execução da decisão que aprovou custas, emolumentos ou honorários em favor de serventuário da justiça, de perito, de intérprete ou de tradutor, deve ser intentada e processada no foro onde tramitou o processo do qual ela adveio, que é, exatamente, o lugar do cumprimento da obrigação. Realmente, a obrigação originou-se no processo judicial, devendo ser cumprida ali mesmo. Quer isto dizer, então, que a execução há de ser proposta no foro onde teve curso o processo no qual se originou a decisão que fixou as custas, os emolumentos ou os honorários e perante o mesmo juízo que as determinou.

2.10. Pluralidade de executados com domicílios diferentes

É possível haver litisconsórcio passivo na execução, valendo dizer que a execução pode ser intentada, a um só tempo, contra mais de um executado. Se todos os executados mantiverem domicílio no mesmo foro, não há problema; aplica-se a regra geral: a execução será intentada no foro do lugar do cumprimento da obrigação ou no foro do domicílio dos executados.

Caso, todavia, cada executado mantenha um domicílio diferente, não podem exigir ser demandados cada um em seu domicílio. Ao assumirem a obrigação, sujeitaram-se a cumpri-la tal como consignada no título, inclusive no que tange ao local do pagamento. Em outras palavras, a execução fundada em título extrajudicial deve ser intentada no foro do local do pagamento, ainda que haja pluralidade de executados com domicílios diferentes.

Não havendo indicação do local do pagamento, poderá o exeqüente optar por intentar a execução no foro do domicílio de qualquer um dos executados, valendo-se da regra contida no art. 94, § 4º, do CPC.

2.11. Opção entre o foro do lugar do cumprimento da obrigação e o do domicílio do executado

Já se viu, ao longo desses vários itens que tratam da competência para a execução fundada em título extrajudicial, que há de prevalecer o foro do lugar do cumprimento da obrigação. Não havendo indicação do lugar do cumprimento da obrigação, poderá a execução ser proposta no foro do domicílio do executado.

Na verdade, o exeqüente terá, sempre, a opção de intentar a execução no foro do lugar do cumprimento da obrigação ou no foro do domicílio do executado. Pode-se dizer que há uma competência territorial concorrente. É que, mesmo sendo competente o foro do lugar do cumprimento da obrigação, se a execução for intentada no foro do domicílio do executado, este não terá interesse processual para insurgir-se contra a incompetência territorial. É muito mais conveniente para o executado defender-se no foro do seu domicílio do que ter de se deslocar para exercer sua defesa e acompanhar os atos executivos em outro foro.

Ora, sabe-se que a competência territorial é relativa, por ser fixada em atendimento à comodidade, à conveniência e ao interesse das partes. É, por óbvio, muito mais cômodo ao executado ser demandado no foro do seu domicílio.

Assim, por falta de prejuízo e, até mesmo, por ausência de utilidade – o que subtrai o interesse processual –, o executado não reúne condições de insurgir-se contra a competência do juízo do foro do seu domicílio. Daí se poder dizer que ao exeqüente se confere, sempre, a opção de poder propor sua demanda no foro do domicílio do executado, ainda que a competência territorial seja outra.

2.12. Títulos de crédito emitidos no exterior

Quando execução estiver fundada num título de crédito emitido no exterior, esta somente pode ser intentada, se indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação (CPC, art. 585, § 2º, parte final). Nesse caso, a execução haverá de ser proposta no foro do local do pagamento.

É possível, contudo, que o título indique, apenas, o Brasil como local do pagamento, mas não especifique o lugar no território nacional onde deveria ser adimplida a obrigação. Nessa hipótese, deverá a execução ser ajuizada no foro do domicílio do executado (CPC, art. 88, I)[81]. Se o executado não mantiver domicílio no Brasil, haverá, então, de ser proposta a execução no foro do domicílio do exeqüente, aplicando-se o disposto no § 3º do art. 94 do CPC[82]. E se o exeqüente também não tiver domicílio no Brasil, a execução será intentada em qualquer foro (CPC, art. 94, § 3º).

Finalmente, cabe registrar uma advertência feita por Evaristo Santos Aragão: "Também é possível que no título sejam fixados vários locais, igualmente competentes, para o cumprimento da obrigação por meio dele materializada. Basta que uma dessas indicações corresponda ao Brasil para que assim supra-se a exigência do art. 585, § 2º do CPC. Do mesmo modo se no documento tiver sido estabelecido como lugar de pagamento o endereço do próprio credor ou outro a sua escolha. Caso opte pelo Brasil e desde que cientifique formalmente o devedor a esse respeito, poderá postular a atuação executiva da jurisdição brasileira"[83].

3. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Já se viu que o cumprimento da sentença deve ser processado perante o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 475-P, II), ressalvada a opção conferida ao exeqüente de requerer o cumprimento da sentença em outro foro (CPC, art. 475-P, parágrafo único). Na impugnação, o executado pode alegar a incompetência do juízo *da execução,* embora não haja previsão dessa matéria no art. 475-L do CPC, devendo-se aplicar, na espécie, o art. 113 daquele mesmo diploma processual[84].

---

81. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 221.
82. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 221.
83. SANTOS, Evaristo Aragão. *Execução forçada e títulos de crédito*, cit., p. 221-222.
84. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 108.

Enfim, cabe ao executado alegar, em sua impugnação, a incompetência do juízo da *execução,* não lhe sendo possível suscitar a incompetência do juízo quanto à fase de conhecimento, por se tratar de questão alcançada pela coisa julgada[85], a não ser que se trate de execução provisória. Neste último caso, poderá a incompetência ser alegada perante o tribunal, e não mais junto ao órgão *a quo*.

> Na lição de Pontes de Miranda, tanto a *querela nullitatis* como os embargos à execução (atualmente, aí se inclui também a impugnação ao cumprimento de sentença) constituem meios inidôneos para alegação da incompetência do juízo prolator da sentença. E prossegue: "Assim, a nulidade derivada da incompetência ratione materiae, ou pela hierarquia, que não admite prorrogação, é cobrível, no entanto, pela sentença. Não há prorrogação, é verdade. A nulidade pode ser alegada a qualquer tempo enquanto não há a coisa julgada, também é certo: está na lei. Mas, a despeito disso, o art. 113, § 2º, salva os atos ordinatórios, e a sentença, proferida no processo nulo pela incompetência não-prorrogável, cobre a nulidade resultante de tal infração da lei"[86]. Como visto no capítulo sobre a *querela nullitatis*, no v. 3 deste *Curso*, não foi essa a opção do CPC, que apenas admite a *querela* nos casos de sentença proferida contra réu revel não citado ou citado defeituosamente.

Ao juízo prolator da sentença não cabe mais investigar sua competência. É que, proferida a sentença, o juiz não pode mais alterá-la (CPC, art. 463), nem mesmo para reconhecer sua incompetência absoluta. Ainda que a sentença tenha sido proferida por juízo absolutamente incompetente, não se permite mais que tal incompetência possa ser discutida após o trânsito em julgado. Logo, não é possível invocar tal vício nos embargos à execução ou na impugnação ao cumprimento da sentença, sendo defeso ao juiz apreciar tal incompetência[87].

---

85. "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COMPETÊNCIA. CPC ART. 575, II. COISA JULGADA. I – O Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul ao proclamar a incompetência absoluta daquela Justiça Estadual para processar o feito, declinando da competência para a Justiça Federal, violou o art. 575, II, do CPC, que inclui essa matéria na competência do juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, com decisão transitada em julgado. II – Conflito de competência que se conhece, a fim de declarar-se a competência da Justiça Estadual." (Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC n. 18.100/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 23.4.1997, publicado no *DJ* de 12.5.1997, p. 18.748).

86. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 291.

87. "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL. AUSÊNCIA DOS ENTES ELENCADOS NO ART. 109, I, DA CF. SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA. OBEDIÊNCIA AO ART. 475, II, DO CPC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Discute-se a competência para julgamento da execução de título judicial derivada de sentença de desapropriação, proferida pelo Juízo Federal em demanda na qual não figurou na relação processual nenhum dos entes elencados no art. 109, I, da Constituição Federal. 2. Não obstante a alegada ausência na lide das pessoas jurídicas de direito público que assegurariam a competência da Justiça Federal, certo é que o objeto do presente conflito de competência é a execução de sentença existente, válida e eficaz, efetivamente proferida pelo Juízo Federal, com trânsito em julgado e com o transcurso do prazo legal para a ação rescisória. 3. Na espécie, em razão dos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada, é inoportuna a alegação, ex officio, do Magistrado Federal, em sede de execução de sentença, de sua incompetência absoluta em relação ao julgamento da ação de conhecimento. 4. Conclui-se que, quanto à execução do julgado, deve ser respeitado o disposto no art. 575, II, do CPC, segundo o qual a execução fundada em título judicial processar-se-á perante 'o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição'. Precedentes. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 17ª Vara da

Nos termos do art. 741, VII, do CPC, a incompetência do juízo da execução constitui matéria a ser alegada nos embargos do executado. Por sua vez, o art. 742 do CPC estabelece que será oferecida, juntamente com os embargos do executado, a exceção de incompetência do juízo. Surge, então, a dúvida: essas questões devem ser suscitadas nos embargos do executado ou, a exemplo do que sucede no processo de conhecimento, por meio de exceção ritual?

Segundo Edson Ribas Malachini e Araken de Assis, em se tratando de incompetência absoluta, deveria a alegação ser feita nos embargos do executado, ao passo que caberia suscitar a incompetência relativa por meio da exceção de incompetência, apresentada, na dicção do art. 742 do CPC, juntamente com os embargos do executado[88]. Por sua vez, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram que, versando os embargos do executado *apenas* sobre a incompetência, aplica-se o art. 741, VII, do CPC, sendo desnecessária a exceção. Se, porém, há outras alegações além da incompetência, deve, então, haver o ajuizamento, juntamente com os embargos, da exceção de incompetência[89]. Este último entendimento recebe a adesão de Paulo Henrique dos Santos Lucon[90], que adverte, contudo, ao comentar o inciso VII do art. 741 do CPC, que, em se tratando de execução fundada em título judicial, a competência é funcional, sendo, portanto, absoluta. Logo, deve a incompetência ser alegada nos próprios embargos – e não em exceção ritual – se a execução estiver fundada em título judicial. Diversamente, se a execução estiver fundada em título extrajudicial, a competência é relativa, devendo, então, a incompetência ser alegada por exceção, na forma do art. 742 do CPC[91]. De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando o princípio da instrumentalidade das formas, já aceitou a alegação de incompetência relativa nos próprios embargos do executado[92].

Com o advento da Lei 11.232, de 22.12.2005, o art. 741 do CPC dedica-se a disciplinar os embargos à execução contra a Fazenda Pública, de sorte que seu inciso VII trata da possibilidade de alegação de incompetência, quando o embargante for a Fazenda Pública. Sabe-se que a execução contra o Poder Público tem seu procedimento ditado pelos arts. 730 e 731 do CPC, obedecida à sistemática do precatório prevista no art. 100 da Constituição Federal. Ainda que se trate de título executivo judicial, a execução proposta em face da Fazenda Pública acarreta a formação de novo processo autônomo,

---

Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitado." (Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC n. 45.159/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j. em 22.2.2006, publicado no *DJ* de 27.3.2006, p. 137).

88. MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 10, n. 6 aos arts. 741, 742 e 743, p. 568.

89. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 12 ao art. 741, p. 917.

90. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 742, p. 2.104.

91. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. cit., p. 2.101. No mesmo sentido: ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 136.9, p. 280.

92. Acórdão unânime da 2ª Seção do STJ, CC 10.056/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08/02/1995, *DJ* de 03/04/1995, p. 8.104.

disciplinado no Livro II do Código de Processo Civil. Em razão das modificações levadas a efeito pela referida Lei 11.232/2005, não há mais execução autônoma de título executivo judicial, consistindo a execução numa nova fase de um mesmo processo, tudo agora disciplinado no Livro I do Código de Processo Civil. Proferida, contudo, sentença contra a Fazenda Pública, a execução continua a ser um processo autônomo, disciplinado no aludido Livro II do CPC.

Em se tratando de título extrajudicial, a execução continua também a ser um processo autônomo, disciplinado no Livro II do CPC. Nesse caso, prevalece o entendimento doutrinário acima mencionado: deve a incompetência ser alegada por meio de exceção, podendo ser alegada nos embargos, caso esta seja a única matéria ali suscitada.

A competência para processar a execução fundada em título judicial é, tradicionalmente, do mesmo juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 475-P, II). Sempre se entendeu que esta seria uma competência funcional (absoluta, portanto), conforme já visto. Com o advento da Lei 11.232/2005, tal competência deixou de ser absoluta, passando a ser relativa, pois poderá o exeqüente optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem (CPC, art. 475-P, parágrafo único).

Ora, a competência, quando puder ser modificada ou prorrogada, qualifica-se como relativa. Sendo certo que o parágrafo único do art. 475-P do CPC permite a modificação da competência para processar o cumprimento da sentença, é inegável ser relativa tal competência. Por simples faculdade do exeqüente, o cumprimento da sentença será processado em foro diverso daquele onde tramitou o feito até então. É apenas a vontade do exeqüente que importa, revelando-se, portanto, a existência de uma competência relativa, prorrogável, que se derroga pela vontade de uma das partes.

Quanto à hipótese do inciso I do seu art. 475-P, trata-se de competência absoluta: processada e julgada a causa, originariamente, em tribunal, o cumprimento ou a execução do julgado processar-se-á ali mesmo, no tribunal. Finalmente, no que tange ao inciso III do art. 475-P, a competência será relativa (territorial, portanto) no caso de sentença penal condenatória e de sentença arbitral, submetendo-se ao mesmo tratamento conferido à execução fundada em título executivo extrajudicial (CPC, art. 576). Em se tratando de sentença estrangeira, esta deve ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 105, I, *i*), devendo ser processado seu cumprimento ou execução perante a Justiça Federal de primeira instância (CF/88, art. 109, X). A competência da Justiça Federal, nesse caso, é absoluta. Definir, contudo, qual a seção ou sub-seção judiciária competente constitui critério de competência territorial (relativa, portanto).

Significa, então, que, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 475-P, é possível cogitar de discussões em torno da competência relativa, que deve ser questionada por meio de exceção de incompetência. Do mesmo modo, na execução fundada em título extrajudicial, a execução também se qualifica como relativa, cabendo igualmente a alegação de incompetência em exceção ritual.

> Note que é possível discutir a *competência absoluta* nessas hipóteses, embora isso seja raro. Pense na situação de um credor levar uma sentença proferida por um juiz de direito para ser executada perante um juízo federal. Se isso ocorrer, haverá *incompetência absoluta*, que pode ser alegada por simples petição.

Diferentemente do que estabelecia o inciso VII do art. 741 do CPC, seu art. 475-L, ao versar as matérias que devem constar da impugnação ao cumprimento da sentença, não relaciona a incompetência do juízo. É evidente que, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 475-P, a alegação de incompetência há de ser feita mediante exceção ritual[93]. No caso do inciso I do art. 475-P, a incompetência deve ser invocada na própria impugnação ou em simples petição. Se a sentença estrangeira, depois de homologada, não estiver sendo executada perante um juízo federal, a incompetência deve, igualmente, ser alegada na própria impugnação ou mediante simples petição.

Não oferecida exceção de incompetência, haverá prorrogação. Ocorrerá, de igual modo, a prorrogação da competência, se o executado, impugnando antecipadamente, ou seja, em prazo inferior a quinze dias, opuser a exceção posteriormente, ainda que dentro desses mesmos quinze dias. Impugnar, sem apresentar exceção antes ou concomitantemente, implica aceitação da competência, com sua conseqüente prorrogação.

Se o executado, no antecedente processo cautelar, não opuser a exceção de incompetência, não poderá mais oferecê-la na execução fundada em título extrajudicial (demanda principal), por já ter havido prorrogação da competência: o juízo, que era incompetente, tornou-se competente. A conseqüência inevitável da omissão do demandado que não opõe exceção de incompetência, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, é a perpetuação da competência do juízo a quem o autor se dirigiu[94].

---

93. "Se o cumprimento de sentença for instaurado em outro foro, que não em um dos três previstos legalmente, cabe ao réu opor exceção de incompetência (art. 112, CPC). Digamos, por exemplo, que a sentença tenha sido proferida pelo juízo da comarca de São Paulo e a execução tenha sido instaurada no 'suposto' foro do domicílio do devedor, em Santos, quando, em realidade, seu verdadeiro domicílio fica no município de Guarujá. Nessa hipótese, a incompetência (relativa) deve ser argüida por meio de exceção (art. 112, CPC), permitindo-se ao demandado que protocolize a petição no juízo de seu domicílio do réu (Guarujá), com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação (*rectius*, *intimação*)." (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, n. 7.5, p. 168-169).

94. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, n. 313, p. 594.

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Obrigação e responsabilidade: 2.1. Visão dualista; 2.2. Visão unitarista; 2.3. Visão adotada – 3. Responsabilidade primária (arts. 591 e 592, I, III e V, CPC): 3.1. Generalidades; 3.2. Bens do devedor, inclusive em poder de terceiro (arts. 591 e 592, III, CPC); 3.3. Bens do sucessor a título singular (art. 591 e 592, I, CPC); 3.4. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução (art. 592, V, CPC) – 4. Responsabilidade secundária: 4.1. Bens do cônjuge: 4.1.1. Consideração introdutória; 4.1.2. Dos bens da meação (comunicáveis); 4.1.3. Dos bens próprios ou particulares; 4.1.4. Dos bens reservados; 4.1.5. Da penhora de bens do cônjuge. Mecanismo de defesa; 4.2. Bens do sócio, nos termos da lei (art. 592, II, e art. 596, CPC); 4.3. *Desconsideração da personalidade jurídica* e seus aspectos processuais: 4.3.1. Premissa constitucional; 4.3.2. Noção – 5. Responsabilidade patrimonial do fiador (art. 595, CPC) – 6. Responsabilidade patrimonial do espólio e dos herdeiros (art. 597 do CPC) – 7. Bens objeto de direito de retenção (art. 594 do CPC) – 8. Responsabilidade patrimonial do incapaz.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa (dinheiro ou coisa distinta de dinheiro).

Trata-se de direito que precisa ser concretizado (efetivado) no mundo físico, com a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não realiza a prestação, voluntariamente, configura-se o inadimplemento ou lesão, pressuposto de toda e qualquer atividade executiva.

Inadimplida a prestação, o patrimônio do devedor e de terceiros previstos em lei (ex.: seu cônjuge ou seu sócio) *responderão* pelo seu cumprimento, mediante execução forçada.

A *responsabilidade patrimonial* (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 592, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. Seria a sujeição potencial[1] e genérica de seu patrimônio. Haveria a *possibilidade* de sujeição de *todos* os seus bens (dentro dos limites da lei), não sujeição efetiva e específica de um deles.

Nesse contexto, a grande preocupação dos processualistas é definir a massa patrimonial passível de execução – do devedor e de terceiro. Mas existem duas grandes questões, prévias e necessárias, que não podem passar sem um bom trato.

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 321.

Viu-se, no capítulo sobre a teoria da execução, que em algumas situações a execução não recai sobre o patrimônio; é o caso da execução indireta. Mas é correto afirmar que a regra é a de que a execução de prestação patrimonial tem como garantia básica o patrimônio do devedor ou do responsável.

Este capítulo que se inicia tem o objetivo de estudar apenas a *responsabilidade patrimonial*.

2. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE

2.1. Visão dualista

O estudo da responsabilidade patrimonial e, sobretudo, a distinção entre responsabilidade e obrigação, deve-se à teoria formulada pelo alemão ALOIS BRINZ – divide a obrigação em *Schuld und Haftung*. Dela nasce uma visão dualista do vínculo obrigacional, decomposto em dois elementos: o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*).

Os adeptos dessa doutrina defendem que o débito (*Schuld*) e a responsabilidade/garantia (*Haftung*) coexistem na relação obrigacional, mas o *Haftung* só emerge com o inadimplemento.

O débito (*Schuld*) é o *dever de prestar*, de realizar uma atividade em benefício do credor. Uma vez inadimplido, autoriza o credor a ativar a máquina judiciária para dar cumprimento à prestação (impor a sanção executiva), *respondendo* os bens do devedor (e dos terceiros previstos em lei) pelo seu adimplemento.

O débito (*Schuld*) seria uma situação de desvantagem que gera a expectativa de que algum bem do devedor (ou outrem) venha satisfazê-lo. No entanto, seria situação jurídica estática, pois não conferiria ao credor qualquer força ou permissão para trazer ao seu patrimônio o que lhe é devido, não autorizaria movimentos em prol de sua satisfação. Já a responsabilidade (*Haftung*) seria eminentemente dinâmica, pois viria instrumentalizar a efetivação da obrigação, determinando quais bens (do sujeito passivo/devedor ou de terceiro) responderão pelo seu adimplemento[2].

A dívida é vínculo pessoal; a responsabilidade é patrimonial. O devedor obriga-se; seu patrimônio responde[3].

> E para aqueles que questionavam a teoria sob o argumento de que, cumprida espontaneamente a prestação, não haveria responsabilidade (elemento autônomo), BETTI retrucou, ensinando que a responsabilidade é estado potencial que *coage preventivamente*, pressionando o devedor a adimplir a prestação, e *garante repressivamente* o seu cumprimento, se inadimplida a prestação. Subsistiria, pois, mesmo sem inadimplemento[4].

---

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 04, cit., p. 323-325.
3. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 116.
4. BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, t. 1, p 270. Diz o autor que a responsabilidade se constitui sempre primeiro no caso em que o acontecimento esperado não se verifica entre os sujeitos e tem como ponto essencial dois elementos: a)

Seria possível obrigar-se sem responsabilizar-se e vice-versa, dizem. Haveria *obrigação sem responsabilidade*, por exemplo, na obrigação natural (quando credor não pode coagir devedor), na dívida de jogo, na dívida prescrita[5] etc. E haveria *responsabilidade sem obrigação*, por exemplo, para o fiador, para aquele que dá hipoteca em garantia de débito alheio.

Trata-se de visão bem aceita, adotando-a, por exemplo, juristas como SERPA LOPES[6] e BETTI[7].

Na concepção originária de ALOIS BRINZ, a responsabilidade era vista e examinada como categoria do Direito Privado. Atualmente, porém, encontram-se vários doutrinadores processualistas inserindo-a no contexto do Direito Processual – alguns deles considerando que o alemão vivia, ainda, período sincrético do Direito Processual, no fim do século XIX.

Atribui-se a revisão da teoria de BRINZ e sua adaptação à ciência contemporânea a CARNELUTTI[8], cujas lições foram desenvolvidas e incorporadas à doutrina brasileira por LIEBMAN[9] e BUZAID[10].

---

um acontecimento aguardado ou temido por um dos sujeitos, que é *a razão* da responsabilidade; e b) um bem pertencente ao outro sujeito, que é *objeto* da responsabilidade, já que está destinado a servir de satisfação ao primeiro para o caso de um acontecimento esperado não se verificar ou o temido acontecer. Se se produz o acontecimento esperado ou não se produz o temido, a responsabilidade desaparece. De um lado, a razão da responsabilidade se expressa na expectativa prévia de um acontecimento; a responsabilidade mesma, pois, corresponde por outro lado a uma expectativa secundária de satisfação, é pré-constituída ao acontecimento; é uma garantia. (BETTI, Emílio. *Teoria General de las obligaciones*, cit., p. 270).

5. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 438.
6. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, v. 2, p. 11-13.
7. Defende a absoluta independência da responsabilidade em relação ao débito e a possibilidade de conceber o débito como independente de uma responsabilidade. Para o autor, incorrem em erro aqueles que defendem ser inconcebível um débito jurídico separado de responsabilidade. E mais grave é o erro dos "germanistas" que concebem a responsabilidade como necessariamente concomitante ao débito (BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*, t. I, cit., p. 281).
8. "(...) agora se pode dizer que as dificuldades são superadas quando se compreendeu que débito e responsabilidade não são dois elementos de uma mesma relação, ou seja, da relação entre devedores e credores, mas duas distintas relações, a primeira das quais tem caráter material e a segunda caráter processual; a responsabilidade não é uma obrigação, mas uma sujeição e a relação ocorre não entre o devedor e o credor mas entre o devedor e o juiz. Para maior precisão, à responsabilidade do devedor corresponde a ação (executiva) do credor; aqui é portanto, em última análise, também com este propósito uma relação entre as partes mas intermediada por juiz, no sentido que a ação se dirige ao juiz e a responsabilidade se põe de frente a ele" (tradução livre) (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314 e 315).
9. O autor registra: "É mérito indiscutível de Carnelutti ter demonstrado sua natureza processual, realizando separação dos elementos material e processual que iam anteriormente confusos na relação jurídica e esclarecendo que a responsabilidade subsiste apenas em face do Estado, único titular do poder de pôr as mãos sobre os bens do executado para fins de execução, nos limites fixados pelo título" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85 e 86).
10. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 17 e 18.

Defendem que o *dever jurídico* imposto ao devedor de cumprir a prestação é objeto de *relação obrigacional*. Já a *responsabilidade* seria a susceptibilidade do patrimônio do devedor (e outros) à execução, para satisfação da dívida, típica *relação de direito processual*, vínculo travado no campo processual entre responsável e Estado, não se tratando de relação entre credor e devedor. O erro da doutrina privatista teria sido considerar a sanção (a responsabilidade) como elemento da relação obrigacional, quando é expressão do poder soberano do Estado.

> Esses autores observam, ainda, que, a despeito de a responsabilidade patrimonial ser categoria processual, o Código Civil de 2002 inova ao tratar do tema, para dispor que "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor" (art. 391, CC).
>
> Com isso, repetiria, sem necessidade, o disposto no art. 591, CPC, mas acabaria ratificando a distinção entre obrigação e responsabilidade – assim como o faz no art. 389, CC[11-12].

Seguem essa linha de entendimento CARNELUTTI[13], LIEBMAN[14], BUZAID[15], ARAKEN DE ASSIS[16], AMÍLCAR DE CASTRO[17], TEORI ZAVASCKI[18], DINAMARCO[19], LUIZ GUILHERME MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART[20], CRISTIANO CHAVES E NELSON ROSENVALD[21], THEODORO JR[22] e outros.

2.2. Visão unitarista

Inúmeros juristas, contudo, mantêm uma visão unitarista da obrigação, sem conseguir dela destacar débito e responsabilidade. Seriam faces de um mesmo vínculo e vínculos distintos.

O dever jurídico traz consigo a coação. A dívida (débito) é o dever de prestar sob coação da ordem jurídica, que pode conduzir ao adimplemento voluntário ou forçado. Assim, a responsabilidade é decorrência do vínculo obrigacional[23]. Seguem esse posicionamento

---

11. Art. 389 do Código Civil: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado".
12. Já Alcides de Mendonça Lima, unitarista que é, critica o artigo 591, do CPC, por conter norma tipicamente material. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., 429-431).
13. *Diritto e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314 e 315.
14. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed., p. 85-86.
15. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 17 e 18.
16. ASSIS, Araken de. "Responsabilidade patrimonial". *Execução civil (aspectos polêmicos)*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (coord.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.
17. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, v. 8, p. 78.
18. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 261.
19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 326 e 327.
20. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 252-253.
21. FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14 segs.
22. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 198.
23. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 17.

KARL LARENZ[24], VON TUHR[25], ANTUNES VARELA[26], CAIO MÁRIO[27], OVÍDIO BAPTISTA[28], RUGGIERO[29], MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO[30], ALCIDES DE MENDONÇA LIMA[31], JOSÉ FREDERICO MARQUES[32], WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO[33] E SÉRGIO CAVALIERI FILHO[34].

ANTUNES VARELA entende que a ação creditória (responsabilidade/garantia) é elemento essencial da obrigação. A obrigação é o direito a um comportamento pessoal do devedor; esse é o seu objeto imediato – ainda que mediatamente vise a uma coisa (como

---

24. Segundo o autor, todo aquele que assume uma obrigação responde, em caso de inadimplemento, com tudo aquilo que possui. Aquele que deve responde. Entende ser cabível distinguir conceitualmente responsabilidade e dívida, mas aquela segue esta como "a sombra ao corpo". Aquele que assume obrigação corre o risco de perder seu patrimônio (ou uma parte dele) para a execução (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 34).
25. TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 10-12. Diz o autor que o crédito encerra um dever para o credor e uma responsabilidade para seu patrimônio. E a responsabilidade vai normalmente aparelhada àquele dever – reconhecendo que pode recair sobre bens de terceiro.
26. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 131 ss.
27. O autor, de forma não tão clara, demonstra insurgir-se contra a teoria dualista, malgrado reconheça ser lógica e clara, defendendo que na obrigação há "relação entre pessoa e pessoa, com projeção no patrimônio do devedor. O vínculo jurídico estabelece essa sujeição", invocando clássica concepção de obrigação de Savigny. Mas é interessante notar que, apesar das críticas próprias e de outros autores, que traz para essa diferenciação, entende que "a teoria dualista permite destacar os elementos fundamentais do vínculo obrigacional", o que diz o autor não ter perdido de vista (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 24-27).
28. Que não aceita a doutrina que decompõe a relação obrigacional em débito e responsabilidade, para dizer que há casos que o responsável não é devedor. Mas, ainda assim, diz ser incgável que na estrutura da obrigação, há dois elementos (débito e responsabilidade) (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 57).
29. O autor defende que os dois elementos (débito e responsabilidade) são "aspectos do mesmo fenômeno", "momentos inseparáveis da obrigação". Débito é "dever do devedor munido de responsabilidade". Mas reconhece que tais elementos podem ser considerados abstratamente diferentes. Essa distinção conceitual ajudaria a entender melhor a estrutura íntima da obrigação e explicar fenômenos e regras particulares, como aquelas situações em que há responsabilidade sem débito (exemplo: débito futuro ou garantido por penhor/fiança), débito sem responsabilidade (exemplo: obrigação natural) ou a responsabilidade de um e débito do outro, quando o terceiro dá garantia própria, penhor/hipoteca sobre o débito alheio. (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 43-46.)
30. CALIXTO, Marcelo Junqueira. "Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes". *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4-6 e 14-15. O autor segue fielmente a visão de Antunes Varela.
31. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 432 e 433.
32. Defende que obrigação se desdobra em dívida e responsabilidade patrimonial. Mas deixa claro que responsabilidade patrimonial subsiste no plano material e não de confunde com a responsabilidade processual que nasce com a propositura de ação executiva (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4, p. 41 e 42).
33. O autor diz-se, em verdade, seguidor de uma posição intermediária fundada na idéia de que a obrigação se sustenta na ação conjunta dos dois elementos – débito (elemento pessoal/espiritual) e responsabilidade (elemento patrimonial) – que se completam (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 25-28).
34. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. Não obstante diferencie responsabilidade e obrigação, defende que não há responsabilidade sem a correspondente obrigação.

na prestação de entregar coisa). A obrigação volta-se, assim, para essa direção principal, que é obter uma ação ou omissão *pessoal* do devedor e só se desvia desse destino com seu inadimplemento, deslocando-se para uma direção subsidiária que é a sanção executiva. Reconhece a importância da ação executiva, como elemento real/patrimonial e subsidiário do direito de crédito, para que deixe de ser mera expectativa, tornando-se realidade. Mas o débito, diz, não é simples dever de prestar. É o dever de prestar "sob coacção da ordem jurídica". O débito (poder de exigir prestação) e ação executiva são peças que integram um mesmo sistema obrigacional – ainda que vinculados por relação instrumental, quando a execução é instrumento de efetivação da prestação. Ambos estariam abrangidos pelo processo obrigacional.

Assim, defende o autor não ser necessário recorrer ao desmembramento da obrigação em duas relações distintas para explicar conceitualmente situações em que se defende existir débito sem responsabilidade e vice-versa. O entendimento dessas situações pode ser encontrado dentro dos quadros da chamada doutrina clássica, que, considerando a obrigação como uma relação unitária, está mais próxima da unidade vital dos fenômenos que retrata. E, para comprovar sua visão, o autor critica, pontualmente, as falhas nos exemplos dados pelos seguidores desta corrente, para justificar as suas idéias[35]:

> "As obrigações naturais não provam a favor da tese da dualidade pela razão simples de que não são verdadeiras obrigações jurídicas, nem sequer deveres jurídicos: trata-se de meros deveres morais ou sociais juridicamente relevantes, que se não caracterizam apenas pela falta de acção creditória.
>
> A fiança destinada a garantir a dívida já existente não pode, por sua vez, ser considerada como um caso de responsabilidade sem débito, mas antes como um caso típico de obrigação acessória. O fiador não é apenas responsável, é também devedor, embora acessoriamente (...).
>
> No caso da hipoteca ou do penhor constituído por terceiro (...), não é correta a afirmação de que a responsabilidade esteja num lado (patrimônio do terceiro) e a dívida noutro (na titularidade do devedor). O devedor, além de sujeito ao dever de prestar, responde também pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens suscetíveis de penhora (...) O conceito que melhor se adapta a esta situação não é o de responsabilidade desintegrada do débito, mas a figura clássica do *direito real de garantia*, que assinala melhor a função *acessória* da hipoteca em face da obrigação assegurada (...).
>
> No caso da solidariedade passiva, também não é exacta a afirmação de que a responsabilidade de cada um dos devedores excede o montante do seu débito. Cada um dos devedores responde perante o credor comum pelo cumprimento integral da prestação, precisamente porque é devedor, não apenas pela sua cota, mas pela prestação total".

35. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 147-151.

Para mais bem compreender o pensamento de ANTUNES VARELA, é preciso partir da premissa, que nos parece correta, de que o vínculo obrigacional não é estático, e sim dinâmico. COUTO E SILVA,[36] em sua célebre obra "A Obrigação como Processo", vale-se dessa perspectiva, estudando o processo de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação. Para o autor, a "obrigação como processo" é expressão que denota o caráter dinâmico da relação obrigacional. Revela as diversas etapas que transcorrem, de forma interdependente, com o desdobramento da relação obrigacional.

JUDITH MARTINS-COSTA[37] identifica que a relação obrigacional desenvolve-se, de fato, como um processo "polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai". Caracteriza-a juridicamente como um vínculo jurídico revestido de complexidade e dinamicidade[38]. A relação obrigacional, para além de crédito e débito, compõe-se de um conjunto de situações jurídicas, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções. E todo esse cabedal de situações jurídicas ativas e passivas não se queda estático, cravado, isolado no bojo do liame obrigacional. Está sujeito a interferências externas do tempo, do espaço, e todas as circunstâncias advindas do contexto em que se desenrola. Eis sua complexidade e dinamicidade[39].

Inicialmente, há os *deveres de prestação principais (primários) e acidentais (secundários)*. No epicentro da relação obrigacional[40] há o(s) dito(s) *dever(es) principal(is) ou primário(s)*, cujo adimplemento é o fim último do rito percorrido. São eles que justificam todo o processo obrigacional, razão por que definem o tipo negocial surgido. Orbitam em seu entorno os chamados *deveres secundários ou acidentais*, que se subdividem em: *i)* deveres meramente acessórios ou anexos; *ii)* deveres autônomos. Os deveres meramente acessórios (anexos) visam a criar as condições necessárias para que o dever principal seja adimplido. Exemplifica a autora com o dever de embalar e transportar a coisa, com segurança, que viabiliza e prepara o perfeito adimplemento de um contrato de compra e venda. Já os deveres secundários autônomos seriam substitutos ("sucedâneos") ou paralelos ("coexistentes") da prestação principal. Por exemplo, o dever de indenizar pelo inadimplemento absoluto é substituto do principal, e o dever de indenizar pela mora é paralelo a ele. Todos estes deveres de prestação (primários e secundários) visam a concretizar um direito a uma prestação do credor, trazendo-lhe um benefício. Mas ao seu lado, subsistem deveres instrumentais, corolários da boa-fé objetiva, que têm por fim assegurar o adequado

36. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10 – 13.
37. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t., 1, p. 48; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 394 ss. e 437 ss.
38. A autora comenta o surgimento da concepção de obrigação como processo, partindo da vetusta visão estática da relação obrigacional, como vínculo que resulta em mera soma de crédito e débito, oriunda do direito romano (MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 383-389).
39. Também assim, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65 e segs.
40. Sua "alma", diz a autora.

adimplemento do negócio, considerando as razões por que foi criado. E o adimplemento adequado é leal, transparente e cooperativo[41].

> Uma das autoras dessa obra, PAULA SARNO BRAGA, dedica-se ao estudo do tema em "Aplicação do devido processo legal às relações privadas"[42].
>
> Trata-se de visão lançada por KARL LARENZ[43], inspirado no pensamento de HARTMANN, e seguida pela melhor doutrina portuguesa, como MANUEL CARNEIRO DA FRADA[44], ALMEIDA COSTA[45], MOTA PINTO[46], ANTUNES VARELA[47] e MENEZES CORDEIRO[48].

Para contrapor a concepção da responsabilidade patrimonial como categoria autônoma em face do dever de prestar, depõem ainda duas circunstâncias, que os próprios seguidores da doutrina da *Schuld und Haftung* reconhecem: de um lado, a responsabilidade não pode constituir-se sem uma dívida, ainda que futura ou condicional, a partir da qual ela se forma; de outro, constata-se que a responsabilidade não persiste, em nenhum dos casos descritos pelos autores, depois de extinto o débito correspondente.

Tudo isso reforça a idéia de que a responsabilidade (ação creditória) integra o direito à prestação, como principal sustentáculo do poder de exigir conferido ao credor. A responsabilidade seria, por conseguinte, uma forma de sanção pelo não cumprimento do débito (inadimplemento), que é um ato antijurídico[49]. Seria mais um passo do processo obrigacional; dentre os direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções, seria um estado de sujeição do patrimônio do devedor (e terceiros).

A idéia de que a execução forçada é um direito processual do credor distinto do direito material de crédito também é incisivamente questionada. ANTUNES VARELA[50] traz a visão mais lúcida sobre a questão, esclarecendo que não há dúvida de que a ação executiva dá ensejo à relação processual entre exeqüente, executado e Estado-juiz, mas que servirá, contudo, de instrumento para a realização do poder material de submeter o devedor, poder este integrante da relação obrigacional – tal como a ação reivindicatória subsiste para efetivar faculdade que brota do direito de propriedade, exemplifica.

---

41. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 34-37. Conferir, ainda, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190 e segs.
42. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.
43. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 37-38.
44. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 36-40.
45. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63 ss.
46. PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina. 2003, p. 335-340, 348 e segs. e 374 e segs.
47. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65-69.
48. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 586- 592.
49. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, 10ª ed., v. 1, p. 151,
50. ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed., v. 1, p. 131 e 132.

2.3. Visão adotada

Compreendemos que a obrigação é fenômeno mais amplo que abrange a responsabilidade. A obrigação é um processo dinâmico que se desenrola com o fim único: o adimplemento da prestação principal. Mas este processo se caracteriza por contar com uma sucessão de situações jurídicas de direito/poder/dever/ônus/sujeição etc. e, dentre elas, o dever jurídico e a responsabilidade.

A obrigação abrange o dever jurídico principal e a responsabilidade, etapas do seu itinerário. Descumprido o dever, e configurado o inadimplemento, surge a responsabilidade, estado de sujeição do patrimônio do devedor/terceiro, ou, eventualmente, de sua vontade/liberdade, ao cumprimento da prestação.

As teorias unitarista e dualista são formas distintas de descrever um mesmo fenômeno. A concepção dualista visualiza *dever* e *responsabilidade* como elementos distintos, sem perceber que integram um mesmo processo obrigacional. A visão unitarista, que parte da percepção dinâmica da obrigação, acentua o vínculo entre a *responsabilidade* e o *dever*: uma é sanção ao descumprimento de outro, sendo que ambos são fenômenos de uma mesma relação obrigacional.

Parece indiscutível, qualquer que seja a teoria adotada, que há duas situações jurídicas muito distintas: a dívida e a responsabilidade. E esse é o grande mérito da concepção dualista. Cada uma dessas situações pode ser titularizada por um sujeito distinto, razão pela qual se distinguem as figuras do devedor e do responsável. Ambos, porém, são sujeitos de uma situação jurídica material passiva e fazem parte de um mesmo vínculo obrigacional, examinado sob uma perspectiva dinâmica, sendo esse o grande mérito da visão unitarista.

A confusão parece concentrar-se no seguinte aspecto: é preciso distinguir as diversas funções que as regras sobre responsabilidade patrimonial podem exercer.

Uma regra sobre responsabilidade patrimonial, ao determinar qual é o sujeito que deve responder pelo cumprimento da obrigação, é uma regra de Direito material. Cuida de regular o processo obrigacional, definindo as posições jurídicas que os sujeitos devem assumir em determinada relação jurídica. Serve ao órgão jurisdicional como diretriz para a tomada de suas decisões. É o Direito material que determina *quem é o responsável pela obrigação*. Uma norma de direito material é uma norma de decisão: serve para a solução do problema jurídico posto à apreciação do órgão jurisdicional. E as regras sobre responsabilidade patrimonial têm essa função.

As regras que estabelecem *limitações* à responsabilidade patrimonial, impedindo que determinados bens sirvam à garantia da obrigação, são, porém, *regras processuais*, pois servem de controle ao exercício da função jurisdicional executiva. Uma regra é processual quando serve para definir o *modo* pelo qual o poder pode ser exercido. Ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como regra de Direito processual. Talvez seja essa a razão pela qual o CPC cuida da responsabilidade patrimonial e tantos processualistas entendam que o vínculo jurídico da responsabilidade tem natureza processual.

3. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA (ARTS. 591 E 592, I, III E V, CPC)

3.1. Generalidades

A partir da constatação de que o vínculo obrigacional contém o débito e a responsabilidade (*Schuld und Haftung*), identificam-se dois tipos de responsabilidade patrimonial: a primária e a secundária[51].

A *responsabilidade primária* seria aquela que recai sobre bens do *devedor obrigado*, como previsto nas hipóteses do art. 591 e do art. 592, I, III e V, ambos do CPC.

A *responsabilidade secundária* incidiria sobre bens de *terceiro não obrigado*, quando a responsabilidade se desprende da obrigação e vai recair sobre terceiro (ex.: cônjuge do executado), disciplinada no art. 592, II e IV, CPC.

A maior parte dos doutrinadores brasileiros, seguindo a visão de LIEBMAN, defende que o responsável secundário é sempre um terceiro – o sócio da sociedade executada ou o cônjuge do executado (art. 592, II e IV, CPC) –, que não integra o processo executivo. Por isso, caso queira questionar a legitimidade da constrição de seus bens, deverá fazê-lo por embargos de terceiro – e, não, por embargos ou impugnação de executado. Os embargos de terceiro é o seu instrumento de defesa[52].

ARAKEN DE ASSIS[53] faz, contudo, uma correta ressalva. Entende que o art. 592 do CPC só tem a virtude de apontar casos mais comuns de *responsabilidade secundária*. Não se pode, porém, reputar como "terceiros" estes responsáveis secundários. Parte é todo aquele que integra o processo com parcialidade, com interesse no seu resultado. E responsáveis primários ou secundários são partes passivas, são executados, apesar de o primeiro ser obrigado e o segundo, não. É o que ocorre, para o autor, com a execução de obrigação garantida por hipoteca sobre bem alheio. É alheio à obrigação, mas é responsável e, por isso, tem legitimidade passiva para a execução, devendo integrá-la para que se penhore o bem onerado. É o que se extrai do art. 655, §1°, CPC[54-55].

---

51. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95-96.
52. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 97; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 263.
53. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 202-203.
54. § 1° do art. 655 do CPC: "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".
55. Interessante ressalvar, contudo, a situação do cônjuge, que pode ter legitimidade para embargos de terceiro. Feita intimação do cônjuge do executado, tem ele duas opções de defesa: a) cabem impugnação/embargos de executado quando o consorte reconhece que seus bens (reservados, próprios ou de sua meação) respondem pela dívida, mas pretende discutir a própria dívida e a forma de sua excussão; b) mas cabem os embargos de terceiro (art. 1.046, § 3°, CPC) quando o consorte acredita que seus bens (próprios ou de sua meação) não respondem pela execução, visando excluir a constrição imposta sobre eles, único caso em que será, de fato, responsável secundário. Assim, o n. 134 da súmula do STJ: "Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação".

Partindo da correta premissa de que a obrigação é um processo, convém ressaltar que o que se chama de responsabilidade secundária (de terceiros) não exclui a responsabilidade primária (do devedor principal). No processo obrigacional, ocorrido o inadimplemento, serão responsáveis o devedor principal (cuja responsabilidade é primária) e eventual terceiro previsto em lei (cuja responsabilidade é secundária).

Assim, não há que se destacar responsabilidade de obrigação, basta que se tenha presente a idéia de que a obrigação é um processo, em cujo percurso podem aparecer situações jurídicas passivas tanto para o devedor principal como para terceiros – terceiros esses que podem ser devedores secundários (como o fiador ou o sócio, por exemplo).

3.2. Bens do devedor, inclusive em poder de terceiro (arts. 591 e 592, III, CPC)

Na forma do art. 591, CPC[56], o devedor responde, pela obrigação, com todos os seus bens, salvo restrições legais. Mas a submissão do seu patrimônio não é absoluta, afinal: *i) nem todos os bens* do devedor respondem pela dívida (o próprio texto legal ressalva as "restrições legais"), a exemplo dos casos de impenhorabilidade; *ii) nem só os seus bens* respondem pela obrigação, pois, como se viu, a responsabilidade patrimonial secundária recai sobre bens de terceiro[57].

São passíveis de execução os *bens presentes e futuros* do executado. No entanto, surge a dúvida sobre qual é o momento para definir o que seja presente e o que seja futuro: é o momento da constituição da obrigação (como a conclusão de contrato ou a causação de um dano) ou o momento da execução?

Há quem diga que são presentes e futuros aqueles bens pertencentes ao devedor a partir do *momento em que foi contraída a obrigação*, isto é, tanto os bens existentes ao tempo da constituição da dívida, como os adquiridos posteriormente. O que importa, a rigor, são os bens (ainda e já) existentes ao tempo da execução – ainda que adquiridos depois de assumida a obrigação (assim, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA[58], OVÍDIO BAPTISTA[59], CÂNDIDO DINAMARCO[60], THEODORO JR.[61] e ARAKEN DE ASSIS[62]).

> Mas reconhecem que o dispositivo não pode ser lido em sua literalidade, como se abrangesse todos os *bens presentes* ao tempo do surgimento da dívida, ainda que transferidos para outrem antes da execução, sem qualquer caráter fraudulento, ou

---

56. Art. 591 do CPC: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".
57. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 262 e 263.
58. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 433.
59. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, t. 2, cit., p. 58.
60. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 328 e 329.
61. "Isto decorre de ser o patrimônio uma universidade como um todo permanente em relação ao seu titular, sendo irrelevantes as mutações sofridas pelas unidades que o compõem. Pouco importa, por isso, se o objeto do devedor a penhorar existia ou não ao tempo em que a dívida foi constituída" (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 199).
62. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 199.

todos os *bens futuros*[63], inclusive aqueles que ainda não ingressaram no patrimônio do devedor ao tempo da execução.

Respondem os *bens presentes em seu patrimônio no momento de executar*, os adquiridos no momento da constituição da obrigação e os adquiridos depois disso[64].

Outros autores afirmam serem os bens que respondem pela obrigação aqueles que venham a integrar seu patrimônio desde o *momento da instauração da execução* – os bens que incorporem ou passem a incorporar seu patrimônio daí em diante (como AMÍLCAR DE CASTRO[65], CARNELUTTI[66], TEORI ZAVASCKI[67], LUIZ GUILHERME MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART[68]).

Na verdade, toda essa discussão parece mais um jogo de palavras, pois o sentido dado à norma por todos eles parece ser o mesmo: respondem pela execução bens que integrem o patrimônio do devedor quando da sua realização – pouco importando quando foram adquiridos, se antes ou depois da constituição da obrigação, se antes ou depois de iniciada a atividade executiva. Apesar de, inicialmente, seguir a primeira corrente, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA deixa claro que "enquanto houver inadimplência, o patrimônio do devedor responderá independentemente da ocasião em que os bens foram adquiridos pelo devedor"[69].

Acrescentam à letra da lei que também respondem os *bens pretéritos* (transferidos para terceiro antes da execução), que tenham sido dados em garantia real (penhor ou hipoteca) ao credor ou alienados em fraude à execução ou fraude contra credores[70]. Veja que tais bens são passados em relação à execução, mas presentes em relação à data de constituição da obrigação.

Essa regra de sujeição dos bens do devedor à execução (artigo 591) deve ser lida à luz do artigo 592, III[71], que a complementa. Da leitura conjunta dos dispositivos se extrai: *respondem pela execução os bens do devedor, ainda que em "poder" (posse ou detenção) de terceiros*. O texto do § 1º do art. 659 do CPC é bastante claro: "§ 1º Efetuar-se-á a

63. "Interpretada lei no sentido literal, nunca pode haver 'bem futuro' (...) deve considerar-se, porém, não o bem, em si mesmo, mas o direito de propriedade ou de domínio que, no futuro, o devedor possa vir a ter sobre determinado bem, que, juridicamente, para ele não existia" (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p.437).
64. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 199; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p.328 e 329.
65. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 8, p. 68.
66. Nas lições do autor, bens presentes e futuros são os que pertencem ao devedor no momento da expropriação, embora não pertencessem no momento em que se obrigou. E diz que a lei italiana subentende a isenção dos bens passados, anteriores à execução, para não comprometer a circulação patrimonial. Mas admite que essa regra comporta exceções. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, cit., p. 314-316; *Sistemas de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. 2, p. 705-706).
67. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 261
68. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 252 e 253.
69. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6, cit., p.437.
70. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 329.
71. Art. 592 do CPC: "Ficam sujeitos à execução os bens: (...) III – do devedor, quando em poder de terceiros".

penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros".

O bem continua pertencendo ao devedor (proprietário ou possuidor indireto), só que se encontra na posse ou detenção de terceiro (sem título de domínio), como o locatário, comodatário, depositário, rendeiro[72].

Em caso de *detenção*, não há qualquer restrição à atividade executiva sobre bem. O detentor é mero instrumento da posse do proprietário/devedor. Detém a posse do bem em nome do devedor, para conservá-la de acordo com suas ordens e instruções, é o célebre caso do caseiro ou do motorista. Como o detentor não tem qualquer direito sobre o bem, ele se sujeita à execução sem que isso interfira em sua esfera jurídica[73].

Já nos casos de *posse*, há um vínculo jurídico entre devedor/proprietário e terceiro/possuidor (exercente da posse direta) que confere a este último direito de uso e gozo do bem. Assim, arrematado o bem em juízo, o arrematante se sub-roga na posição do devedor/executado. Será o novo dono do bem, mas a posse permanece com o terceiro. E é preciso aferir se o novo dono tem o direito de tomar posse do terceiro ou não[74]. Em caso de posse decorrente de vínculo contratual (como locação, comodato ou arrendamento), por exemplo, o terceiro possuidor deve ter seus direitos respeitados, nos limites da lei e de possíveis cláusulas contratuais, sob pena do uso legítimo de embargos de terceiro, para reaver o bem[75].

> É preciso observar as regras de Direito material que definirão se subsiste ou não o vínculo contratual que garante a posse do terceiro.
>
> Por exemplo, a execução contra locador, quando a locação é eficaz perante o arrematante (terceiro adquirente) vai atingir o bem locado, mas não a continuidade do contrato de locação, que vigorará até o seu termo final (o art. 576, Código Civil, e arts. 8º, 27 e 33 da Lei n. 8.245/1991). Nesses casos, o adquirente se sub-roga no lugar do devedor/locador[76].

Aquele que está na posse/detenção do bem é *terceiro*. Bem seu não é atingido pela execução, por isso não precisa ser citado. Apenas será intimado se houver alteração no destinatário dos aluguéis (credor ou depositário) ou se, findo o contrato com o devedor,

---

72. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 268; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 450; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 338 e 339. E o artigo 659, § 1º, deixa claro que esse "poder" pode ser decorrente de posse, detenção ou guarda do terceiro. A constrição quer alcançar o domínio, pouco importando a que título o terceiro é exerce poder sobre o bem: se possui a coisa ou se é mero instrumento de posse alheia (assim, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p.203).
73. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 338 e 339.
74. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 339.
75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituiçõesde Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 339; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 203 e 204.
76. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 268.

o bem tiver que ser restituído. Não há responsabilidade secundária do terceiro, o bem é do devedor[77].

> Existe controvérsia, no entanto, quando se trata de posse direta exercida por promissário. Registrada a promessa de compra e venda, o promissário titulariza direito real oponível *erga omnes* e sua posse é exercida a este título, sendo devida sua proteção em face dos atos de constrição executiva.
>
> Mas, se não foi registrada a promessa, subsistem duas hipóteses: *a)* o promissário dispõe de direito obrigacional, não obstante se lhe confira legitimidade para embargos de terceiro (Súmula 84 do STJ), cujo êxito depende da demonstração de existência de direito incompatível com a pretensão executiva; *b)* mas, se ajuizou a ação prevista no artigo 466-B, pleiteando a execução específica da prestação de declarar vontade contida no contrato preliminar, qualquer penhora posterior será ineficaz diante deste direito já deduzido[78].
>
> Em nenhum caso, há simples posse imediata. Há posse com ânimo de propriedade, o que diferencia a situação.

3.3. Bens do sucessor a título singular (art. 591 e 592, I, CPC)

O artigo 592, I, em sua redação originária, sujeitava à execução o bem objeto da sentença fundada em direito real executada, ainda que transferida para "sucessor a título singular".

A Lei nº 11.382/2006 alterou a redação do dispositivo[79], para torná-la mais ampla:

a) de um lado, por abranger tanto a execução de título judicial, como também a execução de título extrajudicial[80]. Afinal, limita-se a referir-se à "execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória"[81];

b) de outro, além de execução fundada em direito real, passa a abarcar a execução fundada em obrigação reipersecutória (de entregar coisa).

Percebe-se que, com a reforma, a norma alcança todas as execuções de título judicial ou extrajudicial, para entrega de coisa, pouco importando se fundada em direito real ou

---

77. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6. cit., p. 450 e 451.
78. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 204.
79. Art. 592 do CPC: "Ficam sujeitos à execução os bens: I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória".
80. Já abrangida, para Alcides de Mendonça Lima, antes mesmo da reforma. (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 442 e 443). Defende, ainda, que se o bem era do devedor ao tempo da obrigação (da celebração do contrato), mas não era ao tempo da execução, configura-se fraude contra o credor, o que dá ensejo a ação pauliana. Mas, para preservar o credor das naturais delongas de uma ação cognitiva, admite que ele mova execução contra o devedor, penhorando o bem indevidamente integrado ao patrimônio do terceiro ("sucessor a título singular") – a quem só resta o uso de embargos de terceiro, cujo objeto será substancialmente idêntico ao da ação pauliana.
81. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 205; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 200.

pessoal (art. 461-A, 475-I, 585, II e 621 a 631, todos do CPC). Diante desta sua amplitude, o regramento merece comentários pontuais sobre seu teor.

O dispositivo protege, em parte, o resultado das *ações* reais e reipersecutórias, ao abranger execução de *sentença* dela advinda, colocando ambas a salvo de transferências fraudulentas.

A regra, porém, está abrangida pela regra do art. 42 do CPC, que cuida da *alienação da coisa ou do direito litigioso*, examinado no v. 1 deste *Curso*. É que, pendente processo em que se discuta uma coisa, com fundamento em direito real ou direito pessoal, a alienação da coisa litigiosa vincula o terceiro adquirente (art. 42, § 3º, CPC[82]). O inciso I do art. 592 apenas reforça o que se disse no mencionado § 3º do art. 42, cujo regramento é mais amplo e adequado. O equívoco repete-se no inciso I do art. 593. Correta, portanto, a arguta análise de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: "Diante disso, o melhor seria a pura e simples revogação do disposto tanto no inciso I do art. 592 quanto no inciso I do art. 593, visto que a matéria está inteiramente regulada e de forma superior pelo art. 42 e seus respectivos parágrafos"[83].

> *Ação real* é aquela que tem por causa de pedir próxima a afirmação de direito real.
>
> Já a *ação reipersecutória* é a ação real ou pessoal em que se quer a entrega/restituição de coisa certa que está em poder de terceiro[84]. A ação de despejo é um bom exemplo, assim como aquela de recuperação de bem dado em comodato.
>
> Na visão de ARAKEN DE ASSIS e OVÍDIO BAPTISTA, o texto da lei é deficiente, pois ao falar em "ação fundada em direito real" que se contrapõe à obrigacional, não atenta que ela nem sempre se funda em direito real, a exemplo da possessória[85]. Já HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende que a ação possessória é reipersecutória[86]. De uma forma ou de outra, a ação possessória está abrangida pelo dispositivo, afinal, visa a entrega de coisa.

Como se trata de regra que reforça o que foi dito sobre a alienação da coisa litigiosa, não há muito mais o que dizer. O grande problema é, sem dúvida, saber como conciliar os interesses do credor-exeqüente com os do sucessor a título singular, principalmente se o terceiro estiver de boa-fé. O tema será examinado com mais profundidade no capítulo sobre a boa-fé na execução, no item dedicado à *fraude à execução*. Isso porque o inciso I

82. § 3º do art. 42 do CPC: "A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário".
83. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução de títulos extrajudiciais*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Porto Alegre: Forense, 2007, p. 14.
84. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 206. Em sentido diverso, Lopes da Costa, para quem a ação reipersecutória jamais é ação real: "É, assim, a que tem por fim da entrega ou restituição de coisas certa, com fundamento outro que não seja direito real" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 4, cit., p. 142). Seguindo Lopes da Costa, ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 205.
85. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 205; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, t. 2, cit., p. 59 e 60.
86. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 206.

do art. 593 contém regra semelhante à do inciso I do art. 592, ora examinado: considera-se *fraude à execução* a alienação ou oneração de bem quando sobre ele pender ação fundada em direito real. E porque há *fraude à execução*, o bem indevidamente alienado responde pela execução. Note que o texto do art. 592 é mais amplo, pois cuida de qualquer demanda, real ou reipersecutória, enquanto o art. 593 trata apenas da ação real. Tendo em vista a regra do art. 42, ambos os dispositivos são desnecessários, como se disse, em relação ao art. 592, I, CPC, e será dito, no capítulo próprio, em relação ao art. 593, I, CPC.

Há, porém, quem tente encontrar um sentido para a coexistência dos dois dispositivos.

Ambos falam de ações fundadas em direito real sobre bem transferido para terceiro. Ocorre que, enquanto o artigo 592, inciso I, cuida da *execução* fundada em direito real[87], decorrente de título judicial ou extrajudicial, sobre bem transferido para terceiro ("a título singular"), o artigo 593, inciso I, fala da *ação* real em curso, surpreendida com a transferência (ou oneração) do bem demandado para terceiro (em fraude à execução, diz).

Uma corrente doutrinária estabelece que ambos tutelam o atributo da seqüela inerente aos direitos reais, que permite que o seu titular busque o bem de seu domínio em poder de quem quer que seja. Só que o artigo 592, I, cuidaria da ineficácia da alienação durante a execução do título judicial (sentença real) ou extrajudicial, e o artigo 593, inciso I, da ineficácia da alienação antes da formação de título judicial/real[88]. São normas que tratam da *fraude à execução*. Uma complementaria a outra. Para resguardar a utilidade de ambas, defende-se que a primeira trata da ineficácia de alienações fraudulentas em sede de execução (artigo 592, inciso I) e a segunda ainda na fase cognitiva (artigo 593, inciso I).

Conforme dito no texto, a diferenciação parece desnecessária, pois, alienada a coisa, na pendência de qualquer processo que a tenha por objeto, conhecimento ou execução, por força do art. 42, § 3º, CPC, o bem está vinculado ao processo, tornando a alienação relativamente ineficaz.

Há, ainda, quem, a exemplo de Zavascki[89], critique essa tentativa de diferenciação, sob outro argumento. A prevalecer essa tentativa de distinção, seria possível considerar que, quando a transferência se dá antes da sentença, há *fraude à execução* (art. 593, I, CPC), mas não quando se dá exatamente durante a execução (art. 592, I, CPC), não haveria *fraude à execução*, situação que, do ponto de vista lógico, é no mínimo curiosa[90].

Assim, conclui Teori Zavascki que a sucessão do bem na pendência de execução, prevista no artigo 592, inciso I, seria a resultante de falecimento. O "sucessor a título singular" seria aquele que recebe o bem por causa da morte (sucessão *mortis causa*). Já o artigo 593, I, trata de alienação *inter vivos*, voluntária, fraudulenta e ineficaz para o processo. E arremata que a interpretação conjugada dos dispositivos

87. Ou "obrigação reipersecutória", trecho do texto normativo que por ora não interessa.
88. Assim, Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 206) Araken de Assis (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 251).
89. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 264 e 265.
90. Crítica essa que não nos parece pertinente, afinal, em ambos os casos haveria a fraude à execução.

faz concluir que seu resultado prático é o mesmo: "A transferência, *mortis causa* ou por ato *inter vivos*, de bem objeto de ação real, não inibe a atividade executiva em favor do credor"[91].

3.4. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução (art. 592, V, CPC)

O inciso V do art. 592 determina que os bens alienados ou gravados em *fraude à execução* respondem pela execução. Esta hipótese é muito importante. Mas exige estudo comparativo das *três espécies de alienação/oneração fraudulentas* existentes em nosso direito (e não só a fraude à execução aí referida): *i*) fraude contra credores (menos grave); *ii*) fraude à execução; *iii*) alienação/oneração de bem já penhorado (mais grave).

O estudo do tema é feito em capítulo próprio, dedicado à análise do princípio da boa-fé na execução.

4. RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA

4.1. Bens do cônjuge

4.1.1. Consideração introdutória

Sujeitam-se, ainda, à execução, os bens do cônjuge, "nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela sua dívida" (art. 592, IV, CPC).

Cabe à legislação cível definir "os casos" em que seus bens vão submeter-se à execução, considerando, sempre, o *tipo de dívida* cobrada e a modalidade de *regime de bens* em vigor.

Partindo dessas premissas, existem três diferentes situações a serem analisadas (considerando o objeto da garantia): *i)* dos bens da meação; *ii)* dos bens próprios (particulares); *iii)* dos bens reservados.

4.1.2. Dos bens da meação (comunicáveis)

O Código Civil é bastante claro ao determinar que a *meação* (metade do patrimônio comum) do cônjuge responde pelas dívidas contraídas pelo outro em proveito da família. Há vários artigos a respeito do tema, tais como, p. ex.:

> "Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:
>
> I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;
>
> II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.
>
> Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.
>
> Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

91. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 265.

(...)

IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

(...)

Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns".

A regra geral sobre o tema está prevista nos arts. 1.643 e 1.644 do Código Civil. Ao mesmo tempo em que submete o cônjuge à necessidade de consentimento prévio do outro para a prática de certos atos jurídicos (art. 1.647 do Código Civil; art. 10, *caput*, CPC), a legislação cuidou de especificar alguns atos que podem ser praticados sem a vênia conjugal (art. 1.643 do Código Civil, transcrito acima). Trata-se de atos relacionados à administração da economia doméstica.

Esta permissão aplica-se a qualquer regime de bens. Cria-se uma presunção legal *iure et de iure* de que o cônjuge está, nesses casos, autorizado pelo outro cônjuge a contrair dívidas. "Assim, não pode o outro cônjuge alegar a falta de sua autorização, quando ficarem evidenciadas as despesas de economia doméstica, que ele e os demais membros da família foram destinatários. Não se incluem as despesas suntuárias ou supérfluas, ainda que tendo destino o lar conjugal, pois não se enquadram na economia doméstica cotidiana".[92]

O art. 1.644 do Código Civil cria uma regra de solidariedade legal (art. 265 do CC-2002) entre os cônjuges, com relação às dívidas contraídas para os fins de administração da economia doméstica. Como observa PAULO LÔBO, "essa norma, em conjunto com os arts. 1.659, IV, e 1.664, encerram as hipóteses nas quais o patrimônio comum responde por dívidas contraídas por um dos cônjuges".[93]

A doutrina[94] e os tribunais superiores[95] estabeleceram uma *presunção relativa* de que as transações feitas pelo cônjuge são para ganho familiar, lançando sobre o outro cônjuge o ônus de provar o contrário – incumbindo à esposa, por exemplo, provar que o título serve para saldar a dívida de jogo ou decorre de despesas com a concubina do marido

92. LÔBO, Paulo, *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 16, p. 252.
93. LÔBO, Paulo *Código Civil Comentado*, cit., p. 252.
94. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 400; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 452; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 196.
95. Por exemplo, STJ, 3ª T., REsp n. 38.800/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j em 15.03.1994, publicado no DJ de 16.05.1994, p. 11.761.

(exemplo: com jóias, automóvel etc.)[96]. Cedem à presunção (de que a dívida foi no proveito familiar) os casos em que a *dívida decorre de ato ilícito* de um dos cônjuges e os casos de *execução fiscal* de sociedade, quando a responsabilidade recai sobre o sócio-consorte[97]. Nesses casos, cabe ao credor demonstrar que houve favorecimento familiar.

O direito à meação sobre patrimônio comum assume configuração distinta em cada um dos regimes de bens.

No *regime de comunhão parcial*, há três massas patrimoniais: a da mulher, a do marido e a comum. E a massa comum é formada, em suma, pelos bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, com as observações e ressalvas dos artigos 1.658 a 1.660, Código Civil.

No *regime de separação obrigatória/legal* (artigo 1.641, Código Civil), a princípio, não haveria bens comuns. Mas, de acordo com o n. 377 da súmula do STF, há direito à meação dos bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso ("aquestos")[98-99]. E o STJ, ao seu turno, passou a decidir que a regra sumulada só se aplicaria aos bens adquiridos "com esforço comum". Mais tarde, estendeu-se

96. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 452.

97. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269. Assim, STJ, 1ª T., REsp n. 121.235/SP, rel. Milton Luiz Pereira, j. em 20.03.2001, publicado no DJ de 19.11.2001, p. 232.

98. Rolf Madaleno lembra que a súmula citada já havia afastado, na vigência do Código anterior, o regime coercitivo da completa separação de bens, que só deixava desprotegido o cônjuge que não acumulou, em seu nome, o patrimônio adquirido na sociedade conjugal, apesar de ter concorrido, ainda que moralmente, para o desenvolvimento econômico do seu nubente. Evitava o enriquecimento sem causa de um em detrimento do outro. Mas entende o autor que o Código Civil de 2002 parece ter pretendido excluir a regra sumulada, o que seria retrocesso injustificável. Não considera, porém, que o suposto intento legislativo resistirá às críticas doutrinárias e ao espírito da lei de comunicar aquestos decorrentes do esforço comum. Manter punição deste viés aos sujeitos previstos no art. 1.641 do Código Civil (como idosos, por exemplo), discriminando-os em razão de sexo/idade, violaria os princípios da igualdade e da liberdade. (MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens entre os Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 178, 179 e 190). Também assim, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 3ª ed., cit., p. 216-218.

99. Silmara Chinelato faz preciosa observação. Anota que constava no texto originário do Projeto de Lei do Código Civil o complemento "sem comunhão de aquestos", que excluiria, expressamente, o entendimento sumulado do Supremo e os julgados que se seguiram. E assim foi aprovado o dito texto na Câmara de Deputados e no Senado Federal. A expressão só foi suprimida pelo *Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil*, presidida pelo Deputado Ricardo Fiúza, com nítido propósito de manter o entendimento sumulado de comunicabilidade de bens advindos de esforço comum, em repúdio ao enriquecimento sem causa – o que consta expressamente no texto do relatório, mais especificamente no parecer da Emenda nº 251. Apesar disso, entende a autora que o n. 377 da súmula do STF foi editado com base no artigo 259, Código Civil/1916 (aplicável à separação convencional), não reproduzido no atual Código Civil, o que justifica sua desconsideração. O artigo 259, Código Civil/1916, falava em comunicabilidade dos aquestos em separação convencional (o que fica claro ao dizer que essa regra prevalece "no silêncio do contrato"); o STF estendeu a regra ao regime de separação legal. Hoje, diante da inexistência de dispositivo equivalente no Código Civil/2002, o enunciado n. 377 da súmula do STF perde o sentido, diz a autora, que invoca outro motivo adicional para entender que foi revogada: se houve esforço comum, diz, o bem é comum e os cônjuges são co-proprietários, em um vínculo regido pelo direito das coisas ou das obrigações (CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18, p. 291-293). De todo modo, a norma extraída, com base na súmula ou não, será a mesma: comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento sob regime da separação legal.

> o reconhecimento deste direito a meação, nestes termos, ao regime de separação convencional[100].
>
> Tudo isso se justifica, porque os cônjuges, ainda que casados sob o regime da separação total, podem unir-se em empreendimento estranho ao casamento, o que caracterizaria sociedade de fato, com ambos colaborando diretamente com capital ou trabalho para aquisição de bens que devem ser considerados comuns.
>
> No *regime de comunhão universal*, comunicam-se todos os bens, presentes e futuros, que formam uma massa comum e indivisível, ainda que adquiridos em nome de um só dos cônjuges, ressalvados aqueles expressamente excluídos por lei (art. 1.668, Código Civil) ou pacto antenupcial.
>
> O *regime de participação final dos aquestos* é híbrido/misto. Durante o casamento, predominam regras do regime de separação total; em caso de dissolução do casamento, predominam regras do regime de comunhão parcial.
>
> Então, no curso do casamento, existem duas massas patrimoniais autônomas: a do marido e a da esposa[101]. Não há patrimônio comum, só o patrimônio próprio de cada um (artigo 1673, Código Civil), que abrange aqueles bens que o cônjuge possuía ao casar e aqueles que adquiriu posteriormente.

Para o *regime de comunhão parcial*, há regra especial sobre o tema. Não se comunicam as obrigações anteriores ao casamento (art. 1.659, III, Código Civil), salvo se, de alguma forma, beneficiar o cônjuge que não a tenha contraído (exemplo: para aquisição de enxoval)[102].

Só as obrigações subseqüentes ao casamento se comunicam e, mesmo assim, exclusivamente para: *a)* satisfazer obrigação assumida por marido ou mulher para atender encargos de família, despesas de administração e as decorrentes de imposição legal; *b)* dívidas contraídas no exercício da administração do patrimônio comum (artigo 1664 c/c 1663, § 1º, Código Civil).

Além disso, a obrigação de indenizar por ato ilícito de um cônjuge comunica-se e sujeita o patrimônio comum (e meação do outro) ao seu adimplemento se houver algum proveito para o casal daí decorrente (do ilícito/dano)[103]. Mas só aquelas obrigações que trouxeram benefício para o casal, frise-se (artigo 1.659, IV, Código Civil), como, por

---

100. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 411.
101. É regime misto, convencional e oriundo da Costa Rica, para, posteriormente, ser adotado em países como Alemanha, França, Espanha, Portugal etc. (MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges". In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184).
102. Pensam assim, MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges", cit., p. 168; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 417; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 213. Já Maria Berenice Dias entende que, como não há ressalva expressa em lei, nenhuma dívida pretérita se comunica, nem as feitas em função do casamento ou em benefício comum. Para a autora, isso revela assimetria com o regime da comunhão universal, onde existe ressalva de estilo (art. 1.668, III) (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 3ª ed., cit., p. 209).
103. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243 e 244.

exemplo, se o dano foi causado no exercício da profissão/atividade que sustenta a família ou incrementa o patrimônio familiar[104].

No *regime de comunhão universal*, comunicam-se todas as dívidas posteriores ao casamento (artigo 1.667, Código Civil), salvo aquelas expressamente excluídas por lei ou pela vontade dos cônjuges[105]. Por elas responde o patrimônio comum. Por outro lado, extinta comunhão, com a divisão do ativo e do passivo, cessa a responsabilidade comum (artigo 1.671, Código Civil).

Na forma do artigo 1.668, III, Código Civil, as dívidas anteriores ao casamento não se comunicam. Por elas responde o devedor com seus bens particulares (o que trouxe para a comunhão), salvo duas exceções: comunicam-se as dívidas contraídas com aprestos ou preparativos de casamento e as que se reverteram em proveito comum (exemplo: a aquisição de imóvel residencial).

> Criticável a postura do legislador que torna incomunicáveis as obrigações decorrentes de ato ilícito na comunhão parcial (art. 1.659, IV), salvo se revertidas em benefício comum, mas não o fez na comunhão universal (art. 1.668); o legislador foi omisso e, mais uma vez, assimétrico no regulamento destes regimes de bens[106].

Mas, em regra, dívidas anteriores não se comunicam e não tem aptidão de submeter a meação do outro cônjuge. Quando, porém, a penhora recair sobre bem indivisível, "a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem" (art. 655-B, CPC).

4.1.3. Dos bens próprios ou particulares.

Os bens próprios ou particulares de cada cônjuge são aqueles incomunicáveis, que não entram em qualquer comunhão. Não há direito de meação sobre eles.

Resta identificá-los em cada um dos regimes de bens.

No *regime de separação total*, a regra é a incomunicabilidade de todos os bens presentes e futuros, bem como dos seus frutos e rendimentos (art. 1.687, Código Civil). Mas o n. 377 da súmula do STF e julgados do STJ, como já visto, adotam o entendimento de que *se comunicam os adquiridos* por "esforço comum", na constância do casamento. E isso vale para o regime de separação legal ou convencional. Todos os outros permanecem incomunicáveis, de modo que não respondem pela dívida contraída pelo outro cônjuge.

No *regime de participação final nos aquestos*, durante o casamento os bens dos cônjuges não se comunicam. Bens adquiridos antes e depois do casamento são particulares (art. 1.673, Código Civil) e só respondem por dívidas posteriores ao casamento contraídas pelo outro cônjuge, se provado que foi revertida em benefício dele (artigo 1.677, Código Civil)[107].

---

104. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 416.
105. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243 e 244; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 213-215.
106. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*, 3ª ed., cit., p. 209.
107. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243 e 244.

No *regime de comunhão parcial*, a regra é a incomunicabilidade dos bens cuja aquisição teve por título causa anterior ao casamento ("bens próprios", portanto) e a comunicabilidade dos adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento (art. 1.658 c/c 1.661, Código Civil). Mas existem exceções a esta regra. Não entram na comunhão os bens previstos no art. 1.659, Código Civil. São próprios, particulares do cônjuge (a exemplo daquele recebido por herança ou doação, de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão etc.).

> Dentre os bens excluídos da união, encontram-se "os proventos do trabalho pessoal do cônjuge" e "as pensões, meio-soldos [metade do soldo do militar reformado], montepios [pensão devida ao herdeiro do servidor falecido] e outras rendas de natureza semelhante" (art. 1.659, VI e VII, Código Civil).

No *regime da comunhão universal*, predominam os bens comuns. Comunicam-se todos os bens presentes e futuros. Só se consideram bens particulares aqueles enumerados no artigo 1.668 (tais como os bens de uso pessoal, vencimentos, doado pelo cônjuge com cláusula de incomunicabilidade etc.), bem como aqueles assim definidos em convenção antenupcial[108].

Identificados quais são os bens próprios/particulares do cônjuge, resta definir quando eles respondem por execução de seu consorte.

Todos os bens próprios/particulares do cônjuge somente respondem pela execução proposta contra o outro cônjuge, quando o *cônjuge a quem eles pertencem também for devedor,* o que já revela que se trata de *responsabilidade patrimonial primária.*

É o que ocorre na execução de dívida contraída para fazer frente à *economia doméstica* (que abrange alimentação, vestuário, lazer etc), que, por lei, obriga solidariamente ambos os cônjuges, conforme o preceito dos arts. 1.643 e 1.644, Código Civil, já examinados[109]. Ambos são devedores e responsáveis solidários por força de lei.

Segue-se, assim, o sistema examinado no item precedente: o bem do cônjuge do executado, seja ele particular, seja ele pertencente à sua meação, responde pela dívida, basicamente nos casos de solidariedade legal, decorrente de dívida contraída a bem da família ou proveniente de ato ilícito, que também beneficiou a família.

Em desfecho, regra derradeira. Num regime de comunhão parcial, as dívidas contraídas por um cônjuge no exercício da administração do patrimônio comum sujeitam não só bens comuns, como também bens particulares do cônjuge que os administra e os do outro em razão do proveito que houvera auferido (artigo 1663, §1º, Código Civil).

4.1.4. Dos bens reservados

O Código Civil de 2002 nada dispõe sobre os "bens reservados" da mulher casada, nem sobre o produto do seu trabalho. E torna, neste particular, sem aplicação o trecho do inciso IV do art. 592 que a eles se refere. Não há mais que se falar nesta modalidade de bens.

---

108. Tudo isso, à luz da ressalva do art. 1.669, Código Civil, que torna comuns os frutos de bens incomunicáveis.
109. Conferir, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 368 e 369.

O Código Civil/1916, art. 263, XII, inseria no rol de bens excluídos da comunhão universal os "bens reservados da mulher", adquiridos com seus próprios recursos financeiros e tidos como de sua exclusiva propriedade. Eram categoria à parte criada em benefício da mulher que, na forma do art. 3º do Estatuto da Mulher Casada e do artigo 246, parágrafo único, Código Civil/1916, *não respondiam pelo débito do marido, salvo se assumido em proveito da família*, o que alcança aqueles relativos à economia doméstica (art. 1.643 e 1.644, Código Civil).

Ocorre que todos esses dispositivos, referentes aos bens reservados da mulher, já não haviam sido recepcionados pelo art. 226, §5º, da Constituição Federal, que estabelece a igualdade formal dos cônjuges no casamento, e, exatamente por isso, não foram reproduzidos no Código Civil de 2002.

O bem reservado da mulher desapareceu com a máxima da igualdade constitucional. Não seria mais legítimo tornar incomunicáveis e reservados bens adquiridos com recursos advindos do trabalho feminino, tornando-os exclusivamente seus. Até porque, em homenagem a isonomia, ter-se-ia que estender o mesmo benefício ao cônjuge-varão, o que acabaria reduzindo qualquer regime de bens ao da separação absoluta, todos os bens seriam reservados ao seu titular[110].

4.1.5. Da penhora de bens do cônjuge. Mecanismo de defesa.

Independentemente do regime de bens do casal ou da natureza do bem constrito (reservado, particular ou de meação), sempre que a penhora recair sobre imóvel o cônjuge do executado deverá ser intimado (art. 655, § 2º, CPC[111]).

Feita intimação do cônjuge do executado, tem ele duas opções de defesa.

A *primeira* é impugnação/embargos de executado, meio de defesa típico no procedimento executivo. Cabe quando o consorte reconhece que seus bens (próprios ou de sua meação) respondem pela dívida, mas pretende discutir a própria dívida e a forma de sua execução.

A *segunda* é os embargos de terceiro (art. 1.046, § 3º, CPC). Cabem quando o consorte acredita que seus bens (próprios ou de sua meação) não respondem pela execução; visam, pois, excluir a constrição a eles imposta, único caso em que se comportará, de fato, como responsável secundário[112].

Vejam, então, que, ainda que intimado da penhora, o cônjuge pode apresentar embargos de terceiro; tudo depende do seu objetivo – questionar a dívida e sua execução ou questionar a sujeição dos seus bens à execução.

---

110. MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges", cit., p. 182 e 183. Araken de Assis, em sentido contrário, entende que a Constituição Federal de 88 não aboliu essa classe de bens (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 214).

111. § 2º do art. 655 do CPC: "Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado".

112. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O Responsável Executivo Secundário*. São Paulo: Quartier Lantin, 2006, p. 211.

A orientação jurisprudencial, já consolidada, tornou-se definitiva com o n. 134 da súmula do STJ: "Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação"[113].

O cônjuge possui, assim, dupla legitimidade, podendo valer-se de embargos/impugnação de executado ou de embargos de terceiro, a depender de suas necessidades[114].

A regra parece estender-se à união estável que, por força do art. 1.725, Código Civil[115], rege-se, salvo contrato escrito em sentido diverso, pelo regime da comunhão parcial. Nesse caso, qualquer controvérsia acerca da existência da união estável deve ser resolvida incidentalmente, na própria execução[116].

Utilizados embargos de terceiro para excluir a meação do cônjuge ou companheiro, entende-se que deve ser excluída a meação de cada bem e, não, da totalidade do patrimônio[117]. Se algum bem for indivisível, deve ser penhorado e alienado, entregando-se ao cônjuge meeiro metade do valor obtido, orientação predominante[118], que acabou prevalecendo na última reforma processual, com a inclusão do art. 655-B do CPC: "Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem".

4.2. Bens do sócio, nos termos da lei (art. 592, II, e art. 596, CPC)

As sociedades têm personalidade jurídica própria, que não se confunde com aquela dos seus sócios/acionistas (art. 20, Código Civil de 1916). Assim, em regra, respondem pelas obrigações sociais com seu próprio patrimônio, e não com o dos seus instituidores.

Mas existem exceções a essa regra.

A primeira exceção diz respeito à "sociedade em comum" (sociedade irregular, de fato ou a não-personificada)[119]. Tratando-se de sociedade em comum (art. 986, Código Civil),

---

113. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 84; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 456; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 97; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 1.201 e 1.202; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 270 e 271.

114. Deve ser tolerante o juiz, no entanto, se a defesa da meação se der por embargos/impugnação de executado. Em nome da instrumentalidade das formas, deve ser recebido como embargos de terceiro. E o mesmo deve ocorrer na situação inversa (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 271).

115. Art. 1.725 do Código Civil: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

116. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 1202 e 1203.

117. Assim, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 454.

118. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 454.

119. "A distinção entre sociedade irregular e sociedade não personificada consiste em que essa é uma sociedade regularmente constituída, mas ainda não inscrita no registro de pessoas jurídicas, enquanto aquela é sociedade em que seu ato constitutivo não pode ser registrado por vício insanável. Difere ainda da chamada sociedade de fato, uma vez que essa se caracteriza por não ter natureza jurídica, mas, por ser

todos os sócios respondem pessoalmente, de forma solidária e ilimitada, pelas obrigações sociais (art. 990, Código Civil[120]).

A segunda exceção diz respeito às sociedades regularmente constituídas, mas cuja personalidade jurídica e o respectivo patrimônio autônomo são utilizados pelos seus sócios, de forma abusiva ou fraudulenta, para satisfazer seus interesses ou obter vantagens particulares. Beneficiam-se à custa de terceiros, o que justifica que se desconsidere a pessoa jurídica, para responsabilizar pessoalmente o sócio que obteve o benefício indevido. É teoria da desconsideração da pessoa jurídica, consagrada no artigo 50 do Código Civil[121], a ser adiante mais bem examinada. Nesse caso, a obrigação é considerada como se fosse do sócio, e não da sociedade empresária.

Há, ainda, uma terceira situação excepcional. Em determinados tipos de sociedade, por imposição legal, o patrimônio pessoal dos sócios responde pelas obrigações sociais, independentemente de desconsideração da pessoa jurídica.

> Existem muitos exemplos de responsabilidade direta do sócio, que prescinde e dispensa a aplicação da teoria da desconsideração. Mas essa responsabilização, que é, invariavelmente, subsidiária (só na ausência de patrimônio da sociedade, cf. 596, CPC), opera-se em graus distintos, considerando o tipo de sociedade[122]:
>
> *a*) na *sociedade cooperativa*, segue-se o art. 1.095, §§ 1º e 2º, Código Civil[123];
>
> *b*) na *sociedade simples* (sem caráter empresarial), a responsabilidade do sócio depende de previsão no ato constitutivo (arts. 1.023[124] e 997, VIII,[125] do Código Civil);
>
> c) na *sociedade em nome coletivo*, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.039, Código Civil[126]);

---

grupo de pessoas que, embora desenvolvam atividade com objetivo comum, não têm intenção de sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.)

120. Art. 990 do Código Civil: "Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade".

121. Art. 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

122. Conferir, sobre o tema, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O Responsável Executivo Secundário*. São Paulo: Quartier Lantin, 2006, p. 197 ss.

123. Art. 1.095 do Código Civil: "Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada. § 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações. § 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais".

124. Art. 1.023 do Código Civil: "Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária".

125. Art. 997 do Código Civil: "A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais".

126. Art. 1.039 do Código Civil: "Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. Sem

d) na *sociedade em comandita simples*, os comanditados respondem solidária e ilimitadamente, mas os comanditários só se obrigam pelo valor de sua quota (art. 1.045, Código Civil[127]);

e) na *sociedade limitada*, a responsabilidade do sócio é limitada ao valor de sua quota e não-solidária, pois só responde pela parcela do capital que integralizou. Mas, enquanto o capital não for totalmente integralizado, os sócios respondem solidariamente pelo que falta para complementá-lo – para inteirar o capital subscrito (art. 1.052 do Código Civil)[128];

f) nas *sociedades anônimas*, cada sócio/acionista só se obriga pelo "preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir" (art. 1.088, Código Civil). O acionista comum

---

prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um".

127. Art. 1.045 do Código Civil: "Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota. Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários".

128. Em razão da importância do tema, convém apontar a divergência doutrinária que surgiu, após a edição do Código Civil, sobre a responsabilidade do sócio que não integralizou as cotas sociais na sociedade limitada (art. 1.052 do Código Civil). Se o sócio tiver integralizado sua participação no capital social, não será chamado para responder por dívidas negociais da sociedade. O sócio pode ser responsabilizado se qualquer um dos demais não tiver integralizado sua parcela no capital social: o valor do capital social subscrito e não-integralizado é o limite da responsabilidade do sócio na sociedade limitada. A dúvida é a seguinte: qualquer credor pode exigir a responsabilidade do sócio, mesmo em execução individual, ou esta legitimação é exclusiva da massa falida, portanto, em execução coletiva? MODESTO CARVALHOSA defende que qualquer credor pode exigir a responsabilidade do sócio pelo capital subscrito e não-integralizado. Verificadas a insuficiência dos bens da sociedade e a não-integralização do capital, os bens dos sócios poderiam responder pela dívida social, dentro daquele limite, mesmo em execução singular. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 13-15. Cf., ainda, com a mesma opinião: LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 202-203; CAMPINHO, Sérgio. *O direito da empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142-143). FÁBIO ULHOA COELHO trilha outro caminho, com argumentos bem impressionantes. Parte da premissa de que a responsabilidade do sócio, na sociedade limitada, é sempre subsidiária. Assim, antes de atacar o patrimônio dos sócios numa demanda executiva, é necessário que constate a ausência de bens sociais bastantes para "cobertura" daquele passivo. Trata-se, como afirma, de questão atinente ao direito falimentar. Ora, se a sociedade não tem bens suficientes para pagar o débito, encontra-se em estado jurídico de insolvência; impõe-se, então, a decretação da falência, com lastro no art. 2º, I, da Lei Falimentar. Constatada, posteriormente, a ausência da integralização por parte de um, alguns ou todos os sócios, o síndico deverá aforar a denominada "ação de integralização" do art. 50 da Lei Falimentar em face de qualquer um dos sócios (ou de alguns, ou, quiçá, de todos), para que este realize as entradas as quais estava compelido. Seria o único meio processual existente para impor aos sócios da sociedade limitada a responsabilidade pelo capital social subscrito e não integralizado. Nenhum credor individualmente poderia pretender a responsabilização do sócio, eis que o direito caberia exclusivamente ao concurso de credores. Se permitisse a execução em face do sócio, para atacar o patrimônio deste na quantidade faltante de integralização, estar-se-ia privilegiando este credor em detrimento dos demais, o que macularia princípios comezinhos do concurso de credores. É fundamental, segundo esta concepção, que a massa falida obtenha título executivo contra o sócio. Sucede que, "realizada a constrição judicial, suspende-se essa execução, no aguardo do desenvolvimento do processo falimentar", pois, em razão da subsidiariedade, a venda judicial dos bens dos sócios não pode ser realizada antes da completa realização do ativo da sociedade falida. (COELHO, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-18).

não se responsabiliza por dívida da pessoa jurídica. Mas acionistas controladores e diretores podem responder com seu próprio patrimônio, desde verificadas circunstâncias legais (art. 117 e art. 158, I e II, ambos da Lei n. 6.404/1976).

g) na *sociedade em comandita por ações*, aplicam-se regras da sociedade anônima, com as ressalvas do art. 1.091, CC/2002;

h) na *sociedade em conta de participação*, não há responsabilidade secundária e subsidiária dos sócios. Ambos respondem primariamente pelas dívidas por si contraídas: o *sócio ostensivo*, pelas dívidas que contraiu com terceiros; o *sócio oculto* responde por dívida própria, assumida perante o sócio ostensivo, no ato constitutivo.

i) na sociedade de advogados, segue-se o art. 17 da Lei Federal n. 8.906/1994[129].

A partir deste sistema normativo, o inciso II do art. 592 do CPC determina que bens do sócio podem ser executados, por dívidas da sociedade, na forma da lei civil e do respectivo ato constitutivo.

Atribui-se responsabilidade patrimonial direta ao sócio, nas hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica. Trata-se de regra processual "em branco", pois remete ao regramento do tema pelo Direito material.

Nada tem a ver esse inciso com a aplicação da *desconsideração da personalidade jurídica*, que é uma sanção aplicada ao sócio, uma vez verificada a ocorrência de ilícitos que a autorizem (art. 50 do CC, por exemplo)[130-131]. A responsabilidade do sócio pela dívida da sociedade, a partir da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, será examinada mais à frente.

O art. 596 do CPC, por sua vez, estabelece um *benefício de ordem* para o sócio (*beneficium excussionis personalis*) que vê seus bens submetidos à execução, nos seguintes termos: "Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a

---

129. Art. 17 da Lei n. 8.906/1994: "Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer".

130. Discorda ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 206.

131. "Na verdade, não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando pela lei já existe uma previsão expressa de responsabilidade direta do sócio. Em tal caso, a obrigação é originariamente do sócio, mesmo que tenha praticado o ato na gestão social. A teoria da *disregard* não foi concebida visando a esse tipo de responsabilidade solidária ou direta, mas para aqueles casos em que a pessoa jurídica se apresenta como um obstáculo a ocultar os verdadeiros sujeitos do ato fraudulentamente praticado em nome da sociedade, mas em proveito pessoal do sócio. Se o sócio ou controlador, pelos atos de gestão, se apresentam, por regra legal, como responsáveis pelo prejuízo acarretado à pessoa jurídica ou a terceiros, não há lugar para desconsideração alguma. Justamente por se considerar a personalidade da sociedade é que ela poderá cobrar a indenização do prejuízo que lhe causou o mau administrador. (...) Para se cogitar da desconsideração é preciso que o sócio não possa ser alcançado senão 'afastando-se o véu' da personalidade jurídica. O negócio tem de ser camuflado de tal modo que não se chegue ordinariamente à responsabilidade do sócio" (THEODORO Jr., Humberto. "Partes e terceiros na execução". *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266).

exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade". Também assim, o art. 1.024, Código Civil: "Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais". Daí se constata que a responsabilidade da sociedade é principal e a dos sócios, subsidiária. Só na ausência de bens da sociedade, é possível partir-se para o patrimônio particular de seu sócio[132]. Relembre-se, porém, que, na sociedade em comum, o sócio que contratou em nome da sociedade não tem esse benefício de ordem (art. 990 do Código Civil).

> Alguns esclarecimentos de direito material.
>
> Quando se diz que a responsabilidade do sócio é subsidiária, é no sentido de que se segue à responsabilidade da própria sociedade[133].
>
> Quando se fala em limitação da responsabilidade, referimo-nos à responsabilidade subsidiária. Nos casos previstos em lei, os sócios respondem pelas obrigações sociais, subsidiariamente, de forma limitada (como na sociedade limitada[134] e a anônima[135]) ou ilimitada (como ocorre com a sociedade em nome coletivo e com o sócio comanditado na sociedade em comandita simples)[136].

Mas os atos executivos só poderão ser "redirecionados" para o patrimônio do sócio, mediante contraditório prévio. O STF, em orientação seguida pelo STJ, entende que o sócio deve ser citado, preliminarmente, em nome próprio, da responsabilidade que lhe foi imposta. E como parte, deverá defender-se por impugnação/embargos de executado, não havendo que se falar em embargos de terceiro[137], salvo se, não-citado, usar os embargos de terceiro, que devem ser admitidos, ao menos em nome da instrumentalidade das formas[138].

O § 1º do art. 596[139] complementa a regra, dispondo que cumpre ao próprio sócio, devidamente citado, alegar este benefício (*beneficium excussionis personalis*) e nomear bens da sociedade, situados na mesma comarca (livres e desembaraçados) e suficientes para pagar a dívida.

---

132. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 447 e 448.
133. Quando a lei diz que é solidária a responsabilidade dos sócios refere-se à relação entre eles. É o que ocorre, por exemplo, na sociedade em nome coletivo (art. 1.039, do Código Civil), na sociedade em comandita simples, para os comanditados (art. 1.045, do Código Civil) etc. Isto é, se um sócio descumpre a obrigação, ela poderá ser exigida dos demais solidariamente, na forma da lei.
134. Os sócios respondem até o limite do *total* do capital social não-integralizado.
135. O acionista responderá até o limite do valor não-integralizado da parte do capital social que ele subscreveu.
136. Já a responsabilidade pessoal da sociedade por suas obrigações, bem como a responsabilidade pessoal do sócio por seus atos, é ilimitada. *Toda a responsabilidade pessoal é ilimitada.*
137. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 267. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 491 e 492. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 208.
138. STJ, 1ª T., REsp n. 75.337/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 04.12.1995, publicado no DJ de 04.03.1996, p. 5.379.
139. § 1º do art. 596 do CPC: "Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito".

A lei refere-se a bens localizados na mesma comarca; se a sociedade não possui bens no local da execução, não parece justo prejudicar o credor com a demora inerente à busca de bens sociais penhoráveis em outra comarca. "O privilégio concedido ao sócio não pode ir ao ponto de complicar o credor. A situação de ordem prática deve prevalecer sobre a abstração de ordem legal entre sociedade e seus sócios"[140].

> É possível, porém, fazer uma atualização dessa regra. Atualmente, permite-se que a penhora de um imóvel seja feita "à distância", sem necessidade de expedição de carta precatória, desde que seja apresentada a certidão da respectiva matrícula (art. 659, IV, CPC). Não há mais as delongas do cumprimento de uma carta precatória. É lícito admitir que se o sócio indicar bem imóvel da sociedade localizado em outra comarca, apresentando de logo a certidão da respectiva matrícula, ser-lhe-á deferido o benefício de ordem. O objetivo da regra do § 1º do art. 596 do CPC é proteger o credor, como se disse. Se a penhora do imóvel será feita por termo do escrivão, como permite o inciso IV do art. 659, não há qualquer embaraço adicional à efetividade do direito do exeqüente, devendo-se proteger, assim, o direito do sócio à ordem na execução. Trata-se de interpretação em conformidade com o princípio da menor onerosidade da execução (art. 620, CPC).

Vê-se, ademais, que o dito benefício enquadra-se como exceção, matéria de defesa que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz e que deve ser argüida pelo sócio na primeira oportunidade que falar nos autos, sob pena de preclusão e renúncia tácita da prerrogativa. O benefício de ordem é instituído por norma dispositiva e é, por isso, *renunciável*[141] (tácita ou expressamente). Nada impede que o sócio indique bem de sua propriedade à penhora, quando ocorrerá a preclusão lógica do seu direito de invocar o benefício, em respeito ao princípio da boa-fé processual.

Junto a isso, o artigo 596, § 2º[142], garante que o sócio cujos bens vierem a responder pela execução, pagando a dívida, possa executar a sociedade devedora nos mesmos autos, estendendo-lhe benefício previsto para o fiador no art. 595, parágrafo único[143]. Isso porque o sócio, cumprindo a obrigação, se sub-roga no lugar do credor.

> Tratando-se de sociedade em comum (sociedade irregular, de fato ou não-personificada), vimos, todos sócios respondem primariamente, de forma solidária e ilimitada, sendo *excluído do benefício de ordem* aquele que contratou pela sociedade (art. 990, Código Civil).

O *benefício de ordem*, mencionado no art. 596 do CPC, aplica-se aos casos em que o sócio, juntamente com a pessoa jurídica, é também responsável pela obrigação, limitada ou ilimitadamente (592, II, CPC). Nesses casos, uma vez executado o sócio, que é responsável, poderá ele requerer primeiro sejam executados os bens da sociedade para

---

140. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 492.
141. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11. ed., cit., p. 208.
142. § 2º do art. 596 do CPC: "Aplica-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior".
143. Art. 595 do CPC: "O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor. Parágrafo único. O fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo".

que, só então, em caso de insucesso na satisfação do crédito, sejam os seus bens próprios sujeitos à execução.

É impertinente discutir *benefício de ordem* (art. 596 do CPC) na *desconsideração da personalidade jurídica*[144-145]. É irrelevante que a pessoa jurídica tenha ou não bens passíveis de ser executados. Na *desconsideração*, reputa-se o ato praticado pelo sócio, ou outra sociedade do mesmo grupo, que deverá responder, isoladamente, pela obrigação.

A relação entre a *desconsideração da personalidade jurídica* e a *responsabilidade patrimonial do sócio* será examinada no item seguinte.

4.3. *Desconsideração da personalidade jurídica* e seus aspectos processuais

4.3.1. Premissa constitucional

O art. 50 do Código Civil consagrou a teoria da *desconsideração da personalidade jurídica*, nos seguintes termos: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas".

O desvio da finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial (entre os bens dos sócios e os bens da sociedade; adota-se a concepção objetiva apregoada por FÁBIO KONDER COMPARATO[146]) são os pressupostos de aplicação da *disregard doctrine*.

> CALIXTO SALOMÃO FILHO explica o critério da confusão patrimonial: "A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem em forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas. Com relação a primeiro caso (confusão de denominação), pode-se mencionar o emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade controlada. (...) Já os demais modos de identificação da confusão de esferas baseiam-se sobretudo em critérios formais, como a existência de administração e contabilidade separadas entre sócio e sociedade"[147] CALIXTO SALOMÃO FILHO dá outros exemplos, além da confusão das esferas, de situações em que se admite a desconsideração. a) *Subcapitalização qualificada*: ocorre quando o "capital social é claramente insuficiente

144. Dando a mesma aplicação a regra, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 203; MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges", cit., p. 194 e 195.

145. Discorda-se, assim, do posicionamento de Gilberto Gomes Bruschi, para quem, na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, deve ser observado o disposto no art. 596 do CPC (*Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 93-94). Também adotam o pensamento de Gilberto Gomes Bruschi, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. cit., p. 257; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, t. 2, cit., p. 60 e 61.

146. COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 343.

147. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 90.

> ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e, conseqüentemente, o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade". b) *Abuso de forma*, que pode ser *individual*, que se verifica quando "há a utilização da personalidade jurídica com o objetivo específico de causar dano a terceiro", hipótese em que apenas este terceiro está legitimado a pleitear a desconsideração, ou *institucional*, que se caracteriza "por uma utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função... e tem como característica diferencial o fato de implicar a possibilidade de desconsideração a favor de qualquer credor"[148]

Na verdade, quer-se, com essa técnica, impedir a utilização fraudulenta da pessoa jurídica. FÁBIO ULHOA COELHO bem sintetiza a questão: haverá propósito fraudulento sempre que, encoberto pela "máscara" da pessoa jurídica, o sócio vise a prejudicar interesse de terceiros, em nome de anseios próprios.[149]

Consagrado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, cumpre ao Direito Processual, então, criar os mecanismos para efetivá-lo. É preciso, portanto, *processualizá-lo*. Mas não sem antes fincar algumas premissas teóricas sobre o tema.

A exploração da atividade econômica, pela via empresarial, é manifestação do direito de propriedade. "A jurisprudência alemã reconhece que o 'direito ao exercício de uma exploração empresarial organizada' constitui objeto da garantia constitucional da propriedade"[150].

A personalidade jurídica das sociedades é instrumento fundamental para a chamada iniciativa privada, realizando importantíssimo papel na propulsão da atividade econômica – na verdade, o sistema de apropriação privada dos bens de produção, como o nosso, se organiza fundamentalmente em empresas. É possível, assim, relacionarmos o princípio da livre iniciativa (parágrafo único do art. 170, CF/88) com o também princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5°, XXIII e art. 170, III). É possível falar, portanto, em *função social da pessoa jurídica empresária*, corolário da *função social da propriedade*, o que acaba por demonstrar a relação existente entre esses dois princípios constitucionais.

Para continuar a análise, torna-se fundamental estabelecer a distinção entre *bens de produção* e *bens de consumo*. No atual contexto histórico, em que a vida social se orienta para a produção e distribuição de bens em massa, essa distinção assume grande relevância.[151] Esta classificação se funda na destinação que se lhes dê, e não na sua natureza ou consistência: instrumento de produção ou coisa consumível.[152] Prossegue KONDER COMPARATO: "Especificamente no tocante aos bens de produção, a propriedade, no sentido que

148. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 90-91.
149. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 31-56.
150. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 139, nota 25.
151. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção". *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.
152. Sobre o assunto, mais longamente, COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção". cit., p. 29-31.

resulta da norma do art. 524 do Código Civil, veio a ser profusamente confundida com o poder de controle empresarial. Mas a partir do momento em que a empresa é criada, com a organização do trabalho alheio, já não há confundir o direito absoluto sobre o capital com o poder de organização e comando das forças produtivas."[153]

Nem sempre o proprietário da empresa coincide com o controlador; nem sempre o controlador é quem tem maioria do capital etc. As figuras de controlador e proprietário são distintas. Conclui, mais adiante, COMPARATO: "...em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos".[154]

FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES posicionou-se no sentido de que a personalidade jurídica (das sociedades empresariais) é manifestação do direito de propriedade, devendo, da mesma maneira, obedecer à sua função social.[155]

Subjacente à finalidade da sociedade, está a vontade de seus membros, que, depois de fixada em forma de objeto nos estatutos de constituição, ganha autonomia e independência com relação à vontade daqueles que a compõem. Os membros da sociedade recebem os frutos do resultado da atividade desenvolvida pelo ente personalizado, e como a propriedade significa o direito de usufruir, dispor e gozar de algo, a empresa ou sociedade é para seus membros um bem por meio do qual se exercem esses direitos. O bem jurídico constitui-se justamente na possibilidade de revestir de personalidade jurídica a concretização de vontades individuais, acompanhada de todos os apetrechos necessários para a sua consecução, bem como a autonomia patrimonial que daí surge e a limitação da responsabilidade dos sócios, fundamentais para incentivar o desenvolvimento da atividade econômica. O objeto da propriedade é a cota social – que confere ao sócio duas espécies de direito: uma patrimonial, relativa ao crédito; outra pessoal, relativa ao *status* de sócio[156].

---

153. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção", cit., p. 32. O autor refere-se ao Código Civil de 1916; atualmente, a referência seria ao art. 1.228 do Código Civil de 2002.
154. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção", cit., p. 34.
155. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.
156. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 29-30. Ainda: "Deve, porém, ter-se presente que a pessoa jurídica é instrumental. Sua reconhecida autonomia não a transfortna num ente abstrato e totalmente alheio às pessoas dos sócios. Basta verificar que, pertencendo aos sócios tanto o capital quanto os frutos do capital, o patrimônio da pessoa jurídica é, através da ação ou quota social, expressão também do patrimônio dos sócios". (AMARO, Luciano. "Desconsideração da pessoa jurídica no CDC". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 5, p. 169.) Mais uma vez FÁBIO KONDER COMPARATO, em seu clássico livre sobre o poder de controle: "Ora, não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina de interesses dos homens que as compõem, *uomini nati da ventre di donna*, como enfatizava. Toda e qualquer hipóstase, aí, é de rejeitar-se. A esse respeito, Ascarelli relembra a as conhecida interpretação da sociedade como um contrato plurilateral e afirma que as ações em que se divide o capital de

É com base nessa função social da sociedade empresarial que floresceu a *teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, como forma de evitar os abusos que se vinham cometendo com as manipulações do instituto da pessoa jurídica – basta que se verifiquem as hipóteses clássicas que autorizavam o manejo desta técnica de responsabilização patrimonial dos sócios (abuso e fraude). Também com base nisso é que se pode analisar a técnica da *despersonalização*, mais radical, que implica a própria dissolução da entidade ou da cassação da autorização para o seu funcionamento.[157]

JOSÉ AFONSO DA SILVA, após asseverar que a função social aplica-se a todas as espécies de propriedade, afirma que, correlacionando este princípio com o princípio da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF/88), a defesa do consumidor (art. 170, V, CF/88), a defesa do meio-ambiente (art. 170, VI, CF/88), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF/88), tem configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, "especialmente imputada à empresa pela que se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial". Conclui, mais adiante: "...a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica."[158]

EROS ROBERTO GRAU examina o problema de outra forma, embora chegue a conclusões semelhantes. Assevera que a disciplina da propriedade é elemento que se insere no processo produtivo, e que este particular enfoque pertine unicamente aos bens de produção. Isto leva a que se delineie um novo perfil do direito de propriedade: a fase dinâmica. E como os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, visualiza-se o fenômeno como *função social da empresa*[159].

A pessoa jurídica é, portanto, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina[160]. A pessoa jurídica é técnica criada para o exercício da atividade econô-

---

uma sociedade anônima nada mais são do que 'bens de segundo grau'". (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 267-268).

157. "Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto". (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na sociedade anônima*, cit., p. 283.)

158. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 745.

159. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 267-268.

160. "Trata-se de uma técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade*

mica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada *função social da pessoa jurídica* (*função social da empresa*) é corolário da função social da propriedade, já tão estudada e expressamente prevista na Constituição Federal.

O estudo da *desconsideração da personalidade jurídica*, portanto, deve iniciar-se desta premissa: é indispensável a análise funcional do instituto da pessoa jurídica, a partir da análise também funcional do direito de propriedade, para que se possa compreender corretamente a *desconsideração*, que, em teoria geral do direito, é *sanção* aplicada a ato ilícito (no caso, a utilização abusiva da personalidade jurídica).

Eis, portanto, a *premissa constitucional* da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*.

4.3.2. Noção

Há situações em que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio da sua função. Não raras vezes, surgem notícias de utilização indevida do *ente moral* para fins de locupletamento pessoal dos sócios, ocultos pela aparente licitude da conduta da sociedade empresária.

É preciso admitir que, nesses casos, assim como o direito reconhece a autonomia da pessoa jurídica e a conseqüente limitação da responsabilidade que ela invoca, a própria ordem jurídica deve encarregar-se de cercear os possíveis abusos, restringindo, de um lado, a autonomia e, do outro, a limitação. É nesse cenário, portanto, que desponta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando corrigir essa eventual falha do direito positivo. Trata-se, pois, de uma sanção à prática de um ato ilícito.

> É como diz o pioneiro RUBENS REQUIÃO: "Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso" [161].

A *teoria da desconsideração* não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica – trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída[162].

Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987, p. 49).

161. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 410, p. 15.

162. Ainda RUBENS REQUIÃO: "O mais curioso é que a 'disregard doctrine' não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos". ("Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)", cit., p. 14)

Cumpre alertar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pretende destruir o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e de seus sócios, mas, contrariamente, servir como mola propulsora da *funcionalização da pessoa jurídica*, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. "Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico. Nesse sentido, a desconsideração é um eficaz antídoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social. (...) De outro lado, a desconsideração não influi sobre a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé"[163].

É importante frisar, curiosamente, que a aplicação da *teoria da desconsideração* pressupõe a prática de atos aparentemente lícitos (ao menos aparentemente). Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica. Como visto, o método da desconsideração caracteriza-se por ser ela casuística/episódica[164].

Enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito; torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador: se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração. A personalidade jurídica é desconsiderada quando não se puder imputar diretamente o ato fraudulento ao sócio; o ato era aparentemente lícito.

Não se deve falar em *desconsideração da personalidade jurídica* quando o sócio já for responsável pela dívida societária, de acordo com o regime de responsabilidade patrimonial do tipo de sociedade de que faz parte (limitada ou ilimitada, por exemplo), como já visto no item anterior, em comentários ao art. 592, II[165]

Além disso, não cabe discutir *benefício de ordem* (art. 596 do CPC) na desconsideração da personalidade jurídica, como visto acima. Não importa se a pessoa jurídica tenha ou não bens passíveis de ser executados. O sócio responde sozinho.

Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à desconsideração da personalidade jurídica. O cerne da questão é o seguinte: é possível desconsiderar a existência da pessoa jurídica sem prévia atividade cognitiva do magistrado, de que participem os sócios ou outra sociedade empresária, em contraditório? A resposta é negativa: não se pode admitir aplicação de sanção sem contraditório.

---

163. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 109.
164. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 108.
165. Adotamos, como se percebe, a concepção de FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 42-43.

A despeito da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema – alguns se mostram mais flexíveis quanto à exigência de citação dos sócios na etapa de certificação –, adota-se a posição de FÁBIO ULHOA COELHO[166], para quem, inexoravelmente, deve o membro da sociedade ser citado, já na fase de conhecimento, haja vista ser o entendimento mais afinado à segurança no processo[167]. A garantia do contraditório é um direito fundamental e, nessa condição, qualquer questão que envolva a possibilidade de sua mitigação ou eliminação deve ser vista com muita reserva.

O sócio, ou a sociedade (em caso de grupo de empresas), pode ser chamado em *litisconsórcio eventual* com a pessoa jurídica devedora. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aborda o tema:

> "Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. Igualmente na Itália pouco se escreveu a respeito, existindo algumas manifestações no direito alemão. Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289 do Código de Processo Civil (cúmulo eventual), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (cúmulo alternativo)?"[168].

O CPC autoriza que se formulem mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, em não o sendo o primeiro. É a chamada cumulação eventual ou subsidiária, concretizada no artigo 289 deste diploma legal. Em assim sendo, repita-se a pergunta de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289, do Código de Processo Civil?

A resposta é positiva. O *litisconsórcio eventual*, aplicado à hipótese em comento, permite atacar o patrimônio pessoal dos sócios, apenas e tão-somente, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica. Ora, na medida em que se poderá *desconsiderar* a personalidade jurídica de uma sociedade empresária – e, conseqüentemente, se instaurando a busca no patrimônio de seus sócios de bens para a satisfação da obrigação –, nada mais razoável, assim, que sejam citados, *ab ovo*, os sócios, ou outra sociedade do mesmo grupo, já que, com a desconsideração, poderão ser tomadas

166. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 54-56. Também assim, SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167 e segs.

167. A propósito, observe-se o que preconiza o ilustre professor: "...será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja participação se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria) seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor)". (*Curso de Direito Comercial*, cit., p. 56.)

168. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 390-391.

medidas que acarretem a excussão dos seus patrimônios para a satisfação das pretensões de direito material postas em juízo[169].

Admite-se como lícita, também, a citação do sócio *já no processo de execução*, desde que se instaure um *incidente cognitivo* – o que não é raro nem esdrúxulo, basta ver o exemplo do *concurso de credores* – no procedimento executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa.[170] Não é necessária a instauração de um processo de conhecimento com esse objetivo; o que se impõe é a existência de uma fase cognitiva, mesmo incidente, de modo que o contraditório possa ser exercitado.

Observe-se o enunciado n. 268 da súmula da jurisprudência dominante do STJ: "O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado". Ora, se o fiador, que é responsável contratual, precisa participar do processo de conhecimento, quanto mais o sócio, que não responde ordinariamente pelas dívidas da sociedade.

Cabe, porém, uma observação.

Se a *desconsideração por incidente* ocorrer em execução de título judicial, tendo em vista que o sócio/sociedade não participou do processo de conhecimento, a ele será permitido formular defesa ampla, podendo rediscutir a existência da dívida. Esse embaraço deve ser evitado. Por isso, reafirma-se o litisconsórcio eventual como uma solução dogmática aceitável para esse problema. Se ocorrer em execução fundada em título extrajudicial, a defesa do sócio/sociedade será ampla, como já o é, nesta circunstância, a defesa de qualquer executado (art. 745 do CPC).

GILBERTO BRUSCHI, que segue a corrente que reputa desnecessária a prévia instauração do contraditório, vale-se de argumento por analogia, para fundamentar o seu posicionamento. Afirma o autor que, assim como a ineficácia relativa da alienação do bem em *fraude à execução* pode ser decretada por simples decisão nos autos, a *desconsideração* também poderia sê-lo, dispensado o processo autônomo de conhecimento com esse objetivo[171]. O argumento não convence, ao contrário: reforça a postura aqui defendida, notadamente

---

169. É o que pensam, também, ALBERTON, Genacéia da Silva. "A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 7, p. 25-26; GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147; SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 172-176; FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 184-185.

170. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova". *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 2, p. 1.198.

171. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 91-92.

porque a doutrina e a jurisprudência já vêm exigindo a integração do terceiro adquirente ao contraditório, ensejando-lhe a oportunidade de defender os seus interesses, até porque para a configuração da fraude à execução exige-se o conhecimento do terceiro-adquirente acerca da pendência da ação executiva[172].

O mesmo autor, porém, defende a criação (*de lege ferenda*) de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução, de modo a viabilizar o contraditório (10 dias, por analogia ao art. 392 do CPC)[173]. Discorda-se do autor em apenas três pontos, que não são essenciais: a) o incidente faria parte do processo de execução; não seria um processo autônomo, como afirma; b) em razão disso, o *sócio* ou *sociedade empresária* tornar-se-iam partes do processo de execução; c) a decisão judicial que resolvesse o incidente seria uma decisão interlocutória, pois não encerraria o processo, e não uma sentença, como afirma[174].

Pois bem.

Seja pelo litisconsórcio eventual, seja pela instauração de um incidente cognitivo no processo de execução, o que importa é dar oportunidade ao debate, não sendo lícita a aplicação da sanção sem o prévio contraditório.

Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa – ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora[175], dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro[176]–, é afrontar princípios processuais básicos.

Nada impede, porém, que o credor solicite a tomada de providência cautelar, como o arresto, que pode ser concedida liminarmente, dês que preenchidos os respectivos pressupostos, como forma de preservar a utilidade/efetividade da prestação jurisdicional.

---

172. THEODORO Jr, Humberto. "A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 84-86, com amplas referências; SOUZA, Gelson Amaro de. "A fraude de execução e o devido processo legal". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Curitiba: Gênesis, 2000, n. 16, p. 272.
173. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 107.
174. Aderiu expressamente a esse entendimento, AMENDOEIRA Jr., Sidnei. "Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica". *Execução civil e cumprimento da sentença*. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura (coords.). São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 573.
175. Com esse posicionamento, aqui rechaçado, MEIRELES, Edilton. "Legitimidade passiva do sócio na execução judicial". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1998, v. 9, p. 460-468; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 78.
176. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 86.

5. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO FIADOR (ART. 595, CPC)[177]

Costuma-se dizer, em doutrina[178], que, em sendo o cumprimento da obrigação garantido por fiador, a obrigação se desdobra em débito e responsabilidade. O devedor principal deve e responde, em caráter primário; e o fiador não deve, mas responde, em caráter secundário.

Não parece ser essa a melhor interpretação da situação. Segundo ANTUNES DE VARELA, a posição do fiador é de devedor e responsável. Ele deve e responde. Só que sua obrigação é acessória: "A fiança destinada a garantir a dívida já existente não pode, por sua vez, ser considerada como um caso de responsabilidade sem débito, mas antes como um caso típico de obrigação acessória. O fiador não é apenas responsável, é também devedor, embora acessoriamente (...)"[179].

É caso, portanto, de responsabilidade primária.

O que chama a atenção, no teor do art. 595 do CPC, que disciplina responsabilidade do fiador, é o benefício de ordem[180] (ou benefício de excussão, *beneficium excussionis*) previsto na legislação civil (art. 827, Código Civil[181]) e confirmado no texto do CPC.

Quando executado o fiador judicial ou extrajudicial (negocial)[182], é dada a ele a prerrogativa de nomear bens livres e desembargados do devedor, na tentativa de deixar a salvo os seus próprios. Mas esta nomeação deve ser feita na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos (art. 827, Código Civil) – na execução de título extrajudicial, por exemplo, no prazo de três dias a contar da sua citação (art. 652 do CPC)[183].

> Ao redigir o artigo 595 do CPC, o legislador demonstra empenho em compatibilizar os interesses do fiador (devedor acessório que é) e do credor (titular do direito a uma tutela efetiva). AMÍLCAR DE CASTRO percebe essa preocupação legislativa, em preservar a equidade e a natureza subsidiária da fiança:

177. Art. 595 do CPC: "O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor. Parágrafo único. O fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo".
178. É lição comum para autores como THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 211; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1756.
179. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 147-151.
180. "Trata-se da ordem das constrições: primeiro, a dos bens do devedor; depois, a dos bens do fiador". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 352.)
181. Art. 827 do Código Civil: "O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. 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".
182. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 352.
183. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 211; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 293.

"Se o fiador assumiu responsabilidade por débito alheio, e por isso mesmo conquanto se obrigasse para com credor, essa sua sujeição processual ficou sendo sempre acessória e subsidiária, surgindo apenas na hipótese de não cumprir o devedor principal a sua obrigação, nada mais justo e equitativo é que tenha a faculdade de exigir que o credor se satisfaça de preferência pelos bens do devedor principal em condições solver a obrigação. Entretanto, não se poderia deixar de ter em consideração também o interesse do credor, e por isso o benefício de excussão se exerce sob certas condições, tendentes a impedir possível prejuízo do exeqüente. Por essa razão, o fiador só pode nomear à penhora bens do devedor desembargados e suficientes"[184].

O Código Civil exigia (art. 1.491, Código Civil de 1916) e exige (art. 827, parágrafo único, Código Civil de 2002) que o fiador, ao exercer o benefício de ordem, indique *bens do devedor* "sitos no mesmo município". Mas o CPC não prevê a mesma exigência. Antes do Código Civil de 2002, muitos processualistas costumavam dizer, que, com o advento do CPC, não mais persistiria a exigência do artigo 1.491, Código Civil de 1916[185]. Agora a dúvida ressurge: é preciso que o fiador indique bens do devedor no mesmo município da execução? O Código Civil de 2002 teria trazido regra que complementa o regramento do tema feito pelo CPC?

Já se viu que, para o sócio, a eficácia do benefício de ordem impõe a nomeação de bens livres da sociedade localizados *na mesma comarca da execução* (art. 596, § 1º, CPC).

Em relação ao benefício de ordem do fiador, o CPC silenciou a respeito, não obstante o Código Civil de 1916 impusesse a mesma exigência ao fiador. Com a edição do Código Civil de 2002, lei posterior ao CPC, parece realmente que tem o fiador de, no exercício do seu benefício de ordem, indicar bens livres do devedor localizados na comarca da execução. O sistema agora fica mais coerente. Não haveria sentido em dar ao fiador, responsável negocial, um tratamento diferenciado em relação ao sócio, que, embora também responsável, muita vez sequer conhece a existência e a origem da dívida da sociedade[186].

Semelhantemente ao que se disse em relação ao sócio, é possível fazer uma atualização dessa regra, em razão da possibilidade de a penhora de imóvel ser feita "à distância", sem necessidade de expedição de carta precatória, desde que seja apresentada a certidão da respectiva matrícula (art. 659, IV, CPC). Pode o fiador indicar bem imóvel (desembaraçado) do devedor localizado em outra comarca, apresentando de logo a certidão da respectiva matrícula. Se assim o fizer, ser-lhe-á deferido o benefício de ordem. Se a penhora do imóvel será feita por termo do escrivão, como permite o inciso IV do art. 659, não há qualquer embaraço adicional à efetividade do direito do exeqüente, devendo-se proteger,

184. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 97.
185. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 98; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 487; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 293.
186. Em sentido diverso, entendendo que, nesse caso, o sistema protege o fiador em detrimento do exeqüente, CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.756.

assim, o direito do fiador à ordem na execução. Trata-se, como já se disse, de interpretação em conformidade com o princípio da menor onerosidade da execução (art. 620, CPC).

O benefício de ordem é renunciável expressamente (art. 828, I, Código Civil). A renúncia expressa é aquela que está prevista no instrumento de contrato de fiança.

Pode-se cogitar em uma espécie de *renúncia tácita* a não argüição do benefício de ordem no primeiro momento que lhe cabe falar nos autos; é exceção cuja não argüição no prazo de lei conduz à preclusão, só sendo dada ao fiador nova oportunidade, em caso de segunda penhora (art. 667 do CPC) ou de reforço da penhora (art. 685 do CPC)[187].

Há outras regras que mitigam ou afastam o *benefício de ordem.*

i) Se os bens do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor (art. 595, CPC), sobretudo se o devedor for insolvente ou falido (artigo 828, III, Código Civil), afasta-se a proteção do patrimônio do fiador. Isto é, caso não bastem os bens do devedor, por qualquer motivo, os bens particulares do fiador responderão pela execução;

Trata-se de espécie de *impenhorabilidade eventual* dos bens do fiador, como se verá no item dedicado à penhora. São casos em que o bem só se torna *penhorável* à falta de outros bens sobre os quais possa incidir a penhora.

Não se trata de uma hipótese de impenhorabilidade relativa – já que podem ser penhorados na execução de qualquer crédito. Trata-se, em verdade, de uma *impenhorabilidade sob condição* ou *uma penhorabilidade eventual.* Os bens do fiador são impenhoráveis, desde que haja outros bens sobre os quais *deva* recair a penhora; diante da falta ou da insuficiência desses outros bens, tornam-se penhoráveis.

ii) Não há benefício de ordem se o fiador prestou a fiança obrigando-se como devedor principal ou solidário (artigo 828, II, Código Civil).

Por fim, o art. 595, parágrafo único, CPC, salienta que o fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos mesmos autos. Pode cobrar regressivamente do devedor o valor por ele adimplido. Neste caso, o fiador se sub-roga nos direitos do credor (art. 831, Código Civil), adquirindo legitimidade ativa superveniente[188], para dar continuidade à execução contra ele. Trata-se de medida de economia processual, que evita um segundo processo de execução para exercício do direito de regresso do fiador contra afiançado[189].

Essa prerrogativa de cobrar regressivamente, nos próprios autos da execução, deve ser estendida ao avalista ou coobrigado cambiário, que, não obstante não tenham direito ao benefício de ordem, pagando a dívida, também se sub-rogam no direito do credor avalizado[190].

---

187. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p 293 e 294.
188. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 400.
189. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 488; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 292.
190. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 211.

6. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESPÓLIO E DOS HERDEIROS (ART. 597 DO CPC[191])

Falecendo o devedor, seu *espólio responderá* pela obrigação (art. 597, CPC). O espólio adquire, assim, legitimidade passiva para a execução, permitindo-se, contudo, que os herdeiros atuem como litisconsortes[192].

A princípio, pelas dívidas da herança responderão os bens da própria herança (do espólio); não respondem os bens dos herdeiros (arts. 1.792[193] e 1.821, Código Civil[194]). "As dívidas da herança executam-se nos bens da herança, e não nos outros bens dos herdeiros"[195]. Com isso, projeta-se a responsabilidade patrimonial do devedor para além de sua morte[196].

> Trata-se de regra tradicional: os herdeiros respondem *intra vires hereditatis*, ou de acordo com as forças da herança. Trata-se do chamado *benefício de inventário*. "Consiste, em essência, numa limitação de responsabilidade. (...) Nada impede, entretanto, a renúncia ao benefício, bastando que o herdeiro se desinteresse de provar o excesso. Com o *benefício de inventário*, previne-se a confusão dos patrimônios do defunto e do herdeiro. Esta separação entre o acervo hereditário e o patrimônio do herdeiro constitui o *fundamento técnico* do instituto. (...) Da *aceitação a benefício de inventário* resulta: 1 - o herdeiro não é responsável pelo pagamento das dívidas da herança além do valor que lhe couberam; 2 – conserva os direitos e obrigações que tinha para com o *de cujus*, como qualquer credor ou devedor, não se extinguindo, pela confusão, créditos e débitos"[197].

Os bens do espólio respondem pela obrigação do falecido da mesma forma que respondiam quando ele era vivo. Mas há casos em que a morte do devedor amplia a garantia do credor; por exemplo, seus instrumentos de profissão e pertences pessoais antes impenhoráveis, passam a ser suscetíveis de penhora, pois não há mais motivo que justifique sua proteção[198].

Feita a partilha da herança entre seus *herdeiros e sucessores*, eles responderão proporcionalmente pelas dívidas do *de cujus* e passarão a ter legitimidade passiva exclusiva para a execução. Respondem na proporção da parte da herança que lhe couber, *intra vires hereditatis* (art. 597 do CPC). O ônus da prova do *excesso* é do herdeiro, salvo se

---

191. Art. 597 do CPC: "O espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube".
192. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 494.
193. Art. 1.792 do Código Civil: "O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados".
194. Art. 1.821 do Código Civil: "É assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança".
195. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 356.
196. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 297-298.
197. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-25.
198. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 298.

já houver inventário que a dispense, demonstrando o valor dos bens herdados (art. 1.792, *fine*, Código Civil).

> A responsabilidade do espólio perdura até a partilha. Até então, o credor pode cobrar a dívida por execução do espólio ou por pleito formulado perante o juízo do inventário, através do procedimento do artigo 1.017 ss. do CPC[199].

É a partir do *formal de partilha* que se mensura a extensão da responsabilidade de cada herdeiro, pois ali estarão discriminados os bens que herdou e a qual percentual correspondem do total partilhado[200].

Mas a responsabilidade dos herdeiros não se restringe aos bens herdados. Os seus *bens próprios e pessoais* respondem pela dívida do *de cujus*, na proporção do que foi herdado. É por isso que se diz que, se os bens herdados pereceram, foram alienados para terceiro ou eram, desde a origem, impenhoráveis (exemplo: bem residencial), isso não exime o herdeiro de responder pela execução com seus bens particulares[201].

Interessante notar que, em casos de *impenhorabilidade originária* dos bens herdados, respondem os bens particulares do herdeiro pela dívida e acaba-se ampliando a garantia do credor. Para evitar esse desconforto, o herdeiro pode renunciar à herança.

Mas se o herdeiro recebe bens com *cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade*, ela só subsistirá para as dívidas pessoais do herdeiro e não para as do espólio. O que for necessário responderá pela execução de dívida do falecido; o restante fica o gravado com a respectiva cláusula, não respondendo pelas obrigações particulares do herdeiro (passadas e futuras)[202].

É possível que ocorra, ainda, uma *impenhorabilidade superveniente* ao falecimento dos bens herdados, pela destinação que lhe é dada pelos herdeiros – por exemplo, o *herdeiro* morava em apartamento alugado e passa a morar naquele herdado ou, após vender o apartamento herdado, compra livros, instrumentos úteis para o exercício da sua profissão. Nestes casos, ocorre o inverso, ao invés de ampliar-se a garantia do credor, ela é reduzida, pois os bens herdados que antes responderiam, não mais responderão, em razão desta impenhorabilidade superveniente[203].

7. BENS OBJETO DE DIREITO DE RETENÇÃO (ART. 594 DO CPC)[204]

Existem situações em que o credor pode reter, de forma legítima, bens do devedor para garantir o cumprimento da obrigação. É o que ocorre, por exemplo, com o depositário

199. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., 11ª ed., p. 397.
200. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 298.
201. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 298 e 299.
202. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 495.
203. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 299.
204. Art. 594 do CPC: "O credor, que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao devedor, não poderá promover a execução sobre outros bens senão depois de excutida a coisa que se achar em seu poder".

(arts. 643-644, Código Civil[205]), com o mandatário (arts. 664 e 681, Código Civil[206]), com o credor pignoratício (artigo 1.433, I e II, Código Civil[207-208]), com o locatário (art. 35 da Lei n. 8.245/1991[209]), com o hospedeiro (arts. 647, I, e 649, Código Civil), com o possuidor de boa-fé etc.[210] .

Exercido esse direito de retenção, é o bem retido pelo credor que responderá pela execução, concedendo a lei eficácia real àquele direito[211]. O devedor já está privado da posse deste bem, razão por que deve ser ele o bem executado em primeiro lugar. Só se insuficiente, será possível promover a penhora de outros bens.

> O credor não pode acumular duas garantias simultaneamente: a de retenção e a de penhora de bens do devedor. Exercido o direito de retenção, é o patrimônio retido que deverá ser penhorado. Penhorados outros bens, incorrerá o credor em excesso de execução[212].

É dispositivo de fundo ético. Presume-se que o credor considerava a coisa retida suficiente para o pagamento da dívida, tomando-a como garantia. Não parece razoável que, no momento de executar, sem justo motivo, volte-se contra outros bens do devedor[213]. Trata-se de regra afinada com o princípio da menor onerosidade possível para o credor (art. 620, CPC).

Cabe ao credor indicar à penhora os bens retidos, na forma do artigo 652, §2º, CPC. Se não o fizer, pode o executado, quando citado, opor a *exceptio excussionis realis*. São pressupostos para o nascimento desta exceção substancial (*exceptio excussionis realis*): *i)* que o bem do executado esteja na *posse do credor*; *ii)* que o credor tenha sobre ele, por força de lei, *direito de retenção* e; *iii)* que haja *pertinência* entre o bem retido e a obrigação executada; deve haver uma conexidade entre o direito de retenção e a obrigação executada[214]. Por exemplo, o depositante é obrigado a pagar ao depositário as

---

205 Art. 643 do Código Civil: "O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem". Art. 644 do Código Civil: "O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas".

206. Art. 664 do Código Civil: "O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em conseqüência do mandato". Art. 681 do Código Civil: "O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu".

207. Art. 1.433 do Código Civil: "O credor pignoratício tem direito: I – à posse da coisa empenhada; II – à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua".

208. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 210.

209. Art. 35 da Lei n. 8.245/1991: "Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção".

210. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 234 e 235.

211. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 234 e 235.

212. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 210.

213. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 479.

214. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8. cit., p. 291.

despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem; para garantir o cumprimento dessas obrigações, poderá o depositário reter o objeto do depósito (arts. 643 e 644, Código Civil).

É caso de *impenhorabilidade subsidiária ou eventual* dos demais bens do executado, naquela execução; só aquele retido é penhorável[215]. Mas cabe ao executado suscitar a dita impenhorabilidade, na primeira oportunidade que lhe couber falar, sob pena de preclusão[216] – normalmente através de embargos ou impugnação de executado. O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre penhora, no item dedicado às impenhorabilidades.

Além disso, se o credor aceita a *substituição do bem retido*, com base no artigo 656 e 668, CPC, ocorrerá a renúncia tácita do direito de retenção, devendo devolver a coisa retida ao devedor[217]. Na verdade, o credor pratica ato incompatível com exercício do direito de retenção, incorrendo em comportamento contraditório, que implica perda do direito. No mais, nada impede que o juiz autorize a substituição do bem retido nas hipóteses do artigo 656, V e VI, CPC[218].

8. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO INCAPAZ

Os bens do incapaz *respondem* pelos *prejuízos* que tenha causado – em responsabilidade subjetiva ou objetiva, conforme o caso. O tema foi regulado no art. 928 do Código Civil, assim redigido:

> "Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.
>
> Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".

Deu-se nova solução a antigo problema. De acordo com uma visão tradicional, não se poderia responsabilizar o incapaz exatamente em razão da sua incapacidade. A combinação dos arts. 156[219] e 1.518, par. ún.[220], do Código Civil de 1916, autorizava a responsabilização do incapaz maior do que dezesseis anos, compreendida como espécie *solidária* com os seus pais[221].

---

215. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 236.
216. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 235. Alcides de Mendonça Lima concorda que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, cabendo a iniciativa o devedor; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 470.
217. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 235.
218. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 235.
219. Art. 156 do Código Civil de 1916: "O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado".
220. Art. 1.518, par. ún., do Código Civil de 1916: "São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521".
221. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 409.

Note que, agora, a responsabilidade do *incapaz*, qualquer um[222], pressupõe que os seus responsáveis não tenham a obrigação de fazê-lo ou que, tendo essa responsabilidade, não disponham de patrimônio suficiente para responder pelo prejuízo. Trata-se, enfim, de uma espécie de *responsabilidade subsidiária*.

Os responsáveis pelo incapaz somente *tem a obrigação de indenizar*, em caso de dano causado por incapaz sob sua responsabilidade, se o incapaz estiver "sob sua autoridade" (sob o poder familiar) e "em sua companhia" (art. 932, I e II, Código Civil). Trata-se de pressupostos cumulativos. Não preenchidos os esses pressupostos, os responsáveis pelo incapaz *não respondem pelos danos por ele causados*.

Observe, ainda, que a responsabilidade do incapaz, além de subsidiária, é *eqüitativa*[223] ou *mitigada*[224]: a indenização deve ser fixada em valor que não prive o incapaz ou as pessoas que dele dependam do necessário à sobrevivência digna (art. 928, par. ún., Código Civil). Assim, a responsabilidade do *incapaz* pode não abranger todo o dano por ele causado. Se o incapaz tiver patrimônio suficiente, responderá pela reparação integral do dano.

> A Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos da Justiça Federal, editou o enunciado n. 39, que estende aos responsáveis o benefício da indenização eqüitativa: "A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no artigo 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como conseqüência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade".

A responsabilidade *eqüitativa* aplica-se também aos casos de responsabilidade do menor incapaz por ato infracional, espécie de ato ilícito (art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente)[225]. No caso de responsabilidade por ato infracional, o menor é devedor principal, e não responsável subsidiário[226].

O menor relativamente incapaz também tem *responsabilidade civil contratual*, mesmo sem a participação do seu representante legal, não podendo, para eximir-se da obrigação,

---

222. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 154.
223. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*, cit., p. 410.
224. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15; DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 160.
225. Art. 116 do ECA: "Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada".
226. Neste sentido, o enunciado n. 40 da Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos da Justiça Federal: "O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese de ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas".

invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior (art. 180 do Código Civil). O caso não é regulado pelo art. 928 do Código Civil, que cuida da responsabilidade *extracontratual*. Assim, não há de falar-se em responsabilidade civil subsidiária e eqüitativa. Os seus pais serão seus responsáveis solidários (art. 932, I, Código Civil)[227].

Para que se possa constranger o patrimônio do incapaz, é preciso que a sentença tenha sido proferida contra ele. O título executivo deve identificar o incapaz como o devedor, o que ocorrerá após a verificação dos pressupostos de sua responsabilidade. Não é possível que, em uma execução contra os pais do incapaz, não encontrando patrimônio suficiente, já se passe à execução do patrimônio do incapaz, não tendo o título sido formado contra ele[228]. É possível, portanto, incluir o incapaz já no processo de conhecimento, em litisconsórcio eventual, semelhantemente à hipótese da desconsideração da personalidade jurídica, já examinado.

O art. 701 do CPC[229] estabelece um procedimento especial de expropriação de bem de incapaz.

227. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*, cit., p. 410.

228. FERREIRA, William Santos. "Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz". Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2ª ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2007, p. 364 e segs.

229. Art. 701 do CPC: "Quando o imóvel de incapaz não alcançar em praça pelo menos 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano. § 1º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em praça. § 2º Se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz lhe imporá a multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo. § 3º Sem prejuízo do disposto nos dois parágrafos antecedentes, o juiz poderá autorizar a locação do imóvel no prazo do adiamento. § 4º Findo o prazo do adiamento, o imóvel será alienado, na forma prevista no art. 686, VI".

CAPÍTULO IX

PROTEÇÃO DA BOA-FÉ NA EXECUÇÃO

Sumário • 1. O princípio da boa-fé na execução – 2. Noções iniciais sobre a fraude na execução – 3. Fraude contra credores – 4. Fraude à execução: 4.1. Generalidades; 4.2. Pressupostos; 4.2.1. Alienação ou oneração na pendência de ação fundada em direito real (art. 593, I, CPC); 4.2.2. Alienação ou oneração de bem na pendência de processo capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 593, II, CPC); 4.2.3. Outros casos de fraude à execução; 4.2.4. Pressuposto subjetivo: *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente; 4.2.5. Contraditório – 5. Alienação de bem penhorado – 6. Quadro comparativo – 7. Averbação da execução no registro de bens do devedor. Art. 615-A, CPC – 8. Atos atentatórios à dignidade da justiça: 8.1. Considerações prévias; 8.2. *Contempt of court* na execução. Hipóteses legais; 8.3. Ilícitos não-danosos; 8.4. Desnecessidade de demonstração do elemento subjetivo.; 8.5. A punição; 8.6. Confronto com o *contempt of court* do art. 14, V, CPC e litigância de má-fé.

1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA EXECUÇÃO

No v. I deste *Curso,* viu-se que o princípio da boa-fé processual, corolário do devido processo legal e previsto no inciso II do art. 14 do CPC, é uma *cláusula geral processual.*

A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante e suficiente, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral.

Viu-se, também, que basicamente são quatro os casos de aplicação da boa fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé; b) a proibição de *venire contra factum proprium*; c) a proibição de abuso de poderes processuais – abuso do processo; d) *Verwirkung* (*supressio,* de acordo com a sugestão consagrada de MENEZES CORDEIRO).

O princípio de atuação de acordo com a boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do "abuso do direito" processual (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas, ressalte-se: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má-fé.

A execução é solo fértil para a prática de comportamentos contrários ao princípio da boa-fé. Não é por outra razão que há tempos existe rigoroso sistema de combate à fraude

na execução, com institutos consagrados e muitos estudados como a *fraude à execução* e a *fraude contra credores*.

É preciso avançar um pouco mais, contudo. A proteção da boa-fé na execução não se faz apenas com a aplicação de institutos típicos, como a fraude à execução e a punição por ato atentatório à dignidade da justiça. A cláusula geral da boa-fé processual permite que se identifiquem *ilícitos atípicos*[1] na execução, que se subsomem à proibição do abuso do direito, como, por exemplo, o *venire contra factum proprium*.

A proteção da boa-fé na execução possui, portanto, instrumentos *típicos* para a sua efetivação, que não exaurem, porém, o arsenal normativo existente para o combate à deslealdade processual.

Este capítulo dedica-se ao estudo dos instrumentos *típicos* de proteção da boa-fé na execução. Ao longo de todo o livro, será demonstrado como a cláusula geral da boa-fé processual deve ser aplicada para impedir ou punir comportamentos desleais atípicos (p. ex.: na alegação pelo executado de impenhorabilidade de bem por ele mesmo oferecido, comportamento contraditório que se deve reprimir).

2. NOÇÕES INICIAIS SOBRE A FRAUDE NA EXECUÇÃO

De acordo com o princípio da responsabilidade patrimonial, todos os bens do devedor (presentes e futuros) respondem pela obrigação.

Tais bens, contudo, permanecem na esfera de disponibilidade do devedor, que é seu proprietário. O Direito lhe assegura os poderes de uso/gozo/disposição, na forma que lhe convier[2] (artigo 1.228, Código Civil).

Como impedir, então, que o devedor promova alienações/onerações fraudulentas (ou, até mesmo, simuladas[3]) de seus bens para terceiros, em prejuízo da satisfação dos seus credores?

O legislador brasileiro optou por construir um sistema de controle da disponibilidade dos bens do devedor, assegurando-lhe o direito de livre administração/disposição, desde que não cause danos aos seus credores[4].

Busca-se, assim, um *equilíbrio* entre a necessidade de proteger o credor e a necessidade de permitir que o devedor siga administrando seu patrimônio, preservando sua liberdade no tráfego jurídico-econômico[5].

---

1. Consideram-se *ilícitos atípicos* o abuso de direito, a fraude a lei e o desvio de poder. A propósito, vale conferir: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, passim.
2. Evidentemente, dentro dos limites impostos pela função social da propriedade (art. 1.228, §§1º e 2º, CC, e art. 5º, XXIII, CF).
3. A respeito das divergências e convergências semânticas e dogmáticas da fraude e simulação, conferir: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95-107 e 134-135; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 463-464.
4. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 44 e 45; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 79.
5. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259.

É o quanto estabelecido pelo princípio da *limitação da disponibilidade dos bens do devedor* que complementa e dá eficácia ao princípio da responsabilidade patrimonial. De nada adiantaria dizer que o patrimônio do devedor é garantia do credor se o devedor estiver arruinado, sem qualquer bem que integre seu patrimônio.

Para que a ruína do devedor não faça desaparecer essa garantia, a lei limita a esfera de negociação dos seus bens. Desaprova atos de alienação e oneração que causem dano aos seus credores, por não restarem em sua esfera patrimonial outros bens que bastem para satisfazer suas dívidas. São qualificados, por lei, como atos fraudulentos[6].

A fraude é uma das diversas condutas contrárias à boa-fé. É negação da boa-fé; consiste, enfim, em conduta repudiada no âmbito das relações negociais. Pode ser definida como a manobra ilegal, que lesa interesses legítimos do credor.

A fraude do devedor é expressão que se refere a uma categoria ampla que abrange três diferentes figuras: a) *fraude contra credores*; b) *fraude à execução*; e c) *os atos disposição de bem já penhorado*[7].

3. FRAUDE CONTRA CREDORES

A *fraude contra credores* é instituto de Direito Material, regrado pelo Código Civil, que revela grande interesse para o Direito Processual; diz respeito à responsabilidade patrimonial e pode repercutir na execução.

Trata-se de expediente usualmente empregado pelo devedor endividado, destinado a aumentar seu passivo (conjunto de dívidas e obrigações de uma pessoa), de modo que venha a superar o ativo (totalidade dos bens de uma pessoa, incluindo dinheiro, créditos, mercadorias, imóveis, investimentos); o devedor, para livrar-se de suas dívidas, reduz seu ativo, por meios inescrupulosos, tornando-se insolvente. Nessa mesma situação, enquadra-se o devedor que já é insolvente e resolve "ampliar" essa insolvência, ou seja, o devedor insolvente, que deve mais do que tem (CPC, art. 748), está assoberbado de compromissos e a saída por ele encontrada é reduzir, não raro com ardil, o seu ativo, que serviria de garantia de pagamento para os seus credores.

Esse desfalque patrimonial pode ocorrer, por exemplo, *(a)* com a doação de bens para seu filho, *(b)* com a sua venda a preço vil e simbólico para um "testa-de-ferro"[8], *(c)* com pagamento de dívida não-vencida para credor quirografário (Código Civil, art. 162)[9], *(d)* com a concessão de uma garantia para um dos credores, onerando bens que serviriam

6. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 47; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 105 ss.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371.
8. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 537.
9. Art. 162 do Código Civil: "O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu".

de garantia para todos (CC, art. 163[10]), *(e)* com renúncia à herança ou outros direitos, impedindo o incremento do seu ativo[11], ou *(f)* qualquer outro negócio que se possa criar com objetivo semelhante[12].

A partir desses exemplos, é possível observar que o ato fraudulento pode ser: *unilateral* (exemplo: a renúncia à herança) ou *bilateral* (exemplo: venda fraudulenta); oneroso (exemplo: compra e venda) ou *gratuito* (exemplos: doação ou remissão da dívida).

A *fraude contra credores* é, portanto, a diminuição patrimonial do devedor que o conduz à insolvência (ou a agrava)[13], em prejuízo dos seus credores. O seu passivo torna-se maior do que seu ativo, não dispondo de bens para responder pela obrigação.

> Na fraude contra credores, *não há vício de consentimento*. É ato consciente, que corresponde à vontade interior do agente. *É vício social*, decorrente da desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, que repudia atuações fraudulentas[14].

É necessário preenchimento de *dois* pressupostos para a sua configuração, um objetivo e outro subjetivo.

O *pressuposto objetivo* é a exigência de redução patrimonial, que conduza à insolvência ou a agrave. É o chamado "dano" (*eventus damni*). E a insolvência é a insuficiência patrimonial do devedor, cujas dívidas superam a importância de seus bens (CC, art. 748).

O *pressuposto subjetivo,* que se costuma invocar em doutrina, é a ciência do devedor de causar dano (*consilium fraudis*)[15].

> Discutia-se se a configuração do *consilium fraudis* dependia da demonstração do *animus nocendi* (intenção direta de prejudicar credores). Doutrinas brasileira e estrangeira mais recentes já pacificaram a questão, dispensando a presença do

---

10. Art. 163 do Código Civil: "Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor".
11. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 7ª ed., cit., p. 206.
12. Embora normalmente os atos fraudulentos tenham como substrato fático a *intenção* de prejudicar os interesses dos credores, a moderna doutrina caminha no sentido de dispensar a sua prova para a configuração do mencionado vício, conforme adiante será examinado.
13. O ato de redução patrimonial será fraudulento se: *i*) instalar seu estado de insolvência – devedor era solvente antes do ato; *ii*) intensificar seu estado de insolvência – já era insolvente antes do ato e suas dificuldades se agravaram. Enfim, deve ser causa de criação ou agravamento de insolvência.
14. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. I, cit., p. 536-538; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 462 e 463.
15. Adverte Marcos Bernardes de Mello que não se deve confundir *consilium* (propósito) com *concilium* (união/reunião), erro cometido usualmente. *Aquele* é a intenção do devedor de causar dano. Esse, por sua vez, é o conluio fraudulento entre devedor e terceiro (fraude bilateral), que é exigido, por exemplo, para configuração de fraude na ação revocatória falencial (Lei n. 11.101/2005, art. 130: "São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida"; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 7ª ed., cit., p. 207). Dinamarco e Buzaid, por exemplo, utilizam o termo *consilium* para referir-se ao conluio entre devedor e terceiro (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371 segs.; BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274).

animus nocendi. Basta que se revele que o devedor tinha ciência de que o ato por ele praticado provocava ou intensificava seu o estado de insolvência[16].

No entanto, MARCOS BERNARDES DE MELLO, inspirado na doutrina de PONTES DE MIRANDA[17] e CLÓVIS BEVILÁQUA, com mais razão, dispensa totalmente o *consilium fraudis*. Entende não ser elemento essencial que o devedor tenha intenção de fraudar nem consciência de que o está fazendo. O devedor jamais poderia defender-se dizendo desconhecer a conseqüência dos seus atos, salvo na hipótese do artigo 130 da Lei n. 11.101/2005, que cuida da ação revocatória na falência. Só exige, tal como a lei e os demais doutrinadores, a consciência da fraude (e, não, a intenção) pelo terceiro beneficiário de atos onerosos (Código Civil, art. 159). É o que chama de *scientia fraudis*[18], pressuposto da fraude contra credores oriunda de atos onerosos praticados pelo devedor.

> O trecho final do art. 159 do Código Civil é bastante claro ao exigir a *scientia fraudis* pelo terceiro: "Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando *a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante*".
>
> O art. 158 do Código Civil também é claro ao não exigir a *intenção* fraudulenta ou o *conhecimento do estado de insolvência* como pressuposto para a configuração da fraude contra credores: "Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos".

Cabe definir *a quem incumbe comprovar* a existência ou não de fraude, o preenchimento de seus pressupostos objetivo e subjetivo. Como tais pressupostos são fatos constitutivos do direito potestativo do credor de invalidar ou neutralizar (a depender da concepção adotada) a eficácia do negócio jurídico fraudulento, o ônus da prova é, a princípio, do credor (CPC, art. 333).

Mas devem ser apontadas algumas especificidades, que tornam a aplicação da regra geral bastante complicada.

Quanto ao *pressuposto objetivo*, a prova da insolvência é indispensável para o reconhecimento da fraude e o ônus de demonstrá-la é do credor. Só há uma redistribuição do ônus da prova, para que recaia sobre o devedor ou terceiro prejudicado o ônus de provar a inexistência de insolvência, se houver uma presunção legal relativa de insolvência, tal

---

16. Sobre a polêmica, conferir, CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 214-222. Nesse sentido, CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 82; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 539; COELHO JUNIOR, Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48 e 49.
17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 4, p. 431-433.
18. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 207 e 208. Assim, MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 42.

como ocorre na hipótese do artigo 750 do CPC[19] – ou se ela for notória (CPC, art. 334, I, c/c CC, art. 159)[20].

No tocante ao *pressuposto subjetivo*, diz-se, tradicionalmente, que se o ato fraudulento foi gracioso, há presunção absoluta de fraude e má-fé (Código Civil, art. 158) em benefício do credor; mas se foi oneroso, deve ser exigida prova do credor de que o devedor tinha ciência de produzir dano (*consilium fraudis*) e o terceiro adquirente sabia (conhecimento real ou presumido) da condição de insolvência a que será conduzido com a alienação (*scientia fraudis*) (Código Civil, art. 159). Deveria haver prova de fraude bilateral[21]. Para MARCOS BERNARDES DE MELLO, como se viu, o art. 159 do Código Civil só exige, como elemento essencial, a ciência do *terceiro* (*scientia fraudis*) e, *não*, do *devedor*, e *exclusivamente nos negócios onerosos*. Como visto, essa é a posição deste *Curso*.

A repercussão prática disso é que, para a configuração de fraude em negócio *gratuito*, não se impõe a prova de que o terceiro estava ciente da insolvência, havendo presunção absoluta de fraude e má-fé em benefício do credor. Por sua vez, para a configuração de fraude em negócio *oneroso*, exige-se do credor prova de que o terceiro tinha ciência da insolvência, ou de que, em razão da situação concretamente apresentada, tinha o terceiro o dever de conhecê-la[22]. Não há necessidade de demonstração da intenção ou da consciência da fraude *pelo devedor*.

> CAIO MÁRIO explica o motivo da diferenciação de tratamento para o terceiro: "(...) no conflito entre o interesse do credor e o do donatário deve prevalecer o primeiro, porque o credor luta para evitar o prejuízo (...), enquanto o devedor defende apenas a manutenção do lucro percebido (...); mas, se alienação foi onerosa, a aquisição custou ao adquirente uma prestação ou sacrifício patrimonial, e sua posição é idêntica à do credor (...) e, nestas condições, somente deve ceder seu direito e perder o bem por adquirente que se ja convencido de cumplicidade na manobra fraudulenta do devedor"[23].
>
> Demonstrada a *scientia fraudis*, o adquirente será punido por sua intenção de fraudar ou por sua falta de diligência (dentro dos padrões esperados do homem mediano). O comprador precavido investiga a situação patrimonial do vendedor, consultando o cartório de protestos, órgãos de proteção ao crédito, órgão distribuidor judicial etc.[24].

Ao credor lesado, assegura-se a *ação pauliana* para invalidar o ato de alienação/oneração do bem, em razão do vício social que o acomete (fraude contra credores)[25]. Com

---

19. Art. 750 do CPC: "Presume-se a insolvência quando: I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora; II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III".
20. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 384 e 385.
21. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 225-229; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 539; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205.
22. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, cit., p. 207 e 208.
23. PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, v. 1, cit., p. 539.
24. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 386.
25. Marcos Bernardes de Mello defende que cabe ação revocatória ou declaratória de ineficácia relativa contra atos ligados à falência ou à insolvência civil. Vale conferir (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato*

isso, promove-se o retorno do bem alienado ao arcabouço patrimonial do devedor, para que responda pela obrigação[26].

A ação pauliana (Código Civil, art. 161) caracteriza-se por:

a) ser de legitimidade ativa do credor prejudicado (ou seus sucessores) que já se revestia da condição de credor ao tempo da alienação/oneração fraudulenta – se se tornou credor *após* a alienação fraudulenta, já encontrou o patrimônio do devedor desfalcado desde a origem, não dispondo, portanto, de legitimidade ativa[27];

b) ter como legitimados passivos o devedor (ou seus sucessores)[28] e terceiros beneficiados (ou seus sucessores) com o negócio fraudulento (que pode ser um terceiro adquirente, que recebe um bem em garantia especial, pagamento de dívida não vencida etc.), em litisconsórcio passivo necessário unitário;

c) impor ao credor/autor o ônus de provar o dano (*eventus damni*), decorrente do estado de insolvência do devedor;

d) a consciência do terceiro de causar dano (*scientia fraudis*), que se *presume* se o negócio for gratuito;

e) segundo os tribunais, reclamar que o credor seja titular de crédito exigível, pois só assim teria interesse-necessidade. Antes da exigibilidade da obrigação, não haveria interesse na ação pauliana. Mas, se proposta depois do vencimento, entende-se que devem ser consideradas fraudes ocorridas antes do seu advento[29].

> É possível que o credor proponha a ação pauliana *antes* do vencimento da dívida. Não há, nesse caso, interesse de agir, diante da ausência de exigibilidade da obrigação. Deve, então, o processo ser extinto sem resolução do mérito. Caso, porém, a obrigação torne-se exigível no curso do procedimento, não deverá mais ser extinto o processo sem resolução do mérito, pois o interesse que faltava sobreveio, surgindo a necessidade do provimento jurisdicional postulado. Nessa hipótese, o juiz haverá de aplicar o art. 462 do CPC, levando em conta o fato superveniente que tornou

---

Jurídico. Plano de Validade, cit., p. 215-217).

26. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 103.

27. Aqueles que já eram credores antes do ato de diminuição patrimonial irresponsável sofrem o risco de ficarem prejudicados, perdendo a garantia de que aqueles bens do devedor respondam pelo seu crédito. Mas aqueles que só se tornaram credores depois não correm esse risco, pois já sabiam (ou deveriam saber), desde o início, que o patrimônio do devedor estava desfalcado. Daí se dizer que só têm legitimidade para questionar o ato tido por fraudulento, os titulares de créditos anteriores a ele, jamais os titulares de créditos que o sucedem (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 384).

28. Para Dinamarco, o artigo 161 do Código Civil insinua haver legitimidade passiva apenas do devedor, o que, para ele, não tem razão de ser. Partindo do pressuposto de que a fraude conduz à ineficácia do negócio, e que só prejudica o terceiro beneficiado, entende que o devedor não tem um vínculo com o objeto da ação pauliana; somente o terceiro o teria. Mas, deixa claro que existem decisões entendendo ser caso de litisconsórcio passivo necessário entre o devedor e o terceiro beneficiado, posição adotada por este *Curso* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 388).

29. Assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 389.

> exigível a obrigação, deixando de extinguir o processo sem resolução do mérito. É que a sentença, como se sabe, deve ser *atual*, sendo proferida de acordo com o contexto do momento.

Para muitos, o ato fraudulento é válido, mas é ineficaz para o credor[30-31], posição mais correta e em conformidade com a teoria do fato jurídico. A despeito disso, o Código Civil (arts. 158, 159, 165 e 171), a jurisprudência[32] e a doutrina[33], sobretudo civilista, em peso, tratam do tema como caso de *anulabilidade* por vício social.

> Há, ainda, doutrina que aponta *três* espécies de conseqüência para o ato fraudulento: anulabilidade, ineficácia relativa ou revogabilidade[34]. Mas para as dívidas civis entende que, em regra, é caso de anulabilidade. A ineficácia relativa seria conseqüência para atos fraudulentos do falido (Lei n. 11.101/2005, art. 129), que são "relativas" somente aos credores habilitados na falência ou no concurso de credores. Não aproveita outros credores. E fala em revogabilidade perante a massa falida quando há conluio fraudulento para lesar credores, entre devedor e terceiro (Lei n. 11.101/2005, art. 130).

---

30. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 106 e 107; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 101; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371, 374-379; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*. São Paulo: RT, 2005, p. 108; SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 30 e 31; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 39 segs.; COELHO JUNIOR, Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo*, cit., p. 54 segs.
31. Alexandre Câmara justifica por que o caso seria de ineficácia: *a) anulabilidade* conduziria à destruição do ato e retorno ao estado anterior (com retorno do bem ao patrimônio do devedor), mas não é isso que ocorre, pois o ato permanece válido para devedor e terceiro (só seria inválido, estranhamente, para o credor, segundo os civilistas) e o bem não retorna ao patrimônio do devedor, mas é alienado e seu saldo é entregue ao terceiro adquirente; *b) invalidade* refere-se sempre a um defeito intrínseco e a fraude contra credores é um vício externo, exterior; *c) é caso de ineficácia relativa (ou inoponibilidade)*, pois o ato só é ineficaz para uma terceira pessoa, que não participou do negócio fraudulento (credor); *d)* o ato é válido entre devedor alienante e terceiro adquirente e produz seu efeito programado que é a transferência de propriedade (por isso o saldo da expropriação é do terceiro adquirente), mas o ato *não produz seus efeitos secundários, decorrentes de lei - isto é, não é retirado do campo de incidência da responsabilidade do patrimonial do devedor.* (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 227-228.).
32. A opção pela anulabilidade também é observada na jurisprudência atual. É o que se depreende do texto do n. 195 da súmula do STJ, que dispõe que "em embargos de terceiro não se anula o ato jurídico, por fraude contra credores". Com base nesse texto sumulado, não pode o defeito se reconhecido como alegação de defesa nos embargos de terceiro, dependendo de ação própria. Assim, de mera ineficácia não se cuidaria, mas, sim, de anulabilidade a ser reconhecida por ação autônoma (pauliana) (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259).
33. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 541; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 211; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80; BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 47; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 61; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 245.
34. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 211

4. FRAUDE À EXECUÇÃO

4.1. Generalidades

A fraude à execução é instituto peculiar ao Direito brasileiro, não encontrado em nenhum outro ordenamento (nem similar). Na forma aqui prevista, não tem correspondente em outros países[35].

Há quem diga que é *fraude contra credores qualificada* (uma especialização ou aspecto dela), como YUSSEF CAHALI[36], embora dela se distinga[37].

Ambos são decorrência do mesmo princípio: a limitação da disponibilidade de bens do devedor, com rejeição a diminuições fraudulentas. A fraude à execução seria uma faceta da fraude contra credores, decorrente da evolução natural do direito. Mas se desenvolveu como instituto autônomo, com características próprias, a partir de agora analisadas[38].

A *fraude à execução* é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva[39]. Trata-se de instituto tipicamente processual[40].

É considerada mais grave do que a *fraude contra credores*, vez que cometida *no curso* de processo judicial, executivo ou apto a ensejar futura execução, frustrando os seus resultados. Isso deixa evidente o intuito de lesar o credor, a ponto de ser tratada com mais rigor pelo legislador.

Por frustrar a atividade executiva, de forma mais acintosa, é combatida com contundência pelo legislador, que considera a alienação/oneração do bem para terceiro *ineficaz* para execução, sem necessidade de ação própria para destruir ou desconstituir o ato fraudulento[41]. A fraude pode ser reconhecida incidentalmente no processo executivo, ou alegada como matéria de defesa em sede de embargos de terceiro, opostos pelo beneficiário do ato

---

35. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 467; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 554.
36. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 80.
37. Segundo Alexandre Câmara, essa forma de vê-la só é adequada quando se pensa na hipótese de fraude à execução do 593, II, pois aquela prevista no inciso I nada tem a ver com fraude pauliana (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14ª ed., v. 2, cit., p. 230).
38. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 80.
39. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 372.
40. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 93; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80. Entendendo tratar-se de instituto de direito privado, sob o argumento de que o direito de crédito do credor é privado e individual, e só ele é violado, SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*, cit., p. 74 segs. Tende a acolher essa última visão, COELHO JUNIOR, Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo*, cit., p. 54 segs.
41. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., 93 e 94; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 263.

fraudulento. E, uma vez reconhecida a fraude e subtraído o bem do terceiro beneficiário, caberá a esse, por ação de regresso contra o devedor, se for o caso, pleitear a restituição do que pagou e uma indenização por perdas e danos eventualmente sofridos[42].

> Diante de sua gravidade e do fato de prejudicar a própria atividade jurisdicional do Estado, admite-se que seja reconhecida de ofício pelo órgão jurisdicional[43]. Assim, nada impede que, alegada fraude contra credores, incidentalmente, em embargos de terceiro[44] ou em ação própria, o juiz, no curso da execução, reconheça a fraude à execução[45]. Enfim, o juiz pode reconhecer, de ofício, a fraude à execução, embora tenha sido alegada a fraude contra credores. Além disso, é possível que o credor alegue fraude à execução, nominando-a de fraude contra credores. O *nomen juris* é irrelevante; o importante é que se tenha demonstrada a prática de ato caracterizador da fraude à execução.

4.2. Pressupostos

4.2.1. Alienação ou oneração na pendência de ação fundada em direito real (art. 593, I, CPC)

O art. 593, I, CPC, dispõe haver fraude à execução quando a alienação ou oneração de bem ocorrer na *pendência sobre ele de demanda fundada em direito real*[46]. A alienação/oneração fraudulenta é aquela que recai sobre a coisa litigiosa (a ser entregue).

Recorde-se que tal dispositivo contém regra semelhante à do artigo 592, já examinado no capítulo sobre a responsabilidade patrimonial.

A fraude à execução, nesta hipótese, *independe da demonstração de insolvência*[47].

Note-se que o texto apenas menciona a *pendência* de ação real; não cuida expressamente, por exemplo, das ações pessoais reipersecutórias, como as fundadas em um contrato de comodato.

A regra, ademais, não está em conformidade com o próprio CPC, pois ignora outra, mais ampla e completa, que é a do art. 42, que cuida da *alienação da coisa ou do direito*

---

42. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 81.
43. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 104; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 122.
44. Mas uma alegação de fraude contra credores, em sede de embargos de terceiro, não poderia ser acolhida por força do n. 195 da súmula do STJ, que estabelece que em embargos de terceiros não se anula o ato jurídico por fraude contra credores. Segundo Araken de Assis, não se admite o acolhimento de anulabilidade em ação de cognição sumária (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 246). Mas há controvérsia doutrinária retratada por SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 116 segs.
45. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 104.
46. Para DINAMARCO, abrange ações em que se discute posse, pois o CPC demonstra querer dar tratamento análogo aos direitos reais e de posse (a exemplo do artigo 95) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 396 e 397).
47. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 261; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 373, 374, 395 e 396; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 282.

litigioso, fenômeno examinado no v. I deste *Curso*. O art. 42 abrange o art. 593, I, pois vincula o terceiro adquirente/cessionário ao resultado do processo (qualquer processo), sem menção à natureza da ação em cujo processo se deu a transferência do bem (CPC, art. 42, § 3º). O art. 593, I, é um mero exemplo de situação fraudulenta, que se subsome à regra geral do art. 42 do CPC. Correta, portanto, a arguta análise de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: "Diante disso, o melhor seria a pura e simples revogação do disposto tanto no inciso I do art. 592 quanto no inciso I do art. 593, visto que a matéria está inteiramente regulada e de forma superior pelo art. 42 e seus respectivos parágrafos"[48].

4.2.2. Alienação ou oneração de bem na pendência de processo capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 593, II, CPC)

O inciso II do art. 593 traz hipótese ainda mais ampla de *fraude à execução*. Há *fraude à execução* quando, "ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência". Trata-se de hipótese em que se protege crédito pecuniário. A alienação/oneração fraudulenta não é sobre a "coisa litigiosa", mas sobre qualquer bem penhorável[49].

Os *pressupostos* são *i)* a exigência de que o ato seja danoso, apto a reduzi-lo à insolvência (*eventus damni*), e *ii)* que tenha sido praticado na pendência de um processo contra o devedor (*litispendência*), que pode ser condenatório, executivo, cautelar, penal[50-51], arbitral[52] etc.; não há fraude na iminência de processo, só na sua pendência[53].

Tradicionalmente, diz-se que a citação válida do réu induz litispendência, com base no artigo 219 do CPC. Ressalve-se que já há litispendência para o autor desde o momento da propositura da demanda (art. 263 do CPC; cf., sobre o tema, o capítulo sobre citação

---

48. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução de títulos extrajudiciais*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Porto Alegre: Forense, 2007, p. 14.
49. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 283.
50. Para ação penal, dizem alguns que não basta que ela esteja pendente. Exige-se que já haja sentença penal transitada em julgado (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 284). Mas o processo criminal é lento e entendemos bastar a queixa ou a denúncia para que se enquadre no tipo civil (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 475; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 247).
51. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371 e 390; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 261.
52. Abrangidos estão os processos arbitrais, considerando sua natureza jurisdicional (conferir, a respeito, o capítulo sobre jurisdição do v. 1 deste *Curso*) e a possibilidade de conduzir a uma condenação. O único cuidado a mais é verificar se o terceiro beneficiário sabia ou tinha como saber da litispendência (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 391). Zavascki descarta a hipótese, dizendo não ser jurisdicional o processo arbitral, razão por que produz título extrajudicial, só podendo conduzir à fraude contra credores (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 284).
53. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 474 e 475; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 95; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80.

no v. 1 deste *Curso*)[54]. A citação do réu/devedor deixa-o ciente da demanda proposta que possa conduzir à sua condenação. A partir daí (citação), atos de diminuição patrimonial que o reduzam ou possam reduzi-lo à insolvência serão considerados fraudulentos[55-56].

Todavia, se houver prova de que o devedor sabia da pendência do processo antes da sua citação, os desfalques patrimoniais anteriores a ela, mas posteriores à propositura da demanda, também deverão ser considerados fraudulentos[57]. É a orientação predominante no STJ (o que revelam os Recursos Especiais n. 37.011, n. 53.756, n. 60.519, n. 34.860, n. 37.931, n. 34.860-6 e n. 45.519-7).

> A questão merece tratamento especial na execução fiscal.
>
> A antiga redação do artigo 185, CTN, gerava discussões sobre a partir de quando os atos de disposição seriam fraudulentos: do ajuizamento da execução ou da citação do devedor? A doutrina e a jurisprudência se dividiam.
>
> Mas, a Lei Complementar n. 118/2005 deu nova redação ao dispositivo, pondo fim às discussões, para presumir fraudulenta a alienação/oneração feita para esquivar-se do crédito tributário "regularmente inscrito", salvo se inexistir insolvência, é claro. A inovação se justifica em razão do interesse público que reveste os créditos tributários[58].
>
> Na verdade, a execução fiscal pode ser tributária ou não tributária. O disposto no art. 185 do CTN somente se aplica aos créditos *tributários*, de sorte que, na execução fiscal *tributária*, será considerada em fraude à execução a alienação ou oneração feita a partir da inscrição em dívida. Alienado ou onerado o bem após a inscrição em dívida ativa do crédito *tributário*, passa a haver uma presunção *relativa* (admitindo, portanto, prova em contrário) de fraude à execução[59].

Se o desfalque patrimonial ocorre no intervalo entre *o fim da fase de conhecimento e o início da fase de execução*, há fraude? Pode-se dizer que, nesse período, há litispendência?

---

54. Ver, ainda, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, n. 5.2.2, p. 217-223.
55. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 49; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 281; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 247; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 392; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 145; SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*, cit., p. 81; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 104; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.753.
56. Com posicionamento diverso, entendendo que o marco inicial para configuração da fraude é a data da distribuição, CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 572 e 574; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V.IV, cit., p. 511.
57. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 247; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 392; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 145; SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente.*, cit., p. 81; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 104; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit, p. 1.753.
58. ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 259.
59. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, n. 12.2.1.4, p. 327.

Se o débito não foi saldado voluntariamente, é evidente que há processo pendente para parte. Ele subsiste; perdura para a realização da execução forçada. Só que o início da sua fase executiva está na dependência de iniciativa do credor.

É necessária, outrossim, a demonstração do *eventus damni*, isto é, que do ato de disposição decorreu um *estado de insolvência*. Para tanto, basta ao credor comprovar que não há outros bens penhoráveis ou que os existentes são insuficientes[60]. Isso se revela com a devolução do mandado, com certidão do oficial de que não encontrou bens penhoráveis. E cabe ao devedor alegar e provar que ainda os têm (CPC, art. 659, § 3°, e art. 652, § 3°). Não é razoável impor ao credor a prova diabólica do fato negativo que é a inexistência de bens penhoráveis[61].

Se, apesar do ato de disposição, o credor ainda encontra bens para sua satisfação no patrimônio do devedor, não há fraude: a movimentação patrimonial foi lícita. O dano só existe se os bens restantes do devedor não bastarem para a satisfação do credor[62].

Para ALCIDES DE MENDONÇA LIMA,[63] não interessa se a demanda era capaz de reduzir o devedor à insolvência (como o dispositivo dá a entender); o que interessa é se o ato fraudulento o conduz à insolvabilidade.

> CC e o CPC cuidam dos atos fraudulentos, mencionando que podem decorrer de alienação, oneração (o que abrange a venda, doação, hipoteca, penhor, promessa irretratável de compra e venda etc.)[64], remissão (Código Civil, arts. 385-388) ou constituição de nova garantia (CC, art. 163).
>
> Mas a fraude contra credores e a fraude à execução podem decorrer de *outros* atos, desde que sejam capazes de reduzir o patrimônio, gerando insolvência – preenchendo outros requisitos de lei[65].
>
> Em caso de dação em pagamento de dívida vencida, entende AMILCAR DE CASTRO que não há alienação fraudulenta, pois o devedor cumpre a obrigação civil. Está o terceiro adquirente livre e isento de acusações de fraude, ainda que saiba da existência de outros credores. PONTES DE MIRANDA e ZAVASCKI[66] discordam, invocando o princípio da igualdade (*par conditio creditorum*) aplicável em caso de insolvência.

---

60. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 207; ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 249; também julgados do STJ, a exemplo do Resp 34.498-9/93, Resp 24.154/92, Resp 235201, Resp 162448, Resp 333161 etc.
61. ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 252.
62. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 81.
63. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V.IV, cit., p. 475.
64. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 209.
65. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 380 e 381. Não abrange a transmissão de domínio por força de desapropriação e, mesmo que o preço seja fixado por acordo, já que, nesta hipótese, a alienação imposta pelo estado independe da vontade do devedor. O interesse público prevalece sobre interesse particular do credor de preservar sua garantia (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 279).
66. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 280.

> Admite-se a fraude à execução quando a alienação, além de ser apurada por negócio oneroso ou gratuito, seja decorrente de processo simulado, como uma cobrança feita por terceiro (falso credor) em face do devedor para que esse terceiro fique com dinheiro decorrente da venda judicial do bem e depois entregue ao devedor[67].
>
> CÂNDIDO DINAMARCO cita o curioso exemplo da pessoa que, demandada para cumprimento de obrigação, casou com terceiro em regime de comunhão universal, comunicando a totalidade de seus patrimônios. Só que a meação reservada ao devedor não bastava para arcar com seu débito. Configurou-se, assim, sua insolvência e foram aplicadas as regras de fraude à execução[68].

Se o estado de insolvência foi instalado e gradualmente agravado por mais e mais reduções patrimoniais, o reconhecimento de fraude deve dar-se na ordem inversa e regredir progressivamente do bem cuja alienação foi mais recente àquele cuja alienação foi mais remota. Responderão pela execução os bens de que se desfez o executado por último, levando-o ao grau máximo de insolvência, só podendo atingir as alienação anteriores até aquela que instalou seu estado de insolvência[69].

Não se exige a intenção ou ciência da fraude pelo próprio devedor-executado-alienante: há presunção *absoluta* de que sabia não poder movimentar o seu patrimônio nessas circunstâncias[70].

> Seguindo tradicional lição de LIEBMAN, de que na fraude à execução é dispensável prova do elemento subjetivo, pois a intenção fraudulenta é "in re ipsa"[71], autores e julgados passaram a defender que, ao contrário da fraude contra credores, na fraude à execução não se exigiria esse elemento subjetivo[72]. Outros rebateram dizendo que, na verdade, LIEBMAN só dispensou prova da intenção e não a intenção em si, que é presumida (de forma absoluta, dizem)[73]. O caso é, nitidamente, de presunção absoluta do elemento subjetivo, que o torna irrelevante para configuração da fraude à execução. Não é caso de presunção relativa, que conduziria a redistribuição do ônus de prova, para impor prova deste elemento subjetivo ao credor.
>
> Neste ponto, a *fraude à execução* assemelha-se à *fraude contra credores*.

---

67. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 81.
68. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 381.
69. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 88.
70. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 468; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 88 e 89; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 84.
    Em sentido contrário, exigindo a investigação da intenção do devedor e do terceiro, SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*, cit., p. 84 segs. Deve-se perquirir seu estado emocional no momento da alienação, diz o autor, citando como exemplo o caso do devedor que se desfaz dos seus bens, quando já demandado, para arcar com despesas de cirurgia de urgência caríssima. E levanta, ainda, a possibilidade de o terceiro só os adquirir para ajudar o devedor. Para o autor, neste caso, não há intenção de fraudar e, portanto, fraude não há.
71. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108.
72. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 205.
73. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 98.

O ato fraudulento é *válido e eficaz* para o devedor alienante e terceiro adquirente, mas não é oponível ao credor exeqüente. É ineficaz para execução que, ainda assim, recairá sobre o bem transferido/onerado fraudulentamente. O bem, agora pertencente ao terceiro adquirente, responderá pela execução. Não existem grandes discussões a esse respeito[74-75].

> A fraude à execução é considerada abuso de direito processual, enquadrando-se como ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*, desacato à autoridade judiciária), na forma do artigo 600, I, CPC, a ser analisado em item subseqüente.
>
> É, ainda, tipificada no artigo 179 do Código Penal brasileiro como alienação/desvio/destruição/danificação de bens ou simulação de dívida que prejudica a execução. Como se vê, o tipo penal é mais amplo, já que vai além dos negócios fraudulentos, para considerar simulações e prejuízos em torno do bem[76].

4.2.3. Outros casos de fraude à execução

O inciso III do art. 593 cria uma *cláusula geral*, ao dizer que haverá fraude à execução "nos demais casos expressos em lei", tais como no art. 615-A, § 3º, e 672, § 3º, do CPC, art. 4º, Lei n. 8.009/1990, e art. 185 do CTN. Adiante, serão examinados mais dois casos de "fraude à execução": a alienação/oneração na hipótese do art. 615-A do CPC e a alienação/oneração de bem penhorado.

4.2.4. Pressuposto subjetivo: scientia fraudis *pelo terceiro adquirente*

Para a configuração da *fraude à execução*, é preciso que o terceiro dela tenha conhecimento (*scientia fraudis*)? O terceiro deve ter conhecimento da pendência da demanda real ou da pendência da demanda capaz de reduzir o devedor-alienante à insolvência, pressupostos objetivos da fraude à execução previstos no art. 593 do CPC e já examinados? Se o terceiro adquirente estiver de boa-fé, enfim, há fraude à execução?

O texto normativo não cuida do tema expressamente. Não se deve ignorar, porém, que a boa-fé do terceiro adquirente deve ser protegida, embora nem o § 3º do art. 42 nem os incisos I e II do art. 593 mencionem o assunto.

Ao menos em relação à aquisição de *imóvel litigioso*, é preciso proteger a boa-fé do terceiro, se a pendência da "ação real imobiliária" não tiver sido averbada na matrícula

---

74. Assim, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 210; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 476 e 477; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 47; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., 101; BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274 e 275; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371, 374-379; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 262; COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 152; ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 244.

75. Poucos são aqueles que dizem ser caso de nulidade absoluta, estando os bens sujeitos à execução. É o caso de Caio Mário (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 543) e Amílcar de Castro (CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80, 81 e 85.

76. MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 22.

do imóvel, como determina o art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/1973. Nesse caso, não parece ser possível a extensão da coisa julgada ao terceiro (CPC, art. 42, § 3º; CPC, art. 592, I), que, diante de um registro imobiliário em que não há a notícia da pendência da ação real, não pode ser surpreendido, sob pena de ser ignorada a necessária proteção da confiança no comércio jurídico[77]. O direito material, a quem cabe reger a hipótese[78], parece exigir, para a incidência do § 3º do art. 42 do CPC (e do inciso I do art. 593, que expressamente cuida da pendência de uma ação real), o conhecimento pelo terceiro adquirente da *litispendência*[79]. Bem a propósito é a redação do n. 3 do art. 271º do CPC de Portugal: "3. A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção". Se, porém, a averbação tiver sido feita, há *presunção absoluta* de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da litigiosidade da coisa.

A exigência do artigo 167, I, n. 21, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), de inscrição no Registro Imobiliário da citação na ação real *não é*, porém, indispensável para configuração da fraude à execução. Havendo inscrição, o credor tem o benefício da presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro da pendência do processo. Não havendo, recairá sobre ele, exeqüente, o ônus de demonstrar que o adquirente tinha conhecimento da pendência do processo[80], prova bastante difícil. Trata-se de posicionamento tranqüilo nos tribunais, posteriormente consolidado com a redação dada aos arts. 659, § 4º, e 615-A, CPC.

Não há a exigência de averbação da pendência de ações reais ou reipersecutórias *mobiliárias*. A prova da ciência pelo terceiro da litispendência é, aqui, mais difícil. Em relação a bens móveis que se sujeitam a registro, há atualmente a regra do art. 615-A, adiante examinado, que permite a averbação da pendência de processo executivo, e ainda há a possibilidade de averbação de um protesto judicial contra a alienação do bem ou a efetivação de uma medida cautelar constritiva como o seqüestro. Ainda há a sugestão da publicidade da demanda por editais[81], medida cuja validade e eficácia podem ser discutidas em juízo[82].

A exigência de demonstração da ciência pelo terceiro da litispendência é corolário da aplicação do princípio da boa-fé. Consciente da dificuldade de provar tal fato, o legislador

---

77. Ponderando sobre o assunto, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 256-257.
78. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 249-250.
79. Em sentido diverso, entendendo ser desnecessário que o adquirente tenha ciência da litispendência: SANTOS, Ernane Fidélis dos. "Alienação da coisa litigiosa e intervenção de terceiros". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 8, p. 32.
80. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 471; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 87; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 206 e 207; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed., v. 1, t. 2, cit., p. 62 e 63; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 282 e 283.
81. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 472.
82. Há quem invoque o artigo 221, CC, que prevêem o registro do instrumento particular no registro público (p. 162) (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*. cit., p. 162).

vale-se de presunções para facilitar a tarefa do credor, como as que decorrem do § 4º do art. 659 e do art. 615-A. Não havendo presunção legal, caberá ao credor o ônus da prova da fraude.

O problema é o mesmo para a comprovação da ciência pelo terceiro da pendência de processo capaz de levar o devedor-alienante à insolvência, pressuposto do inciso II do art. 593.

É certo que o terceiro deve diligenciar a obtenção de certidões negativas junto aos cartórios de distribuição de demandas no seu próprio domicílio e no domicílio do devedor-alienante[83]. Trata-se de providências que devem ser tomadas, pois, de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição de bem que podem ser exigidas da pessoa comum[84].

> O único problema está em saber se a pendência do processo é fato que pode ser conhecido, se essa informação ainda é pública (os autos podem ter sido arquivados, por exemplo, cf. art. 475-J, § 3º[85]), para que se apure se o terceiro beneficiário sabia ou que tinha como saber da sua subsistência durante este seu período de latência[86].

O STJ editou, recentemente, o enunciado n. 375 da sua súmula de jurisprudência predominante: "O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". O texto consagra entendimento jurisprudencial consolidado, no sentido de que a configuração da fraude à execução, não obstante o silêncio legislativo, pressupõe a *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente do bem alienado. O conhecimento da fraude é presumido, quando se tratar de alienação de bem

---

83. Salamacha, com toda razão, sustenta que só subsiste essa presunção em favor do credor, de ciência do terceiro adquirente, se a demanda tramita na comarca em que se situa o imóvel ou no domicílio do alienante. Afinal, o terceiro adquirente que está de boa-fé têm o dever de diligência e precaução, cabendo-lhe adotar a cautela de providenciar certidão negativa de ônus no registro imobiliário dessas localidades. Caso contrário, se a demanda corre em local diverso, e o terceiro adquirente, nem com toda diligência dele esperada, teria a oportunidade de conhecê-la, a presunção se inverte e cabe ao credor provar que o terceiro adquirente sabia da pendência da demanda. É imperativo decorrente da máxima da boa-fé objetiva (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 164 e 165).

84. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 209; ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 256; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 176 e 177; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 399. Já Salamacha, com base no princípio da proporcionalidade, distingue duas diferentes situações: *a)* há presunção em favor do credor, de que o terceiro conhecia ou deveria conhecer a demanda, se ela tramitar na mesma comarca em que está o bem ou na mesma comarca em que tem domicílio o alienante; mas é presunção relativa, cabendo prova o contrário; *b)* e há presunção em favor do terceiro adquirente de que não a conhece nem poderia conhecê-la, se não corre nestas comarcas; também é presunção relativa, cabendo prova em contrário. Só se protege o terceiro adquirente de boa-fé cauteloso - jamais o desidioso -, que toma as precauções esperadas do homem mediano e exigidas da vida moderna, dentro das suas possibilidades. (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 180 ss.)

85. § 5º do art. 475-J do CPC: "Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte".

86. ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 248 e 249; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 392 e 393.

imóvel penhorado, em cuja matrícula tenha sido feita a averbação da constrição judicial (aliás, como de resto já estava claro pelos textos dos § 4º do art. 659, e o § 3º do art. 615-A, ambos do CPC). Trata-se de presunção legal absoluta, confirmada pelo texto sumulado. O entendimento deve ser estendido à alienação de bem *móvel*, em cuja matrícula tenha sido registrada a penhora ou, também, embora não mencione o enunciado, a pendência da execução (art. 615-A, § 3º, CPC). A *scientia fraudis* também será presumida nos casos de aquisição de bem imóvel, em cuja matrícula tenha sido averbada a pendência de ação real imobiliária (art. 167, I, n. 21, da Lei de Registros Públicos). Não tendo sido feita a publicidade da penhora ou da pendência da execução, caberá ao exeqüente demonstrar a "má-fé" do terceiro adquirente, que se caracterizará pela prova de ciência pelo terceiro da (a) pendência do processo que possa conduzir o executado à insolvência, (b) da pendência de processo em que se discuta a coisa alienada ou (c) da penhora. O novo enunciado do STJ não traz novidade de relevo, mas, como se vê, não pode ser considerado como regra que esgota as situações de alienação em fraude à execução. É preciso estender a presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro aos casos de aquisição de bem em cuja matrícula tenha sido averbada a pendência da execução (art. 615-A, § 3º, CPC) ou a pendência de ação real imobiliária (art. 167, I, n. 21, Lei de Registros Públicos).

Especialmente delicada é a tutela da boa-fé, em caso de *alienações sucessivas* do bem.

Imagine-se que o devedor, na pendência de demanda apta a reduzi-lo a insolvência, vende bem seu para um "primeiro adquirente" que, por sua vez, vende-o para um "segundo adquirente" e assim sucessivamente. Todos os adquirentes estão de boa-fé, o que levanta o problema: eventual decretação de fraude à execução terá o condão de privar o último adquirente da propriedade do bem transferido, mediatamente, pelo devedor insolvente? Nesses casos, o STJ tem propugnado a necessidade de proteger aquele que adquiriu o bem daquele que adquiriu o bem do devedor demandado, o chamado adquirente mediato ou sucessivo, que deve ter sua boa-fé preservada. Uma vez demonstrada a prática de comportamentos mínimos para a verificação da procedência lícita dos bens adquiridos (certidão negativa de distribuição, p. ex.), há presunção de inocência a seu favor, cabendo ao credor demonstrar que ele sabia ou tinha condições de saber da pendência da ação[87].

> A propósito disso, veja interessante julgado do STJ, 1ª T., REsp n. 489.618/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 08.04.2003, publicado no DJ de 02.06.2003, p. 208: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. VEÍCULO IMPORTADO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PRECEDENTES. 1. A aquisição, no mercado interno, de mercadoria importada, mediante nota fiscal emitida por firma regularmente estabelecida, gera a presunção de boa-fé do adquirente, cabendo ao Fisco a prova em contrário. A pena de perdimento não pode se dissociar do elemento subjetivo (inexiste na espécie), tampouco desconsiderar a boa-fé do adquirente. 2. In casu,

87. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 395; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, cit., p. 287; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 198-200.

> restou comprovado que o veículo foi adquirido no mercado interno, e muito após a respectiva importação, de terceiro e este já o havia adquirido de pessoa diversa. Não poderia, portanto, o embargante saber da existência de execuções contra o primitivo proprietário, pois seu cuidado foi apenas obter certidão do veículo junto ao DETRAN, onde não constavam quaisquer gravames na matrícula do veículo".

A má-fé do terceiro adquirente é pressuposto da *fraude à execução*[88] e se caracteriza pelo conhecimento das suas hipóteses de cabimento.

4.2.5. Contraditório

Exatamente porque é preciso demonstrar a má-fé do terceiro beneficiário, exige-se o respeito ao prévio contraditório. Antes do reconhecimento da fraude à execução, é preciso garantir a oportunidade de o terceiro manifestar-se, principalmente antes da realização de qualquer ato de expropriação. Daí dizer que o mandado executivo deverá ser endereçado a ele, e, não mais, ao devedor/alienante (o que pode ser extraído por interpretação extensiva do artigo 626 do CPC)[89].

Ora, se titulares de direitos reais limitados (usufrutuário, credor hipotecário etc.) têm direito de ser cientificados da penhora, para que seja eficaz a adjudicação ou alienação judicial (conforme artigos 615, III, 619, e 698, todos CPC), há ainda maior razão para que o mesmo direito seja assegurado ao titular do domínio pleno sobre o bem[90].

5. ALIENAÇÃO DE BEM PENHORADO

Viu-se que o artigo 593, II, CPC, consagra a hipótese mais importante e ampla de fraude à execução, decorrente da alienação/oneração realizada por devedor demandado em risco de insolvência.

Há, porém, uma espécie de alienação/oneração de bem por devedor que é especial: trata-se da alienação/oneração de bem *já penhorado*. É a situação mais grave de todas, afinal o bem já está constrito, já foi vinculado à execução[91]. Dispor deste bem equivale a afrontar a um concreto ato judicial; é resistir à autoridade do juiz concretamente exercida sobre o bem. Embora o CPC não cuide do tema expressamente, qualquer ato de disposição desse bem será totalmente ineficaz para execução, sob pena de aniquilação da efetividade e a autoridade da prestação jurisdicional.

Seu tratamento processual é, por isso, diferenciado e mais agressivo, pois a configuração da fraude à execução, neste caso, *não dependerá da demonstração de insolvência do devedor.*

---

88. Assim, também, THEODORO Jr, Humberto. "A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 81, com amplas referências.
89. Dessa forma, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 210.
90. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 210.
91. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371 e 398; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 207.

O bem está *preso, vinculado* à execução, e o gravame que pesa sobre ele vai perdurar e persegui-lo nas mãos de quem quer que seja, pouco importando que o devedor esteja ou não em estado de insolvência.[92-93]

O principal problema ainda é a comprovação da ciência da penhora pelo terceiro.

É fundamental, portanto, dar a *máxima publicidade* à penhora.

A penhora de imóvel, por exemplo, na forma do § 4º do art. 659 do CPC, deve será averbada no registro imobiliário para que seja oponível a terceiros (art. 664): inscrita a penhora na matrícula do imóvel, há presunção *absoluta* de que o terceiro tinha ciência do ato constritivo.

Mas, ainda que o gravame não seja levado a registro, há fraude à execução quando se tem prova de que o terceiro adquirente (ou beneficiado com a oneração) sabia ou deveria saber da sua existência. E o ônus da prova recai sobre o credor que alegou a fraude[94].

A penhora de *móveis* não pressupõe nenhum tipo de registro (até porque são poucos os bens móveis que se submetem a registro público). Diz-se, assim, que, penhorado bem móvel, ele é colocado sob a guarda e conservação do depositário, que, não raro, é o próprio devedor. Se o depositário pratica ato de alienação/penhor do bem, que se implementa com a tradição para o terceiro beneficiário (CC, art. 1.431), esse ato será tido por fraudulento e ineficaz para execução. Se o terceiro beneficiário agir de boa-fé, a perda do bem se reduzirá ao direito de indenização em face do depositário[95]. Melhor lição parece ser a de Teori Zavascki[96]. Diz ser lícito que se presuma a boa-fé do terceiro beneficiário do bem móvel, cuja penhora não é registrada, afinal adquire de quem tem

---

92. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 207; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit, p. 262; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 277, 278 e 286 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 398; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 174 e 175; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 125 ss.

93. Já Liebman faz reflexão diversa. Entende que a alienação/oneração de bem já penhorado não configura fraude à execução, pois não depende de prova de dano decorrente do ato de disposição. O bem penhorado está sujeito à execução incondicionalmente; está vinculado a ela e sua alienação/oneração para terceiro será ineficaz independentemente da existência de dano (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 127).

94. No entanto, a 3ª T. do STJ, em fevereiro de 2008, ao julgar o Resp n. 618.625, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, com um placar de três votos a dois, mudou seu entendimento sobre a questão. Entendendo que a jurisprudência anterior privilegiava a fraude à execução, tornando mais difícil demonstrá-la, trouxe nova visão sobre o ônus de prova da ciência do terceiro adquirente da demanda em curso (ou até mesmo da penhora). A Ministra Relatora sustentou que o artigo 593, II, presume a fraude, cabendo ao *terceiro adquirente provar o contrário*. Cabe-lhe provar que a alienação/oneração não reduziu o devedor à *insolvência*, bem como a inviabilidade de conhecer a *pendência da demanda* envolvendo o alienante - prova árdua, diante da publicidade gerada pelo registro da ação, da citação, da penhora, ou com a simples distribuição de uma petição inicial. Além disso, considerou-se a exigência de que constem, na escritura pública de imóvel, feitos ajuizados contra o proprietário, que deve apresentar certidões dos cartórios distribuidores no ato de lavratura (Lei n. 7.433/1985).

95. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 400.

96. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 288.

posse, o que é indício forte de ausência de qualquer gravame, presunção esta que, com maior razão, se estende aos adquirentes sucessivos. Mantém-se a linha deste *Curso* de proteger a boa-fé do terceiro adquirente.

> A Lei n. 11.382/2006 inseriu o artigo 615-A no CPC, que autoriza a averbação de certidão de ajuizamento da ação executiva não só no registro de imóveis, como no de veículos e outros móveis. É faculdade conferida ao credor, que lhe beneficia com a presunção legal de que atos de alienação/oneração de tais bens, na pendência da execução, foram fraudulentos. Mas essa possibilidade existe desde o momento do ajuizamento da ação, antes mesmo da penhora, o que a aproxima ainda mais da hipótese prevista no item antecedente ("fraude à execução").
>
> Apesar disso, se é admitido registro da ação, por que não admitir registro da penhora? E mais, há quem diga, como ARAKEN DE ASSIS[97], que esse registro antecipa a eficácia que se gera para terceiro com a própria penhora registrada.

Tratando-se de *penhora de crédito* do devedor perante terceiro, este terceiro será intimado para pagar ao juízo, sendo ineficaz qualquer quitação (ou remissão) dada ao devedor/executado (CPC, art. 671).

Além disso, intima-se o devedor/executado para que não faça cessão do crédito, que, uma vez realizada, será igualmente ineficaz – ressalvando-se o caso de boa-fé do cessionário a título oneroso.

Se for penhora com apreensão física do título de crédito (art. 672), é inviável cessão fraudulenta, afinal a cambial só pode ser repassada por endosso em seu instrumento, que estará em juízo[98].

6. QUADRO COMPARATIVO

	FRAUDE		
	Contra credores	**À Execução**	**Alienação de bem penhorado**
Elemento objetivo	Insolvência	Pendência de ação real sobre a coisa alienada (art. 593, I) e insolvência e litispendência (art. 593, II)	Litispendência e ato de constrição
Elemento subjetivo	Ciência pelo terceiro prejudicado do dano, a ser provada pelo credor – salvo no negócio gratuito	Ciência pelo terceiro prejudicado da litispendência, presumida com registro da ação	Ciência pelo terceiro prejudicado da penhora, presumida com seu registro.
Consequência	Anulabilidade – para alguns, ineficácia (polêmica)	Ineficácia relativa	Ineficácia relativa[99]

97. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 260.
98. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 400 e 401.
99. Diz ser caso de inexistência, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 4, cit., p. 49.

Natureza	Material – e só protege crédito pecuniário	Processual – protege, também, obrigação de entregar coisa.	Processual – e só protege crédito pecuniário.
Remédio judicial	Ação pauliana (revocatória ou declaratória de ineficácia relativa, em alguns casos)	Reconhecimento incidental à execução	Declaração incidental à execução
Prejuízos	Para o credor	Para o credor e para a prestação jurisdicional	Para o credor e para a prestação jurisdicional

7. AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO NO REGISTRO DE BENS DO DEVEDOR. ART. 615-A, CPC

A Lei n. 11.382/2006 introduziu o art. 615-A no CPC, que inova em matéria de fraude à execução de título extrajudicial, instituindo a possibilidade de averbação do ajuizamento da execução em registro público de bens sujeitos à penhora ou arresto.

É norma inovadora. Até então, só se encontrava, no ordenamento brasileiro, a consagração da possibilidade de averbação de penhora de imóveis (CPC, artigo 659, § 4º) e de citações das ações reais e reipersecutórias de imóveis (LRP, artigo 167, I, 21). Ambas se restringem a *bens imóveis* e só podem se aperfeiçoar, na melhor das hipóteses, *depois da citação*[100].

> Antes da inserção do art. 615-A no CPC, o Superior Tribunal de Justiça, em precedente específico, entendeu impossível, diante da ausência de previsão legal, a averbação da existência da execução junto ao Detran, somente sendo admitida após a formalização da penhora[101]. Não se admitia a averbação da existência da execução em registros de bens, exatamente por não haver previsão legal. Além do mais, é somente com a penhora que se particulariza e se isola o bem que será objeto de expropriação forçada, assegurando-o de eventual alienação que venha a ser feita pelo executado, que será ineficaz relativamente ao exeqüente.
>
> Com a introdução, no Código de Processo Civil, do art. 615-A, tal tipo de averbação passou a ser possível, não devendo mais prevalecer aquele entendimento restritivo, manifestado no citado precedente do Superior Tribunal de Justiça. Conquanto ainda não realizada a constrição judicial em bem do executado, a averbação da existência da execução produz o mesmo efeito prático do registro da penhora: gera a presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro da existência de demanda executiva contra o devedor-alienante, não podendo o terceiro adquirente alegar que desconhecia a existência do processo executivo[102].

---

100. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução". In: *Execução extrajudicial. Modificações da Lei n. 11.382/2006*. COSTA, Susana Henriques (coord.). São Paulo: Quartier Lantin, 2007, p. 158 e 159.

101. "Processo Civil – Execução Fiscal – Pleiteado Registro da Execução junto ao Detran antes da Citação Impossibilidade – Ausência de Previsão Legal – Princípio da Legalidade Estrita. A anotação da existência da execução no registro do veículo de propriedade do executado junto ao Detran não tem forma legal, somente sendo cabível após formalizada a penhora. Entendimento contrário violaria frontalmente o princípio da legalidade estrita, condensado na máxima: a Administração só pode fazer o que a lei permite, enquanto o particular apenas não pode fazer o que a lei proíbe. Provimento negado ao recurso especial." (STJ, 2ª T., REsp n. 543.938/MG, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 4.12.2003, publicado no *DJ* de 17.5.2004, p. 188)

102. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil - 3ª Série*. São Paulo: RT, 2007, p. 74-75.

Daí as duas principais novidades trazidas pelo artigo 615-A: *i)* abrange *todos os bens* penhoráveis ou "arrestáveis", móveis ou imóveis; *ii)* pode ser efetivada já quando do *ajuizamento da ação*. Com isso, amplia-se a esfera de proteção do credor que pode tornar pública sua demanda, já quando proposta, bem como o fato de aquele bem do devedor estar sujeito a ela.

A regra deve ser interpretada de forma a que se lhe dê a maior eficácia e o maior proveito possível, em termos de proteção do credor e do terceiro de boa-fé. É o que ora se pretende fazer.

Na forma do *caput*[103] do dispositivo citado, distribuída a ação, o exeqüente pode[104] obter certidão atestando a pendência da causa[105], suas partes e seu valor, para providenciar a averbação da execução[106] no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto (como, por ex., o registro de ações de S.A. ou o registro de embarcação na capitania dos portos[107]).

As averbações deverão ser comunicadas em juízo no prazo de 10 dias, a contar da data de sua realização (art. 615-A, §1º[108]). Feita a comunicação tempestivamente, a eficácia da averbação retroagirá à data em que foi realizada. O descumprimento desse prazo será enquadrado como conduta desleal, ensejando a responsabilidade prevista no § 4º do artigo 615-A[109]. Se o atraso na informação da averbação ao juízo trouxer algum dano ou prejuízo ao executado, este poderá requerer indenização em face do exeqüente, em caso de responsabilidade objetiva.

---

103. Art. 615-A do CPC: "O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto".
104. O registro é ônus do credor, para precaver-se de aquisições ou garantias dadas maliciosamente a terceiro de boa-fé, gerando uma presunção absoluta de que seria fraudulenta.
105. Segundo Marinoni e Arenhart, a certidão não é requerida ao distribuidor, mas ao cartório competente (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 262; contra, WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 76), e, acrescentamos, independente de despacho judicial (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 239; WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 74).
106. A norma merece interpretação extensiva, de forma a ampliar sua eficácia protetiva do credor e dos terceiros adquirentes, para admitir a averbação de qualquer ação que possa futura e eventualmente gerar execução (condenatória, civil ou penal, por exemplo) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 262). Contra, só admitindo averbação de execução, WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 76.
107. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 162.
108. § 1º do art. 615-A do CPC: "O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização".
109. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 163; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 441.

● legislador estabelece uma presunção absoluta[110] de *fraude à execução* se houver alienação ou oneração de bens após a averbação (art. 615-A, § 3º, CPC[111]). Seu intuito parece ser antecipar a eficácia advinda da penhora averbada contra terceiro[112]. *Não há, assim, necessidade de demonstração da insolvência.*

Essa presunção de fraude dos atos de disposição posteriores ao ajuizamento da execução é importantíssima, pois vem preencher um espaço perigosamente deixado em aberto pelo legislador e pelos tribunais. De acordo com a interpretação dada ao art. 593, presumem-se em fraude só atos ocorridos depois da citação do réu, pois se entende que, apenas a partir desse momento, haveria litispendência para o réu. Mas, nas execuções de título extrajudicial, o devedor pode desfazer-se de seus bens, maliciosamente, antes mesmo de sua citação, ciente que está de que a dívida venceu e ele não a pagou – e é muito difícil provar que ele tinha conhecimento da ação antes de ser citado. Com artigo 615-A, o legislador não deixou a descoberto este período entre a propositura da demanda e a citação do executado[113].

Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata esse artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados (art. 615-A, § 2º[114]). Enquanto a averbação é ônus do exeqüente, para prevenir-se de fraude, o cancelamento dela depende de pronunciamento judicial, por provocação ou de ofício[115].

Averbação indevida gera direito de indenização para o devedor – aplicando-se regras de litigância de má-fé[116] (art. 615-A, § 4º[117]), constituindo infração ao artigo 14, IV, CPC[118]. E o valor da indenização pode ser arbitrado desde logo ou ser remetido à "liquidação por arbitramento".

> O art. 18 do CPC, em seu § 2º, limita o valor da indenização ao máximo de 20% do valor da causa, sendo que o *quantum* pode ser fixado de plano pelo magistrado, caso os elementos necessários para seu arbitramento encontrem-se nos autos, ou pode ser fixado posteriormente, em liquidação.

---

110. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 260; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 167; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 180).
111. § 3º do art. 615-a do CPC: "Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593)".
112. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 260. Segundo Araken, não será necessário converter averbação de ajuizamento da ação em averbação de penhora, pois as finalidades são as mesmas. O artigo 615-A só *antecipa* a eficácia da averbação da penhora e, com ela, o exeqüente já estaria suficientemente protegido contra fraudes (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 441).
113. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 166 e 167.
114. § 2º do art. 615-A do CPC: "Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados".
115. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 260.
116. Para Amadeo, não é litigar de má-fé, por não se enquadrar no artigo 17 do CPC e não se aplicar a multa do artigo 16 do CPC (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 171).
117. § 4º do art. 615-A do CPC: "O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados".
118. Inciso IV do art. 14 do CPC: "não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito".

> Embora a lei determine expressamente que a liquidação seja por arbitramento, parece ser juridicamente inviável, já que a fixação do *quantum* indenizatório pode dispensar conhecimentos técnicos de perito especializado, tal como pressupõe a instauração de uma fase de liquidação por arbitramento.
>
> Caso se remeta a determinação do valor indenizatório a uma posterior liquidação, normalmente essa será por artigos (CPC, art. 475-E e 475-F), porque, provada a existência do dano, muitas vezes subsistem outros fatos (normalmente relacionados com a sua extensão), que ainda precisam de prova; fatos esses que tenham influência na fixação do valor da condenação e que deverão ser articulados e provados, como, por exemplo: a gravidade do abuso cometido, a extensão dos danos causados etc. A decisão condenatória (interlocutória e agravável) atesta, definitivamente, tão-só, que o dano ocorreu e que deverá ser indenizado, mas as suas proporções devem ser aferidas e liquidadas por artigos.

São exemplos de averbações indevidas: *i)* averbação em excesso; *ii)* se já há bem sobre o qual o credor exerce direito de retenção ou garantia real, salvo se flagrantemente insuficiente; *iii)* averbação não comunicada no prazo etc.

Eis o teor do dispositivo que, embora previsto para execução de título extrajudicial de quantia certa, poderá ser aplicado à execução de títulos judiciais – inclusive à fase de cumprimento de sentença, a teor do art. 475-R, CPC – e de quaisquer outras obrigações[119]. O dispositivo está entre as disposições gerais para as diversas espécies de execução, o que denota que sua aplicabilidade não se restringe à execução de título extrajudicial por quantia certa, alcançando as execuções de título judicial e as execuções de entrega de coisa, de fazer, de não-fazer (que são conversíveis em perdas e danos)[120]. Mas, neste caso, o cancelamento da averbação deve ocorrer no momento do cumprimento específico da obrigação ou da penhora suficiente da quantia em que foi convertida.

Embora seja possível imaginar a sua aplicação na execução de sentença, possivelmente ela será rara: é que já tendo ciência da existência de bens penhoráveis, o credor já os indicará logo à penhora; na execução por título extrajudicial, a penhora sempre será feita depois da citação; na execução de sentença, não é assim, podendo ser feita antes da intimação do executado para apresentar a sua defesa.

Enfim, o § 5º do art. 615-A[121] dispõe que caberá à Corregedoria Geral Justiça, federal e de cada estado-membro, regular esse procedimento administrativo de averbação e cancelamento por provimentos.

8. ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

8.1. Considerações prévias

Não são incomuns as manobras protelatórias e abusivas engendradas pelo executado para embaraçar ou frustrar os resultados práticos de execução, como já se viu: esquiva-se

---

119. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 262; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 161.
120. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 159.
121. § 5º do art. 615-A do CPC: "Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo".

de receber a citação/intimação inicial; quando já citado/intimado, desfaz-se de seus bens penhoráveis ou os oculta; furta-se a indicar outros bens passíveis de penhora; indica bem sem valor ou bem inexistente etc.

Preocupado com esses reveses típicos do procedimento executivo, o legislador, no art. 599[122], muniu o juiz de poderes para, de ofício e a qualquer momento: i) *determinar o comparecimento das partes* (inciso I), para obter esclarecimentos, para tentar conciliá-las, e, até mesmo, para enquadrá-las, em caso de deslealdade; ii) *advertir o devedor* de que sua conduta é atentatória à dignidade da jurisdição (inciso II).

> Cumpre lembrar o que já se viu no capítulo sobre a introdução à tutela jurisdicional executiva: à execução aplica-se o princípio da cooperação, devendo o executado colaborar com o processo, indicando seus bens penhoráveis e não praticando atos que embaracem, atrasem ou dificultem o andamento da execução ou a satisfação do crédito cobrado.

Os arts. 600 e 601 cuidam dos atos atentatórios à dignidade da jurisdição executiva (autênticos *contempts of court* executivos).

> A doutrina do *contempt of court* define o microssistema normativo composto por regras e princípios que vêm garantir a boa administração da justiça e o prestígio do Poder Judiciário. Tem o condão de regrar os atos tidos por *contempt of court*[123], que representam, precisamente, o *desprezo à corte* ou *desacato ao tribunal,* conduta ofensiva punível de diversas maneiras.[124]
>
> Essa doutrina foi originariamente concebida e consagrada nos ordenamentos da família do *common law,* sendo que a sua adoção – visível, em nosso sistema, no art. 14, V, e parágrafo único, nos arts. 461 e 461-A e nos arts. 600 e 601, por ex. – legitima o uso de métodos de coerção e/ou punição sobre aqueles que desrespeitam ou ameaçam desrespeitar a autoridade judicial, "prevenindo e reprimindo os atos de desobediência, desprezo, interrupção, obstrução e impedimento, atuais ou iminentes, das partes ou de terceiros, no curso de um processo judicial, denominados de atos de *contempt of court*".[125]
>
> Tem por objetivo, portanto, evitar ou, se necessário, punir qualquer tipo de conduta que represente uma afronta ao órgão julgador (na qualidade de representante do Estado-juiz no exercício da função jurisdicional), que lhe ofenda a honra e o decoro, prejudicando o perfeito andamento do feito – o que obsta, por fim, a entrega de uma tutela célere, justa e eficaz.
>
> Consagrado o instituto (*contempt of court*) e a doutrina que o governa, passa o julgador a ter o *contempt power*[126]: o poder de fiscalizar e sancionar a conduta dos

122. Art. 599 do CPC: "O juiz pode, em qualquer momento do processo: I - ordenar o comparecimento das partes; II - advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça".
123. Saliente-se que a expressão "*contempt*" serve tanto para definir a conduta atentatória, como o processo que venha preveni-la ou reprimi-la.
124. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta.* São Paulo: RT, 1999, p. 72.
125. BUENO, Júlio César. *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro.* São Paulo: 2001, 316 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, p. 71.
126. "The contempt power is essential to maintaining the court's authority to determine a litigant's legal responsibilities. At the same time, its exercise is fraught with the risk of arbitrary exercise, especially if the jugde

> partícipes do processo, repelindo ações e omissões temerárias e obstrutivas da adequada administração da justiça – o que corresponde, na linguagem jurídica nacional a um poder de polícia como função atípica do juiz, atribuindo-lhe a prerrogativa de "pôr ordem na casa", ou melhor, na corte. São, portanto, "atributos necessários para tornar efetiva a função jurisdicional de administração da justiça".[127]

Visando preservar a ética e a probidade na execução, impõe o legislador, nesses dispositivos, deveres de lealdade e cooperação especificamente para o executado, exigindo que contribua para efetividade da prestação jurisdicional. Desrespeitados esses deveres, incorre o devedor em ato atentatório à dignidade da justiça, ilícito processual (abuso do seu direito de litigar/atuar em juízo[128]), tipificado nas hipóteses do artigo 600 (com um rol meramente exemplificativo)[129-130], e sancionado na forma do artigo 601.

8.2. *Contempt of court* na execução. Hipóteses legais

O art. 600, CPC, traz várias hipóteses de ato atentatório à dignidade da jurisdição.

O inciso I do art. 600 reputa atentatório o ato do executado que *fraude a execução,* conduta devidamente enfrentada no item precedente, e que traz consigo uma presunção absoluta de má-fé do devedor e do seu intuito (ou simples consciência) de lesar seu credor.

Muitos concordam que o inciso prevê conduta que corresponde à fraude à execução tipificada nas hipóteses do artigo 593[131]. Outros dizem que a ela não corresponde, mas, sim, a toda a conduta do devedor que priva de efeito a execução, frustrando os seus resultados[132].

---

becomes emotionally involved with the respondent's deliance. Advocates of due process argued that another judge always should be designated to determine contempt of court. However, such requirement could lead to infinite regress in which the respondent becomes defiant in the contempt proceeding itself. In the extreme case, as in the incidents of ordinary litigation, therefore, the fairness of judicial procedure has to depend on the character and self-discipline of the judges and not merely on the rules of procedure" (HARZARD, Geoffrey C. & TARUFFO, Michelle. *American civil procedure–an introduction.* New Haven: Yale University, 1993, p.204).

127. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta,* cit., p. 91.

128. Como diz ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 183. Já para Helena Abdo, é abuso e, não, ilícito, pois o executado exerce situação jurídica que lhe é conferida de modo anormal – não se limita a violar lei sem que se pressuponha um direito exercido (ABDO, Helena Najjar. "Ato Atentatório à Dignidade da Justiça na Nova Execução Civil". In: *Execução extrajudicial. Modificações da Lei n. 11.382/2006.* COSTA, Susana Henriques (coord.). São Paulo: Quartier Lantin, 2007, p. 143). Só que o abuso do direito é *um ilícito.*

129. Art. 600 do CPC: "Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: I - fraudar a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores".

130. ASSIS, Araken. *Manual da Execução,* 11ª ed., cit., p. 330.

131. ASSIS, Araken. Manual da Execução, 11ª ed., cit., p. 330; ABDO, Helena Najjar. "Ato Atentatório à Dignidade da Justiça na Nova Execução Civil", cit., p. 150; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores,* cit., p. 466; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado.* Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.764.

132 COELHO JUNIOR, Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo,* cit., p. 107-109. O autor expõe a polêmica (vale conferir) e entende que o inciso não se refere à fraude à execução, porquanto fraude não enseja *contempt* (desacato à autoridade do juiz), não atenta contra o processo e a justiça; atenta contra os interesses do devedor.

Por fim, existem aqueles que entendem que o dispositivo abrange a fraude à execução do artigo 593, bem como outras condutas antijurídicas do devedor. "Fraude" estaria ali colocada no sentido genérico de "frustrar", "burlar" a execução e seus resultados[133].

Parece que a melhor interpretação é a que remete ao art. 593: "fraude à execução" é expressão com sentido muito claro no texto do CPC.

Também se reputa atentatório o comportamento do executado que *se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos* (art. 600, II, CPC). Opor-se à execução é direito do executado. O que a lei rechaça é oposição maliciosa, ardilosa, artificiosa, pois extrapola os limites do exercício regular de tal direito. A conduta deixa de ser regular para ser abusiva[134]. É o que ocorre, por exemplo, quando o executado se recusa a assinar o auto de depósito, só para gerar um incidente e atrasar o feito[135].

Também é ilícita a conduta do executado que *resiste injustificadamente às ordens judiciais* (art. 600, III, do CPC). Refere-se o inciso à resistência injustificada às ordens judiciais. Só é abusiva a resistência que ocorra sem justo motivo. Imagine-se, por exemplo, que o juiz determina a remoção de uma aeronave penhorada para o aeroporto de Salvador, sem que tenha "certificado de aeronavegabilidade". A empresa aérea executada pode resistir a cumpri-la, com justo motivo, para evitar eventual complicação ou acidente aéreo. Não haveria, nesse caso, resistência injustificada; ela seria plenamente justificada, mas seria caso de resistência injustificada, por exemplo, a retenção indevida dos autos[136].

Finalmente, reputa-se ilícito o comportamento do executado que, *intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores* (art. 600, IV, CPC). Antes da Lei n. 11.382/2006, o artigo 600, inciso IV, continha previsão mais simples, enquadrando como ato atentatório à dignidade da justiça a omissão do devedor em indicar *onde* se encontrariam bens sujeitos à execução – isto é, era ilícita a ocultação de tais bens. Não se exigia que indicasse *qual* o bem penhorável, nem o seu *valor*. Depois da reforma, o inciso passou a prever que é *contempt of court* (ato atentatório à dignidade da justiça) o ato do devedor que, uma vez intimado, não indica ao juiz, no prazo de lei, *quais são* e *onde estão* os bens sujeitos à penhora, bem como *o valor* de cada um[137].

---

133. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 108; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 511; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, cit., p. 184 segs.
134. ABDO, Helena Najjar. "Ato Atentatório à Dignidade da Justiça na Nova Execução Civil", cit., p. 152.
135. CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.764. Conferir exemplos trazidos da jurisprudência por ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, cit., p. 187 ss.
136. Conferir exemplos trazidos da jurisprudência por ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, cit., p. 187 ss.
137. "Trata-se do chamado 'dever do executado de informação patrimonial no processo', que já vem sendo adotado em vários ordenamentos jurídicos. No direito argentino, embora não haja lei prevendo expressamente esse dever, entende-se que deve ser extraído do princípio da efetividade, a fim de garantir a satisfação do

> Há quem entenda que, uma vez intimado, deve o executado indicar *todos* os bens, a fim de que sejam analisados de acordo com a ordem de preferência prevista no art. 655 do CPC[138]. Não é essa a opinião dos autores deste *Curso*. Um deles, em trabalho específico, assim se manifestou: "Ao ser intimado, *não* deve, necessariamente, o executado indicar *todos* os seus bens penhoráveis. Cabe-lhe indicar um ou alguns bens, suficientes para satisfação do crédito. Em respeito ao princípio da menor onerosidade, *não* precisa o executado indicar *todos* os seus bens, devendo apenas indicar bens suficientes para satisfação do crédito. (...).Cumpre, também aqui, aplicar a *regra da proporcionalidade,* devendo-se avaliar, *em cada caso,* a necessidade de se obter a informação sobre *todos* os bens ou sobre apenas *um* ou *alguns* deles, a depender do valor cobrado e do porte do executado"[139]. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, "Não teria o menor sentido exigir de um executado com vasto patrimônio uma indicação da relação de todos os seus bens quando executado em demanda de pequeno valor, sendo satisfeito o direito do exeqüente somente com um dentre os vários bens que compõem o patrimônio do executado"[140].

São pressupostos para incidência do dispositivo: *i)* não terem sido localizados bens penhoráveis, seja pelo exeqüente, seja pelo oficial de justiça (art. 652, §§ 1º e 2º). Nesse caso, deve ser intimado o executado para indicá-los; *ii)* devidamente intimado o executado para indicá-los, incorrerá em *contempt* se tiver bens e não os indicar ou afirmar não tê-los; não tiver bens e não informar isso ao seu juízo; indicar bens que não existem; ou indicar bens já onerados sem informar essa circunstância em juízo[141].

A *indicação de bens à penhora* tornou-se, como se vê, prestação *devida* pelo executado. *Há o dever de o executado indicar o bem à penhora.*

> Na vigência da redação anterior do dispositivo, entendia-se que o único dever imposto ao devedor era o de não esconder bens sujeitos à penhora. Mas não tinha o dever de indicá-los ao juízo: não se poderia exigir dele que, altruisticamente, sacrificasse interesse próprio em benefício do credor. A indicação de bem à penhora era considerado um *ônus* seu, cujo descumprimento implicava preclusão, mais precisamente, a perda do direito de nomear bens à penhora, que passava a ser do credor. É o que diziam a doutrina e jurisprudência[142].

---

direito material reclamado e evitar sua frustração." (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Colaboração do executado no processo". *Aspectos polêmicos da nova execução.* Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2008, p. 283).

138. SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. "A intimação do executado para indicar bens sujeitos à penhora na forma dos arts. 600, IV, e 601, do CPC, após a Lei 11.382/2006". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2007, v. 54, p. 119-122.

139. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Colaboração do executado no processo", cit., p. 283

140. *Reforma do CPC 2.* São Paulo: RT, 2007, p. 142.

141. WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil.* São Paulo: RT, 2007, p. 69.

142. Assim, CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado,* cit., p. 1.765. Frederico Marques, no entanto, sempre enquadrou como dever (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil,* V. 4, cit., p. 91).

> Com a nova redação dada ao dispositivo, a ser lido juntamente com os art. 652, § 3º[143], e 656, § 1º, CPC[144] (com redação também dada pela Lei n. 11.382/2006), passa a ser dever imputado ao devedor indicar *quais são, onde se encontram* os bens sujeitos à penhora e *seus respectivos valores*. E seu descumprimento resulta em ato atentatório à dignidade da justiça, punido na forma do artigo 601, CPC[145].
>
> Mas é prudente que conste, do mandado de intimação do executado, a advertência de que, incorrendo em *contempt* comissivo ou omissivo, não atendendo à ordem do 600, inciso IV, no prazo de lei, sofrerá pena de multa de até 20% do valor do débito executado, devidamente atualizada, na forma do artigo 601. Essa cautela impõe-se, sobretudo, quando o executado ainda não tiver advogado constituído nos autos[146].

Como se vê, o executado tem, atualmente, o *dever*, e não mais o direito, de indicar a relação de bens penhoráveis. Seu fundamento repousa no dever genérico de colaboração, atribuído às partes e aos juízes[147].

No Direito Português, há regra análoga, segundo a qual deve o executado ser convocado para declarar, no prazo de dez dias, a existência de bens em seu nome. Não feita qualquer declaração ou manifestada declaração falsa, o executado fica sujeito a uma sanção pecuniária compulsória, no montante de 1% da dívida ao mês, desde a data da omissão até a data da descoberta de bens penhoráveis, quando posteriormente se verifique que os tinha. Ao comentar tal regra, FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA entende que a multa somente deve ser aplicada se o exeqüente não vir satisfeito o seu crédito, pela falta de penhora de bens. De igual modo, entende que não haverá incidência da multa, se o exeqüente e o solicitador da execução não realizarem as diligências úteis à identificação ou localização de bens penhoráveis. Enfim, na sua opinião, impõe-se, antes, que o exeqüente e o solicitador da execução tentem encontrar bens penhoráveis do executado. Somente quando não encontrarem é que se deve notificar o executado para indicação de bens penhoráveis, exatamente porque não incide mais sobre ele o ônus de, desde logo, nomear bens à penhora[148].

A regra, no Direito Brasileiro, é um pouco diferente. Nos termos do inciso IV do art. 600 do CPC, na nova redação que lhe foi conferida, considera-se atentatório à dignidade

---

143. § 3º do art. 652 do CPC: "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora".
144. § 1º do art. 656 do CPC: "É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)".
145. ABDO, Helena Najjar. "Ato Atentatório à Dignidade da Justiça na Nova Execução Civil", cit., p. 146 e 147; WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 65 e 66.
146. WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 69.
147. EMILIOZZI, Esteban Louge. *La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 153.
148. *Curso de processo de execução*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, n. 44, p. 225. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 67-68.

da jurisdição o ato do executado que "intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontrem os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores".

Diferentemente da regra portuguesa, é de cinco, e não de dez dias, o prazo para que o executado indique quais são os bens sujeitos à penhora. Além do mais, nos termos do § 3º do art. 652 do CPC, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, *a qualquer tempo,* a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. Enquanto a regra portuguesa somente incide depois de esgotadas as tentativas do exeqüente e do solicitador da execução, o juiz, na sistemática brasileira, pode determinar, *a qualquer tempo* e, até mesmo, de ofício[149], a intimação do executado para que promova tal indicação, antes mesmo de se esgotarem as tentativas do exeqüente de encontrar bens penhoráveis[150].

É possível, diante disso, que o exeqüente já requeira, em sua petição inicial, seja determinada a intimação do executado para indicar seus bens penhoráveis. Assim, constaria do mandado de citação não somente a convocação do executado para pagar em três dias, mas também para informar, caso não efetue o pagamento, os bens penhoráveis que compõem seu patrimônio[151].

O cumprimento do dever há de fazer-se dentro do prazo de cinco dias previsto no dispositivo. Passado o prazo, não parece haver preclusão, exatamente porque situação jurídica passiva não preclui: não há preclusão de dever processual[152]. O executado haverá de cumprir o dever, ainda que seja extemporaneamente. O cumprimento intempestivo não afasta, contudo, a imposição da multa, a não ser que o juiz a releve, nos termos do parágrafo único do art. 601 do CPC[153].

8.3. Ilícitos não-danosos

Para a responsabilização do executado (*contemnor*), é necessária a configuração do ilícito (*in casu,* o *contempt*), consistente em uma ação ou omissão que se subsuma em um dos incisos do art. 600, CPC. A ofensa à dignidade da justiça é presumida, não sendo necessária a demonstração de nenhum resultado danoso[154]. A conduta, por si só, já constitui um atentado ao órgão jurisdicional, devendo ser acoimada pela sanção específica.

---

149. Na opinião de Esteban Louge Emiliozzi, seria preferível que o executado somente fosse intimado, se houvesse requerimento do exeqüente, não devendo o juiz fazê-lo de ofício (*La colaboración del deudor en el proceso*. cit., p. 191). Não foi essa, contudo, a opção do legislador brasileiro, que permitiu ao juiz, de ofício, determinar a intimação do executado para informar sobre seus bens penhoráveis.
150. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Colaboração do executado no processo". cit., p. 282-283.
151. SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. "A intimação do executado para indicar bens sujeitos à penhora na forma dos arts. 600, IV, e 601, do CPC, após a Lei 11.382/2006". cit., p. 122.
152. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 41.
153. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Colaboração do executado no processo", cit., p. 283.
154. Em virtude do caráter punitivo do *contempt*, cabe, com propriedade, fazer uma analogia com os crimes de mera conduta (ex: arts 150, 233 e 320 do CP), visto que em ambos os casos a norma não exige resultados materiais para a incidência da punição, basta a prática da conduta, do ato em si, pois a ofensa é como se estivesse presumida.

8.4. Desnecessidade de demonstração do elemento subjetivo.

Não há necessidade, para a configuração desse ilícito processual, da demonstração do elemento subjetivo, dolo ou culpa.

Para a caracterização da fraude à execução, como se viu, não há essa exigência (art. 600, I, CPC). O inciso III apenas exige que se demonstre que a resistência é injustificada, fato que se deve examinar por critérios objetivos[155]. O inciso IV também não menciona qualquer elemento subjetivo: o descumprimento do dever de indicar bem à penhora é o suficiente para a caracterização do ilícito. Trata-se de regras que tutelam a boa-fé objetiva processual, sendo desnecessário referir ou exigir prova de uma má-fé do executado.

> É preciso compreender que nem todo ilícito processual por litigância temerária pressupõe má-fé subjetiva. Especificamente para a aplicação do art. 17 do CPC, que cuida de hipóteses gerais de litigância de má-fé, BARBOSA MOREIRA, há tempos, demonstrou que nem todos os casos de litigância de má-fé ali previstos exigem a "má-fé subjetiva"; há casos em que a "má-fé" é examinada objetivamente, como nos casos dos incisos V, VI, VII e VIII do mesmo artigo.[156] Trata-se de um dado relevante para confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção da boa-fé objetiva.

No entanto, em relação ao inciso II, há necessidade de demonstração da má-fé do executado. Em relação a esse inciso, o legislador, ao valer-se de termos como "maliciosamente", "ardil", "artifício", deixa clara a sua opção pela responsabilidade subjetiva[157].

8.5. A punição

Constatando o juiz que o executado incorre em um dos atos atentatórios à dignidade da justiça acima comentados, deve adverti-lo sobre tal fato, de ofício (art. 125 do CPC) ou por provocação. É o que exige o art. 599, II, CPC.

Se, advertido, o devedor não apresenta defesa convincente que afaste esta convicção do magistrado, ou simplesmente insiste no ilícito, será punido na forma do art. 601[158], com multa fixada pelo juiz em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito[159]. Em execução que não seja de quantia certa, a base de cálculo deve ser o valor da causa atualizado[160].

---

155. Há quem entenda deve haver vontade em resistir, se opor ou embaraçar a execução. Deve ser, portanto, regularmente intimado da decisão/despacho, informado de seu teor, e saber tratar-se de comando proferido judicialmente (STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*, cit. p. 138 e 139).
156. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26.
157. STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002, p. 139.
158. Art. 601 do CPC: "Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução".
159. Para Rui Stoco, é criticável o percentual de 20% sobre o valor do débito a título de multa. Acusa-o de ser "escorchante e injusto", considerando que a condenação no ônus da sucumbência já pode alcançar este percentual (STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*, cit. p. 139).
160. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 329.

Seu valor será revertido para o credor e poderá ser objeto de compensação ou simples execução (art. 739-B, CPC). Poderá ser cobrado na própria execução (art. 601, CPC), só que em apenso.

Enfim, deixa claro o legislador que a aplicação dessa multa punitiva não exclui a incidência de outras, processuais ou materiais (a exemplo da multa do artigo 14, parágrafo único, do CPC).

O artigo 601, parágrafo único[161], prevê, contudo, que o juiz pode *relevar a pena* se o executado comprometer-se a não reincidir no mesmo ilícito, prestando compromisso por termo nos autos[162], e der fiador idôneo que garanta o cumprimento da obrigação principal, acrescida de juros, honorários e despesas.

A exigência de fiança deve ser interpretada extensivamente, para que se admita a prestação de qualquer caução, desde que *suficiente* e *idônea*, a ser fixada pelo juiz e prestada nos próprios autos da execução. Poderá ser real (ex.: penhor, hipoteca, anticrese etc.) ou fidejussória (ex.: fiança, cessão de créditos ou direitos etc.).

> Para o executado oferecer a caução, não é necessária a instauração do procedimento cautelar dos arts. 826 e seguintes do CPC. Basta que a medida seja processada por um incidente processual, que, não raro, será instaurado de ofício, pautado em garantias mínimas, como o contraditório, ampla defesa, decisões fundamentadas etc.

Vê-se que, para que a pena seja relevada, não basta que se arrependa, o devedor. Junto a isso, deve garantir o futuro da execução.

8.6. Confronto com o *contempt of court* do art. 14, V, CPC e litigância de má-fé

Os incisos do artigo 600 enquadram as condutas ali previstas como atos atentatórios à dignidade da justiça, isto é, como *contempt of court*, que é ilícito processual consistente no desacato à autoridade judiciária, como já visto.

O mesmo enquadramento é feito pelo artigo 14, V, e parágrafo único, CPC, que prevê, genericamente, como atentatório (*contempt*) o *desrespeito às decisões* judiciais praticado por *qualquer sujeito* que, de qualquer forma, participe do processo, punível com multa não excedente a 20% do valor da causa, cujo *valor será revertido para o Estado*.

O artigo 600 difere, contudo, do art, 14, V, CPC, por só tratar do *contempt* (desacato)[163]: *i)* cometido pelo *devedor executado* – e não por qualquer participante do processo; *ii)* que incorre nas condutas *expressamente enumeradas* no dispositivo; *iii)* que é punido com a multa do art. 601, cujo *valor vai para o adversário*, e, não, para o Estado, tal como prevê o art. 14, parágrafo único.

---

161. Parágrafo único do art. 601 do CPC: "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".
162. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 4, cit., p. 91.
163. Araken de Assis defende não tratar-se de *contempt of court*, pois não gera sua conseqüência típica, que é, a seu ver, a prisão do *contemnor*, e porque a multa imposta não tem seu valor revertido para o Estado (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 331).

Percebe-se, dessa forma, que o art. 601 só pune o devedor pela ofensa ao credor, já que o valor da multa é devido a ele. Não o pune pela ofensa causada ao Estado; não o pune, pois, propriamente pelo *contempt*. A imposição de multa pecuniária que se reverte ao adversário não restabelece a dignidade da justiça[164].

Assim, nada impede, e até se recomenda, que a multa do art. 601 seja *cumulada* com a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC, por desrespeito às ordens judiciais (ilícito do art. 14, V, CPC).

De um lado, justifica-se a cumulação, porquanto sejam distintos a natureza da multa e os beneficiários do seu valor: *i)* aqui (art. 601) se reverte ao credor/exeqüente; *ii)* lá (art. 14, parágrafo único) se reverte para ao Estado.

De outro, justifica-se ainda mais pelo fato do artigo 601 não excluir outras penalidades processuais ou materiais[165].

> O art. 656, § 1º confirma o enquadramento dos atos atentatórios do art. 600 como casos de *contempt of court*, e a necessidade de puni-los enquanto *contempts*, ao remeter-nos ao art. 14, parágrafo único, nos seguintes termos: "É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)".

Ao lado disso, esses mesmos atos enquadram-se como condutas de *litigância de má-fé* (artigo 17, IV, V e VI), ilícito processual consistente no desrespeito ao dever de lealdade processual. Só que a litigância de má-fé prevista no artigo 17 pode ser cometida por ambas as partes em qualquer feito e a prevista no artigo 600 só pode ser cometida pelo devedor na execução.

Por tratar-se de litigância de má-fé, deverá o executado indenizar o exeqüente por prejuízos sofridos na forma dos artigos 16 e 18 do CPC[166]. Não deve, porém, ser cumulada a multa do artigo 18 com aquela do art. 601, CPC, pois ambas consistem em punição com a mesma natureza, tendo o mesmo beneficiário. Em ambos os casos, tem-se multa de natureza processual[167], cujo valor é revertido para o adversário.

O artigo 601 revela ser especialização dos artigos 16 a 18 do CPC para execução, pois traz regramento peculiar para a litigância de má-fé cometida pelo executado[168].

---

164. VINCENZI, Brunela. *A boa fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 120.
165. CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1767; ABDO, Helena Najjar. "Ato Atentatório à Dignidade da Justiça na Nova Execução Civil", cit., p. 153.
166. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 331; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 152; WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 70.
167. Para Rui Stoco, a sanção tem natureza civil. (STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*, cit. p. 139).
168. Também assim, CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.767.

CAPÍTULO X

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

Sumário • 1. O curso do procedimento e seus momentos de crise – 2. Suspensão da execução – 3. Causas de suspensão da execução: 3.1. Embargos do executado; 3.2. Hipóteses do art. 265, incisos I a III; 3.3. Falta de bens penhoráveis; 3.4. Força maior na execução – 4. Falência, recuperação judicial e suspensão da execução – 5. Ação rescisória e suspensão da execução.

1. O CURSO DO PROCEDIMENTO E SEUS MOMENTOS DE CRISE

O processo constitui, grosso modo, um conjunto de atos destinados a um objetivo, que é a obtenção da sentença de mérito. Por isso, é curial que o processo se desenvolve pela sucessão de tais atos. A forma como se desenvolvem os atos processuais caracteriza o procedimento. Então, formado o processo, desencadeia-se o procedimento, com a sucessão de atos processuais, realizados ininterruptamente até sua extinção.

A seqüência de atos processuais pode sofrer solução de continuidade, com a suspensão do procedimento. Os casos de suspensão do procedimento devem estar capitulados em lei, caracterizando uma *crise no processo.*

A ligação do processo com o tempo acarretou o uso do termo *instância* pelo Código de Processo Civil de 1939. Com efeito, um dos sentidos mais apropriados para a palavra instância é o que a identificava como o "tempo que dura a relação jurídica processual, ou a relação jurídica processual vista dentro do tempo"[1], de forma que instância judicial seria unidade no tempo, presente na sucessão de atos e termos processuais. Daí a alusão que se fazia a *suspensão da instância* (CPC/39, art. 197) como sinônimo de suspensão do processo ou do procedimento.

A suspensão do procedimento consiste numa situação meramente instrumental, de transição ou passageira, destinada a permanecer durante um período mais ou menos largo, tendo referência ao processo em si mesmo, sem ocasionar sua extinção[2]. As meras paralisações do procedimento não se confundem com as hipóteses de suspensão. O fato de o procedimento estar paralisado não quer dizer que esteja suspenso.

Havendo suspensão do procedimento, não se deve praticar atos processuais (CPC, art. 266), ressalvadas as hipóteses de urgência. Em casos de meras paralisações, não se veda a prática de atos processuais.

O procedimento somente estará suspenso nas hipóteses previstas em lei. O art. 265 do CPC relaciona as hipóteses de suspensão, sendo algumas delas decorrentes

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 3, p. 399.
2. GORDO, Afonso Pérez. *La suspension del judicio ejecutivo.* Barcelona: Hispano Europea, 1971, p. 41.

de imposição legal, enquanto outras resultam de direitos ou conveniências das partes (CPC, art. 265, II).

O estudo geral do tema já foi feito no v. 1 deste Curso, para onde se remete o leitor, inclusive no que diz respeito à prática dos atos processuais durante a suspensão, cujo regramento geral (art. 266 do CPC) foi reproduzido no art. 793 do CPC: "Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes".

2. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

A exemplo do que sucede no processo de conhecimento, a execução também sofre seus momentos de crise, podendo ser suspensa. Não são, porém, todos os casos relacionados no art. 265 do CPC que geram a suspensão da execução.

A execução suspende-se nas hipóteses do art. 791 do CPC, que assim dispõe:

> "Art. 791. Suspende-se a execução:
>
> I – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A);
>
> II – nas hipóteses previstas no art. 265, ns. I a III;
>
> III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis".

Além dessas hipóteses relacionadas no art. 791 do CPC, sobressaem outras causas suspensivas da execução, como o recebimento dos embargos de terceiro e a suspensão na execução fiscal, que serão analisadas nos capítulos respectivos, em item próprio.

3. CAUSAS DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

3.1. Embargos do executado

Os embargos à execução (principal modalidade de defesa do executado) podem suspender a execução, caso o órgão jurisdicional assim o determine. O exame do efeito suspensivo dos embargos à execução será feito em item próprio contido no capítulo sobre as defesas do executado.

3.2. Hipóteses do art. 265, incisos I a III

No volume 1 deste curso, o art. 265 do CPC foi integralmente examinado. Conforme visto, o art. 791, II, determina que as hipóteses de suspensão do processo previstas nos incisos I a III do art. 265 do CPC também se aplicam ao procedimento executivo. Assim, suspende-se o procedimento executivo: a) em caso de *morte ou perda da capacidade processual da parte, representante ou advogado* (art. 265, I, CPC) b) por convenção das partes (art. 265, II, CPC) e c) pela oposição de exceções instrumentais (art. 265, III, CPC). Remete-se o leitor, portanto, ao capítulo sobre suspensão do processo, que se encontra no v. 1 do *Curso*.

Convém, porém, fazer uma observação sobre a suspensão convencional da execução. O procedimento suspende-se pela convenção das partes (CPC, art. 265, II), sendo certo que a suspensão, nesse caso, não pode exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o juiz ordenará o prosseguimento do processo (CPC, art. 265, § 3º). Essa conclusão, que resulta da conjugação do art. 791, II, com o art. 265, II, § 3º, ambos do CPC, não se harmoniza com o art. 792 do mesmo CPC. Se, pela disciplina do art. 265, a suspensão pela convenção das partes submete-se a um prazo de 6 (seis) meses, o art. 792 estabelece que, sendo conveniente para as partes, o juiz suspenderá a execução durante o prazo concedido pelo credor para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação. Findo esse prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará seu curso.

Por aí se vê que, enquanto a suspensão do procedimento pelo art. 265, II (aplicável à execução por força da remissão feita pelo art. 791, II) sujeita-se a um prazo máximo de 6 (seis) meses, não há prazo para a suspensão da execução senão aquele que for fixado pelo exeqüente para o cumprimento voluntário da obrigação pelo executado (CPC, art. 792), podendo, ao que tudo indica, esse prazo ser, até mesmo, superior a 6 (seis) meses.

Há quem entenda que o art. 792 prevalece, no tocante à execução, sobre o § 3º do art. 265 do CPC, de sorte que, suspensa a execução pela convenção das partes, não haverá prazo máximo de 6 (seis) meses, devendo a suspensão durar pelo prazo dado ao executado pelo exeqüente[3]. Parece, contudo, que o melhor entendimento é aquele que distingue as situações: se a execução for suspensa *genericamente*, ou seja, sem causa ou motivo, pela convenção das partes, aplica-se o art. 265 do CPC, devendo a suspensão sujeitar-se ao prazo máximo de 6 (seis) meses. Por outro lado, a suspensão pode operar-se em razão de prazo concedido ao exeqüente para que o executado cumpra, voluntariamente, a obrigação, hipótese em que incide o art. 792, devendo a suspensão manter-se durante o prazo concedido pelo exeqüente, ainda que superior a 6 (seis) meses[4].

3.3. Falta de bens penhoráveis

É o patrimônio do executado que se sujeita à execução, conforme já visto. Não é, aliás, sem razão que o art. 591 do CPC estabelece que o *"devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei"*. O art. 391 do Código Civil de 2002 secunda tal regra, ao enunciar que todos os bens do devedor respondem pelo inadimplemento das obrigações, ressalvados, obviamente, aqueles que se revestem do matiz da impenhorabilidade.

Significa que, sem bens a serem penhorados, não há como dar prosseguimento à execução. Exatamente por isso, o art. 791, III, do CPC impõe a suspensão da execução, "quando o devedor não possuir bens penhoráveis".

---

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, n. 1.837, p. 780-781; GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 95.
4. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2005, n. 146, p. 428-429.

Em virtude da ausência de bens penhoráveis, suspende-se a execução, não sendo esse um caso de extinção, mas, repita-se, de *suspensão* da execução.

> Nos Juizados Especiais Cíveis, na execução de título extrajudicial, não havendo bens, a execução deve ser extinta. Com efeito, dispõe o art. 53, § 4º da Lei nº 9.099/1995, que, na execução de título extrajudicial, no valor de até 40 (quarenta) salários mínimos, "não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor".

A execução suspende-se não somente quando faltarem bens penhoráveis, mas também quando os que existirem forem insuficientes para que se efetive uma penhora útil. É que, de acordo com o § 2º do art. 659 do CPC, "não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução".

Durante o período de suspensão da execução, não corre o prazo prescricional, visto que a prescrição pressupõe a inércia do exeqüente, o que, no caso, não existe[5]. Em se tratando de execução fiscal, flui o prazo de prescrição intercorrente, iniciando-se após o transcurso de um ano de suspensão da execução, consoante assinalado no item próprio no capítulo da execução fiscal[6].

A execução, nessa hipótese, deve manter-se suspensa por quanto tempo? Esse é um problema que, em princípio, não tem resposta. Ao que tudo indica, a execução deve ficar suspensa até que apareçam bens penhoráveis, exatamente porque os bens futuros do devedor também respondem pela execução (CPC, art. 591).

Poder-se-ia cogitar da aplicação do § 5º do art. 265 do CPC, impondo-se que a execução ficasse suspensa por até 1 (um) ano. Tal dispositivo, contudo, aplica-se aos casos do inciso IV do art. 265 do CPC, os quais não se aplicam à execução. Logo, a suspensão da execução não se submete àquele prazo de 1 (um) ano.

Não se deve, todavia, sujeitar o executado a uma execução indefinida, com uma litispendência sem fim. Por isso, há quem sustente que a execução somente pode ficar suspensa, em caso de falta ou insuficiência de bens penhoráveis, por até 6 (seis) meses,

---

5. Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp n. 16.558/MG, rel. Min. Nilson Naves, j. 30.03.1992, publicado no *DJ* de 18.05.1992, p. 6.982; Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp n. 154.782/PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 22.09.1998, publicado no *DJ* de 29.03.1999, p. 166; Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp n. 315.429/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.12.2001, publicado no *DJ* de 18.03.2002, p. 246.
6. Talvez seja possível aplicar essa regra da execução fiscal aos outros tipos de execução. Embora haja regra específica para a execução fiscal, parece "razoável o entendimento de que, perdurando mais de um ano a paralisação por falta de bens, a partir de então comece a fluir o prazo para uma *prescrição intercorrente* se o executado nada diligenciar com o objetivo de localizar o que penhorar." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, n. 1.843, p. 784). Essa solução somente vem sendo aplicada às execuções fiscais, não se estendendo, segundo a orientação que prevalece, inclusive no STJ, às demais execuções em geral.

aplicando-se, no particular, o disposto no § 3º do art. 265 do CPC, que se refere à suspensão do processo pela convenção das partes, com pertinência à execução[7].

A celeridade da execução constitui medida imposta em vários sistemas processuais, a exemplo do que sucede em Nova York, onde os atos executórios devem ser concluídos em 60 (sessenta) dias, e em Portugal, onde a paralisação da execução por mais de 6 (seis) meses acarreta, até mesmo, a desconstituição da penhora[8]. Daí parecer um pouco desarrazoado aceitar que a execução se mantenha suspensa por tempo indefinido, até, algum dia, aparecer ou localizar-se qualquer bem penhorável do executado.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, embora não flua o prazo de prescrição intercorrente, a suspensão da execução, com base no art. 791, III, do CPC, deve ter duração coincidente com o prazo de prescrição do débito exeqüendo[9].

Na verdade, a paralisação da execução pela falta ou insuficiência de bens penhoráveis constitui uma falsa suspensão, pois, durante esse período, não é vedado ao juiz nem ao exeqüente praticar atos no processo. Muito pelo contrário: deve o exeqüente prosseguir na busca de bens penhoráveis, requerendo, até mesmo, que o juiz requisite informações à Receita Federal, ao sistema bancário, à Junta Comercial, à Secretaria da Fazenda *etc*[10].

De fato, não há, nessa situação, uma suspensão do processo por determinação judicial; o procedimento deixa de prosseguir em razão da impossibilidade de prática de um ato indispensável ao procedimento executivo, que é a penhora. Note que, por exemplo, o executado já poderá ter oferecido os embargos, que não pressupõem prévia penhora; assim, mesmo não sendo encontrados bens, vários atos processuais foram ou serão praticados, principalmente aqueles relacionados ao processamento dos embargos.

3.4. Força maior na execução

Dispõe o art. 265, V, do CPC, que se suspende o processo por motivo de força maior. Ao tratar das hipóteses de suspensão da execução, o art. 791 do CPC não alude a motivo de força maior, nem há remissão, em seu inciso II, ao mencionado art. 265, V.

Muito embora não haja referência nem remissão ao motivo de força maior como causa de suspensão da execução, cumpre aplicar nesta o referido art. 265, V, do CPC, de modo que, havendo um motivo de força maior, deve ser suspensa a execução, por força do art. 598 do CPC[11].

---

7. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2005, n. 142, p. 424-425.
8. GRECO, Leonardo. "A execução e a efetividade do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 94, p. 41-42.
9. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 327.329/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.08.2001, publicado no *DJ* de 24.09.2001, p. 316.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, n. 1.843, p. 784.
11. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 141, p. 423; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, n. 1.839, p. 781.

4. FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

Sobrevindo a decretação da falência ou de recuperação judicial, estarão suspensas as execuções individuais propostas em face do devedor insolvente, inclusive as execuções propostas pelos credores particulares do sócio solidário (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, art. 6º). Terá prosseguimento no juízo no qual se estiver processando a ação que demandar quantia ilíquida (Lei nº 11.101/2005, art. 6º, § 1º). Nesse caso, os credores devem habilitar-se na falência ou na recuperação judicial, a fim de receberem seus créditos.

Somente não serão suspensas a ação que demanda quantia ilíquida, a ação trabalhista até a fixação do valor devido e a execução fiscal (Lei nº 11.101/2005, art. 6º, § 1º, 2º e 7º, art. 52, IV, art. 99, V).

5. AÇÃO RESCISÓRIA E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

A ação rescisória não suspende a eficácia da decisão rescindenda, que poderá, assim, ser executada. O art. 489 do CPC permite a concessão de medida de urgência que suspenda o procedimento executivo, na pendência da ação rescisória. O exame do assunto foi feito, com minúcias, no capítulo sobre ação rescisória, no volume 3 deste *Curso*, para onde se remete o leitor.

Capítulo XI

Extinção da execução

O procedimento executivo pode ser extinto com ou sem solução de mérito – considerada a premissa, sustentada no capítulo sobre a teoria da execução, neste volume do *Curso,* de que o procedimento executivo possui mérito.

Sempre que a extinção da execução ocorrer com exame do pedido de satisfação da obrigação, há extinção *com* solução de mérito. A decisão que determina a extinção da execução, nessa hipótese, está apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material, conforme exposto também no capítulo sobre a teoria da execução.

O art. 794 do CPC traz as hipóteses de extinção da execução com solução de mérito:

> "Art. 794. Extingue-se a execução quando:
>
> I - o devedor satisfaz a obrigação;
>
> II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;
>
> III - o credor renunciar ao crédito".

O inciso I do 794 cuida da principal hipótese de extinção do procedimento executivo com exame do mérito: o pagamento da obrigação pelo devedor. Esse pagamento pode ser *voluntário*, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses *i)* do art. 651 do CPC[1] (remição da execução), *ii)* dentro do prazo de três dias da citação, nos termos do art. 652 do CPC, ou *iii)* no prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento espontâneo da sentença condenatória, nos termos do art. 475-J do CPC[2]. O pagamento pode resultar, porém, da execução forçada, com a entrega do dinheiro ao credor (resultante da alienação judicial de bens do devedor), a adjudicação do bem penhorado pelo credor ou do usufruto judicial de bem do executado (art. 708 do CPC)[3]. "Melhor redação seria a que refletisse o fenômeno visto pelo ângulo *do credor* e aludisse à respectiva satisfação, sem especificar

---

1. Art. 651 do CPC: "Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios".
2. Já se reconheceu que o pagamento do valor pleiteado, feito extrajudicialmente, no âmbito administrativo, impõe a extinção da execução (STJ, 2ª T., Resp n. 151.191/PE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 09.05.2000, publicado no DJ de 12.06.2000, p. 90).
3. Como observou Araken de Assis, "na maioria das vezes, o executado não presta espontaneamente, desaparecendo a dívida, ao invés, pela vitoriosa atuação dos meios executórios e até de ato de terceiro". (*Manual da execução,* 11ª ed., cit., p. 479). Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1993, n. 71, p. 9.

a origem desta; *v g.*, "o credor se satisfaz do crédito", ou "fica satisfeito do crédito", ou "tem satisfeito o crédito"[4].

Todas essas situações foram ou serão examinadas em capítulos específicos neste volume do *Curso*. O reconhecimento do pagamento pelo órgão jurisdicional autoriza a extinção do procedimento executivo.

> Conforme será visto no capítulo sobre adjudicação, não se pode confundir *remição da execução* (art. 651), que é o pagamento da dívida executada, *remição de bem penhorado*, que é o resgate do bem penhorado que fora adjudicado ou arrematado, permitido em algumas circunstâncias, com o pedido de substituição da penhora por dinheiro (art. 668 do CPC), que o réu pode fazer.

O STJ já decidiu que a extinção da execução com base no inciso I do art. 794 do CPC deve ser precedida de intimação pessoal do exeqüente, à semelhança do que já ocorre com a extinção do processo em razão do abandono (art. 267, § 1º, CPC). No caso concreto, após intimado, na pessoa do seu advogado, o exequente silenciou a respeito da satisfação da obrigação executada; o juiz, diante do silêncio, entendeu que o credor considerava adimplida a obrigação. O STJ entendeu, porém, que não se poderia atribuir ao silêncio do exeqüente, sem a sua prévia intimação pessoal, efeito semelhante à renúncia do crédito eventualmente remanescente (STJ, 1ª T., REsp n. 854.926-SP, rel. Min. Luiz Fux , j. em 17.11.2009). A solução poderia ter sido outra, se o advogado do exequente tiver o poder especial de dar quitação (art. 38 do CPC): nesse caso, parece razoável admitir a possibilidade de a intimação do exequente poder ser feita na pessoa de seu advogado.

O inciso II do art. 794 trata de hipótese de extinção da execução em razão de qualquer outra forma de extinção do vínculo obrigacional subjacente ao procedimento executivo, como, por exemplo, a transação. Também com base neste inciso é possível extinguir a execução em razão da compensação (arts. 368-380, Código Civil), confusão (arts. 381-384, Código Civil), novação (arts. 360-367, Código Civil), remissão de dívida (arts. 385-388, Código Civil)[5] etc., fatos extintivos do vínculo obrigacional que, se verificados, autorizam a extinção da execução *com* solução do mérito. Também será possível extinguir a execução com exame do mérito em decorrência do reconhecimento da prescrição da pretensão executiva (art. 617 do CPC; art. 40, § 4º, Lei n. 6.830/1980).

O inciso III do art. 794 do CPC é hipótese semelhante ao inciso V do art. 269 do mesmo CPC: extingue-se o procedimento em razão da renúncia ao direito objeto desse mesmo procedimento. Trata-se de negócio jurídico unilateral praticado pelo credor-exeqüente, que leva à extinção da execução com exame do mérito. Tudo o que foi dito a respeito do inciso V do art. 269 do CPC, no v. 1 do *Curso*, é aplicável à interpretação do inciso III do art. 794 do CPC.

---

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)", cit., p. 10.
5. Sobre a não exaustividade do inciso II do art. 794 do CPC, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)", cit., p. 10.

Todas essas situações foram examinadas, com outras considerações, no capítulo sobre a teoria da execução, no item dedicado ao exame do mérito, da cognição e da coisa julgada na execução. Pede-se licença para remeter o leitor àquele capítulo.

Observe, contudo, que o art. 794 não tratou das hipóteses de extinção da execução em razão da inadmissibilidade do procedimento executivo (invalidade do processo) ou em razão da revogação da demanda executiva (desistência ou abandono pelo autor)[6].

Trata-se de hipóteses de extinção *sem exame do mérito*, plenamente existentes na execução. Aliás, não restam dúvidas de que o art. 267 do CPC tem aplicação no processo de execução[7].

Alguns exemplos podem ser úteis para a compreensão do tema.

A execução pode ser extinta em razão da falta de título executivo (art. 618, I, CPC) ou por ausência de legitimidade *ad causam*. Nesses casos, haverá extinção da execução em razão da inadmissibilidade do procedimento executivo.

A execução ainda pode ser extinta em razão da desistência pelo credor-exeqüente (art. 569 do CPC). Eis um caso de extinção do procedimento executivo em razão da revogação da demanda executiva. Aplica-se à desistência da execução o mesmo regramento previsto para a desistência da demanda de conhecimento, com as peculiaridades previstas no art. 569, relacionadas à existência ou não à existência de defesa de mérito oferecida pelo executado, consoante já examinado nos capítulos sobre a teoria da execução (regra da disponibilidade da execução) e defesa do executado.

O legislador prevê, em certas hipóteses, a extinção da execução infrutífera, quando não houver bens penhoráveis, como é o caso do art. 53, § 4º [8], da Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis)[9]. Também é caso de extinção da execução *sem solução de mérito*.

Também não se pode ignorar a possível extinção da *execução provisória*, em razão do acolhimento do recurso interposto contra a sentença provisoriamente executada, e a extinção da *execução da sentença penal condenatória*, em razão do julgamento favorável ao pedido de revisão criminal (art. 621 do CPP)[10].

Perceba, portanto, que, embora o art. 794 se tenha limitado a enumerar os casos de extinção da execução *com* solução do mérito, não há qualquer empecilho à aplicação do art. 267 do CPC, que cuida das decisões que não examinam o mérito, também ao procedimento executivo.

---

6. Reconhece a não-exaustividade do rol do art. 794 do CPC, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas)", cit., p. 7.
7. SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença na execução – art. 795 do CPC. *Execução civil e cumprimento da sentença*. Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: Método, 2006, p. 214-215.
8. Art. 53, § 4º, Lei Federal n. 9.099/1995: "Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor".
9. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 488.
10. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 488-489.

> ARAKEN DE ASSIS denomina *extinção normal da execução,* quando se atinge a satisfação do credor, e *extinção anormal da execução,* quando a satisfação do credor, por qualquer razão, não é alcançada[11].

Ainda é preciso tecer mais algumas considerações conclusivas sobre a extinção da execução.

a) A extinção da execução somente produz efeito se reconhecida por sentença, determina o art. 795 do CPC. Note, porém, que a execução pode processar-se em tribunal; nessecaso, a extinção da execução não será resultado de uma sentença, mas de um acórdão ou decisão de relator. Trata-se de informação relevante para a identificação do recurso cabível: apelação, se contra sentença, agravo interno, se contra decisão unipessoal em tribunal, recurso especial ou extraordinário, ao menos teoricamente, se contra acórdão.

b) A execução pode ser extinta *de ofício* pelo órgão jurisdicional, como é o caso da extinção em razão da inadmissibilidade do procedimento executivo ou pelo reconhecimento da prescrição ou pagamento. A execução pode também ser extinta pelo acolhimento da defesa do executado, seja ela oferecida por *embargos à execução, impugnação* ou *exceção de não-executividade.*

11. *Manual da execução.* 11ª ed., cit., p. 476.

CAPÍTULO XII

DEFESA DO EXECUTADO

Sumário • 1. Generalidades – 2. Embargos à execução: 2.1. Noção e natureza jurídica; 2.2. Classificação; 2.3. Valor da causa; 2.4. Prazo para ajuizamento dos embargos; 2.5. Competência para processamento e julgamento; 2.6. Legitimidades ativa e passiva; 2.7. Intervenção de terceiro; 2.8. Efeitos dos embargos; 2.9. Objeto dos embargos; 2.10. O requerimento de parcelamento do crédito (art. 745-A do CPC) e a proibição para oposição dos embargos; 2.11. Procedimento; 2.12. Recursos – 3. A impugnação: 3.1. Noção e natureza jurídica; 3.2. A fase de execução da sentença como procedimento de cognição limitada e exauriente *secundum eventum defensionis*; 3.3. Prazo e preclusão temporal; 3.4. Conteúdo: 3.4.1. Observação inicial; 3.4.2. Falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia (art. 475-L, I); 3.4.3. Inexigibilidade do título (art. 475-L, II); 3.4.4. Decisão fundada em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 475-L, § 1º, CPC); 3.4.5. Penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 475-L, III); 3.4.6. Ilegitimidade das partes (art. 475-L, IV); 3.4.7. Excesso de execução (art. 475-L, V); 3.4.8. Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (art. 475-L, VI); 3.5. Desistência da execução e consentimento do executado; 3.6. Efeitos sobre a execução. A possibilidade de oferecimento da impugnação sem prévia penhora; 3.7. A suspensão da execução e o §6º do art. 739-A do CPC; 3.8. Réplica; 3.9. Julgamento e coisa julgada; 3.10. Impugnação de segunda fase; 3.11. Impugnação e o direito potestativo ao parcelamento da dívida (art. 745-A, CPC) – 4. Exceção de não-executividade ("exceção de pré-executividade") – 5. Ações autônomas (defesas heterotópicas) – 6. Embargos de segunda fase.

1. GENERALIDADES

Já se viu, quando se procedeu a breve escorço histórico no Capítulo relativo à Teoria da Execução, que o Código de Processo Civil de 1973, em sua estrutura originária, unificou as execuções. Independentemente de estar fundada em título judicial ou em título extrajudicial, a execução submetia-se ao mesmo procedimento: o executado era citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora.

Feita a penhora de bens, o executado era intimado, iniciando-se o prazo de dez dias para oposição de embargos à execução, que suspendiam o curso da execução. Os embargos eram julgados por sentença, da qual cabia apelação. Rejeitados os embargos, a apelação era desprovida de efeito suspensivo (CPC, art. 520, V); acolhidos, a apelação ostentava o duplo efeito.

Basicamente, a diferença que havia entre a execução fundada em título judicial e a execução fundada em título extrajudicial residia no objeto dos embargos à execução. Se o título fosse judicial, o executado somente poderia alegar, em seus embargos, as matérias relacionadas no art. 741 do CPC, em sua redação originária. Em se tratando de execução fundada em título extrajudicial, não havia limitação, podendo o executado alegar toda e qualquer matéria (CPC, art. 745).

Significa, então, que a defesa do executado, independentemente de a execução fundar-se em título judicial ou extrajudicial, era feita, na concepção originária do atual CPC, por meio de embargos, que ostentariam, segundo a concepção majoritária, a natureza jurídica de ação. E isso porque o processo de execução foi concebido para não comportar cognição

ou discussão sobre o crédito, mas apenas para realizá-lo, pois já reconhecido no título. Daí não se permitir a defesa interna ou no próprio processo de execução, devendo o executado intentar uma demanda incidental, que dá origem a outro processo, de natureza cognitiva. Tal demanda consiste exatamente nos embargos à execução.

Pela estrutura originária do Código de Processo Civil brasileiro em vigor, a execução sempre constituiu um processo autônomo, regulado em Livro próprio (o Livro II do CPC/1973).

Com o advento da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, não existe mais, como regra, processo autônomo de execução fundada em título judicial, devendo a sentença ser objeto de simples cumprimento.

Atualmente, variam os tipos de execução, a depender do título executivo. Se o título for judicial, adota-se a sistemática do cumprimento de sentença, com o procedimento previsto a partir do art. 475-J do CPC, para execução por quantia, e os arts. 461 e 461-A, para a execução de obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa. Em se tratando de título extrajudicial, a execução mantém a disciplina prevista no Livro II do Código, inaugurando um processo autônomo.

O executado pode defender-se em qualquer tipo de execução. No cumprimento da sentença, a defesa do executado faz-se mediante impugnação (CPC, arts. 475-L e 475-M). Na execução de título extrajudicial, o executado defende-se pelos embargos à execução (CPC, arts. 736 a 745), sendo-lhe também permitido o ajuizamento das exceções de incompetência, de impedimento e de suspeição. Quanto a essas exceções rituais, impõe-se observar o que consta do Volume 1 deste *Curso*.

Além dos embargos à execução e das mencionadas exceções rituais, o executado pode defender-se por meio de ações autônomas – igualmente chamadas pela doutrina de defesas heterotópicas – e, ainda, por meio da denominada "exceção de pré-executividade" (*rectius:* exceção de não-executividade).

Esse capítulo cuida dessas quatro espécies de defesa do executado.

2. EMBARGOS À EXECUÇÃO

2.1. Noção e natureza jurídica

O executado defende-se por meio dos embargos, cujo conteúdo compreende matérias de defesa. Essencialmente, os embargos constituem uma defesa. O Código de Processo Civil, entretanto, atribui-lhe a *forma* de uma ação de conhecimento. É, portanto, uma situação muito estranha, que dá ensejos a muitas dúvidas.

> Segundo Haroldo Pabst, os embargos à execução ostentam a natureza de defesa no processo de execução, não constituindo um processo de conhecimento[1]. Secunda tal entendimento Cassio Scarpinella Bueno, para quem os embargos são *defesa*, e

1. *Natureza jurídica dos embargos do devedor.* São Paulo: RT, 1986, p. 137.

não *ação*[2]. Não é esse, contudo, o entendimento que prevalece. A grande maioria da doutrina considera os embargos uma demanda de conhecimento, que dá origem a outro processo autônomo, se bem que conexo ao processo de execução[3]. Há quem considere os embargos um misto de ação e defesa[4] ou que sua natureza jurídica depende do seu conteúdo: se os embargos versam sobre questões relativas à admissibilidade da execução ou combatem atos executivos, tais como penhora e avaliação, teriam natureza de defesa; se, diversamente, tratam da inexistência ou extinção da obrigação, teriam, então, natureza de ação[5]. Por incompatibilidade de convivência funcional entre atos cognitivos e executivos, a legislação processual concebeu o processo de execução de forma a não comportar defesa interna, sendo certo, portanto, que os embargos à execução, embora ostentem conteúdo de defesa, constituem verdadeira ação de conhecimento, incidente à execução[6].

Como os embargos assumem a *forma* de uma demanda, seu ajuizamento rende ensejo à formação de novo processo, que é de conhecimento. Assim, os embargos devem ser intentados por petição inicial, que atenda aos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC. O executado passa a ser o autor dos embargos, sendo chamado de embargante. O embargado – réu nos embargos – é o exeqüente.

Os embargos servem para impugnar o *título executivo*, a dívida exeqüenda ou o procedimento executivo. O embargante pode discutir a validade do título, a inexistência da dívida ou um defeito do procedimento executivo, por exemplo.

Daí se infere que cabe ao embargante o ônus da prova de suas alegações, incumbindo-lhe provar a alegada insubsistência do crédito exeqüendo. Não é o embargado quem tem de provar a subsistência do crédito; ao embargante é que cabe comprovar sua insubsistência[7], o que reafirma que os embargos são substancialmente uma defesa.

Por ter natureza de ação, os embargos contêm os três elementos da demanda: partes, causa de pedir e pedido. Quanto a este – o pedido – sabe-se que é comumente dividido em *mediato* e *imediato*. O pedido imediato tem servido, tradicionalmente, de critério para classificação das ações, considerando-se sua eventual procedência. Daí se classificarem as ações em declaratórias, constitutivas e condenatórias. Para quem aceita a chamada classificação quinária, as ações ainda podem ser executivas *lato sensu* e mandamentais. Há quem defenda que os embargos à execução consistem numa ação declaratória, pois

---

2. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 504-507.
3. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 482, p. 1079-1081; BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 17-19; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 84; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed., cit., p. 294.
4. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 16-17 ao art. 736, p. 1075.
5. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, n. 3.7.1, p. 118-120; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 189-191.
6. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 482, p. 1079-1081.
7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 294.

seu pedido imediato seria sempre declaratório[8]. Por sua vez, há os que entendem serem os embargos uma ação constitutiva[9]. E, finalmente, desponta o entendimento segundo o qual a sentença dos embargos tem conteúdo variável, podendo ser declaratória ou constitutiva, a depender do seu fundamento e dos termos do pedido formulado[10]. Vale dizer que os embargos, para essa última corrente doutrinária, constituiriam uma ação declaratória ou constitutiva, a depender do pedido *imediato* que seja formulado pelo embargante.

> Uma observação é importante: a *causa de pedir* nos embargos à execução é um fundamento de *defesa*. Assume a *forma* de causa de *pedir*, mas, na verdade, é *causa de defesa* (causa *excipiendi* e não *causa petendi*).

O certo é que os embargos não ostentam a natureza de ação condenatória. Realmente, o embargante – ressalvado o pedido relativo aos custos do processo e aos honorários de advogado – não postula a condenação do embargado. Se o executado tiver um crédito em face do exeqüente, ou o cobra em outra demanda, ou alega, em seus embargos, a compensação, a fim de demonstrar a extinção da obrigação e requerer a declaração de inexistência de relação jurídica. Não é pelos embargos que o executado promove cobrança judicial de eventual crédito que tenha em face do exeqüente.

Normalmente, quando o embargante *impugna* a existência da dívida, terão os embargos natureza declaratória, como no caso da alegação de inexistência de dívida, em razão do pagamento. Se o alvo do embargante é o *título executivo* ou o *procedimento executivo*, os embargos tendem a assumir natureza constitutiva negativa, pois o título executivo ou algum(ns) ato(s) do procedimento executivo serão desfeitos.

O embargante pode, ainda, demonstrar que o título executivo é falso, requerendo a declaração de falsidade documental (ação declaratória – CPC, art. 4º).

> Alexandre Freitas Câmara entende que os embargos à execução sempre têm natureza constitutiva negativa: "O título executivo, como visto, tem eficácia abstrata, e permite a instauração da execução ainda que não exista o crédito afirmado pelo demandante. Os embargos do executado terão por fim, assim, retirar a eficácia executiva do título, o que demonstra seu caráter constitutivo. De nada adiantaria, a nosso juízo, obter-se uma declaração de inexistência do crédito, sem que se retirasse a eficácia executivo do título. A sentença de procedência dos embargos declarará a inexistência do direito de crédito do embargado (quando este for o fundamento dos embargos, obviamente), mas não se limitará a essa declaração. Daí por que não a consideramos, em qualquer hipótese, sentença meramente declaratória"[11].

Enfim, os embargos têm natureza de defesa, mas assumem a *forma* de demanda de conhecimento, declaratória ou constitutiva negativa.

---

8. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 2, n. 15.1, p. 540.
9. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 400; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Campinas: M.E. Editora e Distribuidora, 2000, n. 99, p. 207; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2, p. 272-273.
10. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 292-293.
11. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 400.

2.2. Classificação

Há duas maneiras úteis de classificar os embargos à execução.

Em relação ao *momento em que são oferecidos*, os embargos à execução se dividem em *embargos de primeira fase*, que podem ser opostos no prazo que se inicia logo após a citação do executado (art. 738 do CPC), e os *embargos de segunda fase*, que servem à impugnação da *adjudicação, alienação particular e arrematação*, em prazo que se conta da realização de um desses atos (art. 746 do CPC).

Em relação ao *objeto*, os embargos podem ser divididos em *embargos de mérito*, quando discutem questões relacionadas à dívida exeqüenda, e *embargos processuais*, quando são discutidas questões formais, relacionadas ao título ou ao procedimento executivo. Essa classificação tem muita relevância no exame da eficácia da desistência da execução ou de um ato executivo pelo exeqüente (art. 569, CPC), examinada no capítulo sobre a teoria da execução, no item dedicado à análise das regras que estruturam o procedimento executivo brasileiro.

2.3. Valor da causa

Os embargos à execução assumem, como visto, forma de ação de conhecimento, devendo ser deduzidos por petição inicial que atenda aos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, dentre os quais desponta o valor da causa. Significa que a petição inicial dos embargos à execução deve conter valor da causa.

O valor da causa nos embargos à execução não deve coincidir, necessariamente, com o valor da execução ou do crédito cobrado. Tradicionalmente, diz-se que o valor da causa, em qualquer demanda, corresponde ao proveito econômico auferido com a eventual procedência do pedido formulado na petição inicial. Assim, se os embargos voltam-se contra a totalidade do crédito, uma vez acolhidos, o proveito econômico consiste em deixar de pagar tudo o que está sendo cobrado. Nesse caso, haverá a mencionada coincidência, é dizer, o valor da causa dos embargos será o mesmo da execução. Na hipótese de ser alegado, nos embargos, excesso de execução, o valor da causa não deverá corresponder ao da totalidade do crédito executado, mas o da diferença entre o que está sendo exigido e o que foi reconhecido pelo embargante[12].

> Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do teor das ementas dos seguintes julgados:
>
> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR. VALOR DA CAUSA. IMPUGNAÇÃO PARCIAL DA DÍVIDA. ARTIGOS 258 E 259 DO CPC. I. Na hipótese de embargos à execução em que impugnado o excesso da cobrança, o valor atribuído ao feito deve ter como parâmetro a diferença entre o

12. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da causa*. São Paulo: Dialética, 2008, n. 3.6.11, p. 91.

que é exigido e o que já foi reconhecido pelo devedor, e não à totalidade do título. II. Recurso especial não conhecido"[13].

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VALOR DA CAUSA. 1. O valor dado à causa na ação incidental de embargos à execução deve guardar similitude com o valor atribuído à própria execução, quando a impugnação volta-se contra a totalidade do débito. 2. Não obstante, o valor da causa nos embargos à execução deve corresponder à diferença entre o montante da dívida e o que se entende devido em casos de impugnação parcial. 3. Hipótese vertente, em que o valor da causa nos embargos não pode ser outro senão o valor da execução, uma vez que o questionamento incide sobre a regularidade do próprio processo executivo. 4. Recurso Especial desprovido"[14].

Há, ainda, uma hipótese aventada por Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, que merece registro: "E se os embargos veicularem apenas matéria processual que não acarrete a redução do crédito exeqüendo, nos casos de 'penhora incorreta ou avaliação errônea' (art. 745, II)?"[15]. A resposta é dada pelo próprio Yoshikawa, a quem se impõe ceder a palavra: "Se os embargos atacarem a penhora, reputando-a incorreta, o valor da causa deverá corresponder ao valor do bem penhorado. Se tiver por objeto o valor da avaliação, será o montante correspondente à diferença entre o valor da avaliação e o valor atribuído ao bem pelo executado (que por isso mesmo deverá declinar um valor, ainda que aproximado)"[16].

2.4. Prazo para ajuizamento dos embargos

Na execução fundada em título extrajudicial, o executado é citado para, no prazo de três dias, efetuar o pagamento da dívida (CPC, art. 652).

Independentemente de penhora, depósito ou caução, o executado poderá opor-se à execução por meio de embargos (CPC, art. 736). Os embargos serão oferecidos no prazo de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (CPC, art. 738).

Como se observa, os embargos à execução não dependem de garantia do juízo, não sendo necessária a constrição de bens pela penhora, depósito ou caução. Citado o executado, e juntado o respectivo mandado aos autos, já se inicia o prazo de quinze dias para a oposição dos embargos, mesmo que ainda não se tenha feito a penhora de bens.

Antes mesmo de ser citado, o executado pode comparecer, espontaneamente, e já apresentar seus embargos. Aplica-se, no particular, o disposto no § 1º do art. 214 do CPC. Havendo comparecimento espontâneo, o prazo para oferecimento dos embargos já tem início a partir dali[17]. Nesse caso, o executado perde o benefício, no

13. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 1.001.725/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11.03.2008, publicado no DJ de 05.05.2008.
14. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 584.983/PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2004, publicado no DJ de 31.05.2004, p. 218.
15. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da causa*, cit., p. 91.
16. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da causa*, cit., p. 91.
17. BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*, cit., p. 39.

caso de pagamento posterior, da redução pela metade dos honorários de advogado, prevista no art. 652-A do CPC, perdendo, igualmente, a possibilidade de requerer o parcelamento a que alude o art. 745-A do CPC[18].

Quando houver mais de um executado, não se aplica o disposto no art. 241, III, do CPC, segundo o qual o prazo, no caso de litisconsórcio passivo, começa da data da juntada do último mandado cumprido. Na execução proposta contra mais de um executado, essa regra não se aplica; o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado de citação, significando dizer que o prazo é individual. Quando, todavia, os executados forem cônjuges entre si, aí se aplica o disposto no art. 241, III, do CPC: o prazo para embargos somente terá início, a partir da juntada aos autos do último mandado de citação devidamente cumprido (CPC, art. 738, § 1º)[19].

O prazo para embargos é, como visto, de quinze dias. Ainda que haja mais de um executado, estando cada um representado por procurador diferente, o prazo é de quinze dias, não havendo variação, nem se aplicando a regra inscrita no art. 191 do CPC. É o que estabelece o § 3º do art. 738 do CPC.

Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meio eletrônico. Nesse caso, não se aplica o disposto no inciso IV do art. 241 do CPC, aplicando-se, em seu lugar, o § 2º do art. 738 do CPC. Nos termos do art. 241, IV do CPC, quando o ato se realizar em cumprimento de carta precatória, o prazo começa a correr da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida. Vale dizer que, como regra geral, deve-se aguardar a devolução da carta precatória e sua juntada aos autos originários para que, então, possa ter início o prazo. Na execução fundada em título extrajudicial, não se aplica essa regra geral. Feita a citação por carta precatória, o juiz deprecado deve, imediatamente, por meio eletrônico inclusive, já comunicar ao juiz deprecante que a diligência já restou devidamente cumprida. Juntada aos autos originários essa comunicação, já tem início o prazo para embargos, não se devendo aguardar a devolução da carta precatória. Em outras palavras, o prazo para ajuizamento dos embargos não será contado da juntada aos autos da execução da carta precatória devidamente cumprida, mas sim da juntada do comunicado enviado pelo juiz deprecado ou juiz deprecante de que a citação realizou-se a contento.

Há, porém, algumas questões duvidosas relacionadas ao prazo de embargos.

---

18. BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*, cit., p. 39.

19. Manteve-se, pois, o entendimento que já prevalecia no âmbito do STJ. Antes, porém, o prazo era da juntada aos autos do mandado de intimação da penhora. Agora, com a mudança legislativa, o prazo tem início com a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. Eis, a propósito, o teor do seguinte precedente: "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CONTAGEM DO PRAZO. TERMO INICIAL. LITISCONSÓRCIO. - Havendo litisconsórcio passivo no processo executório, o prazo para oferecer embargos do devedor é autônomo, devendo ser contado a partir de cada uma das intimações de penhora. Precedentes. - Contudo, incidindo a penhora sobre bem imóvel, o prazo para oferecer embargos do devedor começa a correr a partir da juntada aos autos da última intimação feita a um dos cônjuges. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido." (Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 681.266/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2.6.2005, publicado no DJ de 1º.7.2005, p. 530).

Em primeiro lugar, o art. 738 não cuida das situações em que a citação na execução tenha sido feita por edital. Parece que a melhor solução é a aplicação do art. 241, V, tendo início o prazo de embargos assim que *findo o prazo assinalado pelo juiz no edital*.

Em segundo lugar, o CPC não deixa claro se há preclusão temporal do ônus de embargar, caso haja a *perda do respectivo prazo*.

O art. 739, I, determina que o órgão jurisdicional não admita os embargos intempestivos. Embora se trate *formalmente de uma demanda*, neste ponto o CPC parece ter dado aos embargos tratamento semelhante ao da contestação: após o prazo de embargos, não se deve admitir novas alegações de defesa pelo executado. A solução é boa, notadamente por seu caráter ético, pois impede que o executado *fragmente* a sua defesa, impedindo o prosseguimento regular e em duração razoável do procedimento executivo.

É preciso, porém, aplicar por analogia a regra do art. 303, CPC, que permite a alegação de defesas após o prazo, se se tratar de direito superveniente (art. 303, I), se se tratar de objeção (art. 303, II) e se tratar de questão que possa ser suscitada a qualquer tempo, por expressa previsão legal (art. 303, III).

> Note que se for levada às últimas conseqüências a idéia de que os embargos à execução possuem *natureza* de *ação*, o prazo para embargar de nada serviria, pois não poderia impedir o ajuizamento de *outra ação*, ainda que com *nome* diverso. Poderia o embargante, por exemplo, após ter apresentado os seus embargos, apresentar novos embargos, com novas alegações de defesa, sem que se fosse possível alegar preclusão, fenômeno *endoprocessual*. A solução não é boa, como se vê, pois significaria negar aplicação, sem justificativa, aos arts. 738 e 739, I, do CPC.
>
> Araken de Assis entende que "a perda do prazo para embargar apenas impede o executado de travar a execução"[20]. O único efeito da perda do prazo seria a perda da possibilidade de suspender a execução, efeito esse que seria atributo exclusivo dos embargos. Poderia o executado, assim, propor ação autônoma, de mesmo conteúdo, mas que não poderia suspender a execução. O pensamento do autor é coerente com a sua premissa, de que os embargos têm a *natureza* de ação. Permitir o ajuizamento desta ação autônoma, conexa à execução e com conteúdo idêntico ao dos embargos que poderiam ter sido opostos, é conferir ao executado a possibilidade de *driblar* as regras processuais examinadas. Além disso, é interpretação que favorece a deslealdade processual, permitindo comportamentos em dissonância ao dever geral de atuação em conformidade com a boa-fé objetiva, princípio que se busca efetivar com a criação de regras que estabelecem prazos para o oferecimento de alegações em um processo.

2.5. Competência para processamento e julgamento

Os embargos serão opostos perante o juízo competente a para ação de execução (CPC, art. 108). Trata-se de competência funcional; absoluta, portanto.

---

20. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.125.

Sabe-se que, se o executado não tiver bens no foro da execução, esta far-se-á por carta precatória, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação (CPC, art. 658). Significa que a penhora, avaliação e alienação de bens podem fazer-se por carta precatória. Nesse caso, 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 vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens (CPC, art. 747). Reproduzindo os termos do enunciado 32 da súmula do extinto TFR, o enunciado 46 da súmula do STJ contém a seguinte dicção: "Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens".

Segundo anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, "De nosso sistema processual civil retira-se o princípio segundo o qual compete ao juízo em que se praticou o ato executivo processar e julgar as causas tendentes a desconstituí-lo. Assim o é para os embargos à execução por carta (CPC, art. 747) e para os embargos de terceiro (CPC, art. 1.049). Precedentes do STJ e do STF"[21].

Tal regra deve ajustar-se ao novo regime dos embargos. Quando editado o art. 747 do CPC, os embargos à execução, para serem ajuizados, dependiam de prévia garantia do juízo. O prazo para seu ajuizamento somente tinha início após a intimação da penhora. Assim, feita a penhora por ordem do juízo deprecado, as alegações relativas à penhora, avaliação e alienação deveriam ser examinadas e decididas por aquele mesmo juízo deprecado. As demais questões haveriam de ser analisadas e solucionadas pelo juízo deprecante. O enunciado 46 da Súmula de Jurisprudência Predominante do STJ também leva em conta a realidade antes existente.

Atualmente, os embargos não dependem mais da garantia do juízo. Uma vez citado o executado, e realizada a juntada aos autos do mandado de citação, já tem início o prazo de quinze dias para o oferecimento dos embargos. É possível que, nesse momento, ainda não tenha havido penhora ou, quando da penhora, já se tenha passado o prazo para embargos ou, até mesmo, estes já tenham sido julgados. Nessa hipótese, não há que se cogitar da competência do juízo deprecado para julgamento dos embargos. Aliás, os embargos nem irão versar sobre penhora, avaliação ou alienação, eis que, em tal situação ora aventada, não terá havido qualquer ato desse tipo.

Diversamente, se, quando do ajuizamento dos embargos, já tiver havido penhora e avaliação, a alegação que diga respeito a vícios numa delas deverá ser examinada e resolvida pelo juízo deprecado. As demais questões ficarão a cargo do juízo deprecante.

É possível, ainda, ocorrer o seguinte: o executado é citado e intenta, desde logo, os embargos. Somente depois do julgamento dos embargos ou apenas durante seu regular processamento é que sobrevêm a penhora e a avaliação de um bem seu. Pretendendo questionar tal penhora e avaliação, deverá o executado investigar qual o juízo que determinou

21. Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 53.034/GO, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 14.06.2006, publicado no *DJ* de 01.08.2006 p. 342.

a realização de tal ato processual. Verificado o juízo que determinara a penhora e avaliação de bens, caberá ao executado, por simples petição, alegar o vício da penhora ou da avaliação. Não poderá mais intentar embargos para veicular tal alegação, eis que já ofertados anteriormente. Por outro lado, não há preclusão, já que se trata de *fato superveniente:* a penhora e a avaliação ocorreram *após* o ajuizamento dos embargos. Logo, a alegação deverá constar de simples petição, que será examinada pelo juízo deprecado, caso este tenha determinado a realização de penhora e avaliação (CPC, art. 747).

2.6. Legitimidades ativa e passiva

Os embargos à execução podem ser propostos pelo executado. Com efeito, sendo o meio de defesa posto à disposição do executado, é evidente que este dispõe de legitimidade para opor embargos à execução.

> A propósito, convém lembrar a distinção entre executado e devedor. A legitimidade para opor embargos é do executado, ou seja, daquele em face de quem foi proposta a execução. Nem sempre coincidem as figuras de devedor e executado. O devedor é aquele que integra a relação jurídico-material de crédito/débito. É possível que a execução seja intentada em face de alguém que, efetivamente, não seja o devedor. Ele não é devedor, mas é executado, tendo plena legitimidade para intentar embargos à execução, em que deverá, aliás, alegar sua ilegitimidade passiva para responder pela execução. Sobre o tema, ver o capítulo sobre as partes no processo de execução, neste volume do *Curso*.

Caso haja, na execução, litisconsórcio passivo, haverá, evidentemente, mais de um executado. A cada um deles se confere legitimidade para opor embargos. Serão possíveis tantos embargos quantos forem os executados num processo, nada impedindo que sejam opostos embargos únicos, em litisconsórcio ativo por mais de um executado, desde que comum a defesa e a todos aproveite a alegação neles contida.

Além do executado, o responsável patrimonial também pode opor embargos à execução[22]. De fato, há, além do devedor, aqueles cujo patrimônio pode ser afetado por atos executivos; são os responsáveis patrimoniais, que dispõem de legitimidade ativa nos embargos à execução.

Nos termos do enunciado 196 da Súmula do STJ, quando o executado for citado por edital ou por hora certa e não opuser embargos, ser-lhe-á nomeado curador especial com legitimidade para opô-los. É preciso corrigir o enunciado. O curador especial não será o embargante; embargante é o executado que, citado por edital ou com hora certa, deixou de embargar. Não é caso de legitimidade extraordinária atribuída ao curador especial. O curador especial tem o poder de praticar atos de defesa do curatelado, como seu representante. Age, pois, em nome alheio, defendendo interesse alheio. Sobre o papel do curador especial no processo, ver o v. 1 deste *Curso*.

Ao Ministério Público também se confere legitimidade para opor embargos à execução. Na verdade, o Ministério Público detém legitimidade tanto ativa como passiva para

22. ASSIS, Araken de. *Manual da execução* 11ª ed., cit, p. 1.135.

a oposição de embargos à execução, basta que esteja em uma situação que lhe confira legitimidade para a apresentação de defesa na execução. A propósito, assim esclarece Araken de Assis: "O Ministério Público exerce papel dúplice: de um lado, a lei outorga ao *parquet* legitimidade ativa para agir executivamente (*v.g.*, na condenação originada de ação popular), e, de outro, estende-lhe igual qualidade para propor embargos contra esta execução se, por qualquer motivo, ela se desviar dos seus fins públicos"[23].

O cônjuge do executado também detém legitimidade para intentar os embargos à execução. Se figurar no título, o cônjuge será igualmente devedor, tendo contraído a obrigação, o que lhe confere legitimidade para opor embargos. Ainda que a execução não tenha sido intentada contra si, o cônjuge disporá de legitimidade para intentar os embargos, podendo discutir a dívida e o valor cobrado.

Os embargos devem ser propostos em face de quem figura no pólo ativo do processo de execução. Vale dizer que a legitimidade passiva para os embargos é do exeqüente. Os embargos, noutros termos, devem ser ajuizados em face do exeqüente, que será o embargado. Independentemente de o exeqüente ter ou não legitimidade para intentar a execução, ou de tal legitimidade ser ordinária ou extraordinária, os embargos devem ser intentados em face dele.

Se a execução tiver sido proposta em litisconsórcio ativo, ainda que facultativo, haverá, nos embargos, litisconsórcio passivo necessário, se acaso o embargante pretenda opor uma defesa comum a todos os credores. Se a defesa for pessoal (compensação em face de um dos exeqüentes, por exemplo), a legitimidade passiva será exclusiva do credor contra o qual se opõe a defesa.

2.7. Intervenção de terceiro

Com exceção da assistência, não cabe, nos embargos, qualquer espécie de intervenção de terceiros[24]. Realmente, não se admite, nos embargos à execução, a denunciação da lide. Também não são cabíveis nem a nomeação à autoria, nem a oposição, nem o chamamento ao processo[25]. Isso porque essas intervenções de terceiro pressupõem demandas que não podem ser veiculadas por embargos: pretensões condenatórias e reipersecutórias, por exemplo.

2.8. Efeitos dos embargos

Na versão originária do CPC atual, o art. 739 do CPC estabelecia que os embargos seriam recebidos *sempre* com efeito suspensivo (§ 1º), sendo certo, contudo, que, se os embargos fossem parciais, a execução prosseguiria quanto à parte não embargada (§ 2º).

---

23. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 1.137.
24. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 1.162-1.163.
25. BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*, cit., p. 25.

Havendo mais de um executado, os embargos intentados por um deles suspendiam a execução também para os demais, desde que seus fundamentos servissem para todos (§ 3º).

Significa, então, que a execução suspendia-se, no todo ou em parte, quando opostos embargos do devedor. Se os embargos impugnassem toda a execução ou todo o valor executado, a suspensão era total. Caso, porém, os embargos atacassem apenas parte da execução ou parte do valor cobrado, suspendia-se somente essa parte.

Não se pode dizer que esse efeito suspensivo seja inerente aos embargos à execução. Trata-se de questão que depende de previsão legal, variando em cada direito positivo. No direito italiano, por exemplo, a *opposizione all'esecuzione* (que corresponde aos embargos à execução do CPC brasileiro) não tem eficácia suspensiva automática da execução ou do processo executivo. Somente haverá suspensão da execução, se for intentada medida cautelar para assegurar o resultado útil da *opposizione all'esecuzione*, diante da relevância dos seus argumentos e do risco de grave lesão[26]. Na verdade, a suspensão da execução, no direito italiano, constitui tema afeto aos procedimentos cautelares[27]. Enfim, no direito italiano, apresentada a *opposizione all'esecuzione* não há suspensão automática da execução, não sendo, portanto, tal suspensão decorrente de determinação legal: decorre, isto sim, do poder do juiz de suspender, como instrumento geral de tutela cautelar[28]. Determinada a suspensão da execução, o provimento de suspensão cautelar perde eficácia em conseqüência da sentença do juízo de primeiro grau, que reconhece a insubsistência da *opposizione*[29].

Como se pode perceber, havendo embargos, a execução poderá ser suspensa. Há sistemas em que a simples oposição dos embargos causa a suspensão da execução, ao passo que, em outros, não são os embargos que acarretam a suspensão da execução, mas determinação judicial, tendo em vista a necessidade de se acautelar os interesses do embargante. Nesse último caso, a suspensão se opera mediante providência cautelar.

Em suma, a suspensão da execução, tendo em vista o ajuizamento dos embargos do executado, pode operar-se *ope legis* ou *ope judicis*.

Realmente, a legislação processual deve estabelecer se a defesa do executado terá, automaticamente, o efeito suspensivo. Trata-se do critério *ope legis* do efeito suspensivo dos embargos. O sistema originário do CPC brasileiro tinha, como visto, o efeito suspensivo, em razão da determinação legal (critério *ope legis*). Outros sistemas, como o italiano, determinam que os embargos sejam recebidos sem efeito suspensivo, podendo o juiz, mediante provimento cautelar, agregar esse efeito suspensivo. Haverá, nesse caso, concessão de efeito suspensivo pelo critério *ope judicis*.

---

26. ANDOLINA, Italo. *"Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983, n. 34, p. 122.
27. CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 348.
28. VERDE, Giovanni; CAPPONI, Bruno. *Profili del processo civile – 3. Processo di esecuzione e procedimenti speciali*. Napoli: Jovene Editore, 1998, pp. 245-251.
29. CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 348.

A Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterou essa sistemática, de sorte que o regime brasileiro migrou do critério *ope legis* para o *ope judicis:* os embargos não têm mais efeito suspensivo automático. Sua oposição não acarreta a suspensão da execução, cabendo ao juiz, preenchidos os correlatos requisitos, avaliar se deve suspender a execução. Do contrário, não se suspende a execução.

Com efeito, o art. 739-A do CPC dispõe que "os embargos do executado não terão efeito suspensivo". E, segundo o § 1º do mesmo art. 739-A do CPC, "o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

Como se observa, os embargos do executado, ofertados na execução fundada em título extrajudicial são desprovidos de efeito suspensivo, podendo o juiz, todavia, conceder tal efeito suspensivo, se o executado assim requerer e desde que preenchidos os requisitos genéricos das cautelares: *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Ademais, é preciso, para que se conceda o efeito suspensivo aos embargos, que o juízo esteja garantido pela penhora, pelo depósito ou por uma caução. São, pois, quatro os pressupostos para a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução: perigo da demora, relevância dos fundamentos, garantia do juízo e requerimento do executado.[30]

Atribuir eficácia suspensiva automática aos embargos faz com que o exeqüente suporte os riscos do atraso na entrega da prestação jurisdicional: basta a oposição de embargos para que se suspenda a execução. Com essas modificações levadas a efeito no Código de Processo Civil, invertem-se os ônus da demora do processo. É o executado quem deve suportar os riscos da eventual morosidade processual, demonstrando a necessidade de se conferir efeito suspensivo aos embargos.

Essa modificação acarretou, conseqüentemente, uma alteração no texto do art. 791, I, do CPC, que passou a ostentar a seguinte redação: "Suspende-se a execução: I – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A)".

---

30. Para Pedro Henrique Pedrosa Nogueira seria lícito a juiz, desde que presentes os pressupostos do art. 798 do CPC, conceder tutela cautelar para sustar a execução, mesmo sem depósito, penhora ou caução: "A parte detentora de um *provável* direito subjetivo no plano do direito material, quando estiver na iminência de vir a sofrer danos graves e difícil reparação, tem o direito à obtenção da tutela jurisdicional acauteladora – *a pretensão à segurança* -, conforme os requisitos estabelecidos no art. 798 do CPC, que não foi revogado pela Lei n. 11.382/2006. [...] a ação cautelar inominada constitui meio adequado para que o juiz, em situações excepcionais, presentes os pressupostos da pretensão à segurança, outorgue efeito suspensivo aos embargos, possibilitando ao embargante, detentor do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a possibilidade de pôr em xeque a pretensão executória sem ter seu patrimônio afetado. O novo art. 739-A, parágrafo 1º, não revogou o art. 798 do CPC." (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "A Tutela Cautelar em face do Novo art. 739-A do CPC (Lei n. 11.382/2006)". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 51, p. 119-120.)

Significa que a execução passará a ser suspensa, não com a propositura dos embargos, mas sim com a determinação judicial de que os embargos merecem, no caso concreto, ser recebidos com efeito suspensivo.

A determinação judicial de conferir efeito suspensivo aos embargos consiste, em verdade, num provimento de urgência. E, como tal, reveste-se de feição provisória, podendo, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada que demonstre a alteração da situação que motivou a suspensão.

Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à outra parte. Nesse caso, diz-se ser parcial o efeito suspensivo, suspendendo-se, somente em parte, a execução (CPC, art. 791, I). Isso pode ocorrer em duas hipóteses: a) quando os embargos forem parciais, ou seja, impugnarem apenas parte do crédito ou da execução, vindo a ser concedido o pretendido efeito suspensivo pelo juiz; b) quando os embargos atacam toda a execução, mas o juiz somente concede o efeito suspensivo em relação a uma parte.

A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspende a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. Vale dizer que, havendo fundamento comum, que aproveite a todos os executados, o efeito suspensivo beneficia todos. Se, todavia, o fundamento dos embargos guarda pertinência apenas com o embargante, somente em relação a ele é que estará suspensa a execução.

A execução pode prosseguir, mesmo tendo o juiz concedido o efeito suspensivo. Na dicção do § 1º do art. 475-M do CPC, "ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exeqüente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos". Trata-se de indisfarçável medida de contracautela, prestada pelo exeqüente para resguardar o dano a que o executado alega estar exposto e que justificou o deferimento do efeito suspensivo. O dispositivo prevê um contradireito (é uma exceção da exceção, *exceptio exceptionis, replicatio*[31]) do exeqüente, para o caso de o juiz determinar a suspensão do procedimento executivo: é direito[32] do exeqüente obter o prosseguimento da execução, desde que preste caução idônea, nos próprios autos.

Não é necessária a propositura de uma demanda cautelar para que seja prestada a caução; esta se presta nos próprios autos, devendo ser suficiente e idônea, real ou fidejussória.

---

31. "O direito que se contrapõe à exceção gera também exceção, se não elide o direito de que essa provém, ou não no modifica. É a réplica (*replicatio*), exceção da exceção (*exceptio exceptionis*)... Daí por diante, em jogo de tênis". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 8.)
32. Nesse sentido, também, KNIJNIK, Danilo. *A nova execução*, cit., p. 165. O autor informa que a redação do § 1º do art. 475-M foi sugestão do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Muito embora o art. 475-M do CPC trate da impugnação ao cumprimento da sentença, tal dispositivo aplica-se igualmente aos embargos à execução fundada em título extrajudicial, por força do art. 598 do CPC, segundo o qual se aplicam, subsidiariamente, à execução as disposições que regem o processo de conhecimento. O art. 475-M do CPC aplica-se ao cumprimento da sentença, que consiste em fase ou etapa do processo de conhecimento. Ao tratar do processo de execução e dos respectivos embargos, o Livro II do Código de Processo Civil prevê que o juiz conceda efeito suspensivo a estes últimos, sobrestando o andamento daquele. Não estabelece, contudo, essa possibilidade de caução para afastar o efeito suspensivo concedido. Diante de tal omissão, e considerando ser plenamente compatível a regra do § 1º do art. 475-M com o regime da execução fundada em título extrajudicial, é forçoso concluir que, concedido o efeito suspensivo aos embargos, poderá a execução prosseguir, se o exeqüente oferecer e prestar caução idônea e suficiente. Demais disso, regra semelhante está prevista para os embargos de retenção por benfeitorias (art. 745, § 2º, CPC), examinados mais adiante.

Nos termos do § 6º do art. 739-A do CPC, "a concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens". A regra causa estranheza em uma primeira leitura, não aparentando guardar coerência sistemática. Ora, se o efeito suspensivo *pressupõe* a penhora, como é que sua concessão não impede a efetivação dos atos de penhora e avaliação de bens? A penhora é, necessariamente, *anterior* à concessão do efeito suspensivo, não tendo sentido dizer que este não impede aquela.

Daí se percebe a existência de uma antinomia, sendo necessária a adoção, ou de uma *"interpretação corretiva"*, ou de uma *"interpretação ab-rogante"*. A propósito desses tipos de interpretação que resolvem antinomias, assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: "A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina "interpretação corretiva", ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada "interpretação abrogante", pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla). Dessas três soluções, a que deve ser preferida – só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada – é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei"[33].

Cumpre, então, tentar conferir uma interpretação corretiva ao § 6º do art. 739-A do CPC, a fim de preservá-lo e ajustá-lo ao sistema atualmente em vigor.

E há, efetivamente, a possibilidade de se conferir utilidade à regra, emprestando-lhe uma interpretação que a harmoniza com o sistema atual. De acordo com o art. 656 do CPC, é possível haver, nas hipóteses ali indicadas, a substituição do bem penhorado. O

33. Acórdão não unânime da 1ª Turma do STF, HC 68.793/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. em 10.03.1992, publicado no *DJ* de 06.06.1997, p. 30.287.

art. 683 do CPC trata de casos em que se permite a realização de nova avaliação. Tais situações – que autorizam a substituição do bem penhorado ou a realização de nova avaliação – podem ocorrer após a concessão do efeito suspensivo, o qual não lhes será óbice.

Significa que a concessão de efeito suspensivo não impede a substituição do bem penhorado ou a realização de nova avaliação.

2.9. Objeto dos embargos

É bastante amplo o objeto dos embargos à execução fundada em título extrajudicial. O executado pode alegar qualquer matéria em seu favor, não havendo restrições legais (CPC, art. 745). A enumeração do art. 745 do CPC é meramente exemplificativa, tanto que se encerra com uma cláusula geral (inciso V): pode o executado alegar "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento".

Pode o embargante, por exemplo, discutir a validade do procedimento executivo, alegando a ausência de título que permita a execução (art. 745, I, CPC) ou cumulação indevida de execuções (art. 745, III, CPC; o autor pretende cumular créditos que tramitam sob procedimentos diversos, como o crédito por quantia e o crédito para a entrega de coisa).

O executado ainda pode alegar defeitos na penhora ou na avaliação (art. 745, II, CPC) Sucede que, como já se viu, na execução fundada em título extrajudicial, os embargos não dependem mais de penhora, sendo ajuizados no prazo de quinze dias, contado da juntada aos autos do mandado de citação (CPC, art. 738). Significa, então, que, citado o executado, este já pode opor embargos. Como os embargos não têm efeito suspensivo, por não haver penhora (CPC, art. 739-A, § 1º), a execução irá prosseguir em busca de um bem a ser penhorado. É possível, desse modo, que sejam opostos embargos e, somente depois, ser penhorado um bem. Só que a penhora incorreta ou a avaliação errônea constitui matéria a ser alegada nos embargos (CPC, art. 745, II). Havendo vício na penhora ou na avaliação do bem, como deve o executado defender-se, se já opôs embargos? Nesse caso, impõe-se aplicar o disposto no art. 462 do CPC, a permitir que o executado alegue, posteriormente, o fato superveniente. Tal alegação, entretanto, *não* há de ser feita mais nos embargos, que já foram ajuizados, *a não ser que* não tenha ainda sido intimado o exeqüente. Aplica-se, no caso, o disposto no art. 294 do CPC, de forma que somente pode haver aditamento dos embargos antes da intimação do exeqüente. Vale dizer que, tendo o exeqüente já sido intimado, não poderá mais haver o aditamento dos embargos, a fim de serem incluídos novos argumentos, com novo pedido, que, no caso, seria para desconstituir a penhora ou questionar a avaliação feita. Muito embora não possa mais a questão ser suscitada nos embargos, *é possível* que o executado alegue vício da penhora ou avaliação errônea *na própria execução*, valendo-se do disposto no art. 462 do CPC. Como se trata de fato superveniente, *não* há preclusão, podendo a parte invocá-lo posteriormente, desde que respeitado o contraditório e as demais regras inerentes ao devido processo legal[34].

34. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, *passim*.

Se, quando da penhora ou avaliação do bem, já houverem sido julgados os embargos, poderá igualmente o executado alegar o vício da penhora ou o erro da avaliação por simples petição, não havendo que se falar em preclusão, dada a superveniência da situação, aplicando-se, de igual modo, o disposto no art. 462 do CPC.

O executado ainda pode alegar *excesso de execução* (art. 745, III, CPC). O art. 743 do CPC prescreve que há *excesso de execução* quando: "I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título; II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença; IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582); V - se o credor não provar que a condição se realizou."

> É com base neste inciso que podem ser repelidas execuções em que se cobram abusivamente alguns acessórios da dívida[35]. É o caso de aplicação dos enunciados n. 30 e 287 da jurisprudência predominante do STJ, respectivamente: "30. A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis". 287. "A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários"

Se o executado alegar que o credor pleiteia quantia superior à do título (art. 743, I, CPC), deverá indicar, na petição inicial de seus embargos, o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo que o demonstre. Trata-se de ônus atribuído ao embargante. A falta de indicação do valor correto ou a ausência de memória de cálculo que o demonstre implicará a rejeição liminar dos embargos ou o não conhecimento desse fundamento (CPC, art. 739-A, § 5º). Trata-se de exigência de oposição da *exceptio declinatória quanti*, acaso o objeto dos embargos seja a discussão do valor da dívida.

> Há precedente legislativo semelhante no art. 50 da Lei Federal n. 10.931/2004: "Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia".

O inciso III do art. 743, que cuida do *excesso de execução* quando a execução se processa de modo diferente do foi determinado na sentença, aplica-se aos casos de execução de obrigação de fazer e de não-fazer, que porventura extrapole os limites estabelecidos na decisão judicial, que determinou as medidas executivas, diretas ou indiretas, para a realização da prestação.

O inciso IV do art. 743 foi examinado no capítulo dedicado ao inadimplemento, em que foi comentado o art. 582 do CPC. O inciso V do art. 743 do CPC é examinado no estudo da formação do processo executivo.

Na execução para a entrega de coisa, pode o executado, se de boa-fé, exercer o seu direito de retenção pelo valor das benfeitorias por meio dos embargos, que, no caso,

35. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11. ed., cit., p. 1.092.

recebem o nome de *embargos de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis* (art. 745, IV, CPC; art. 1.219, Código Civil[36]).

Nestes embargos, o *exeqüente*, em sua manifestação, poderá exercer o contradireito da *compensação* do valor das *benfeitorias* com o dos *frutos* ou *danos* considerados, pelo órgão jurisdicional, devidos pelo *executado/embargante*. O "encontro de contas" será apurado nos embargos, inclusive mediante prova pericial (art. 745, § 1º, CPC). O § 2º do art. 745 do CPC confere ao exeqüente, ainda, o direito de ser imitido na posse da coisa, não obstante o direito de retenção do executado: "O exeqüente poderá, a qualquer tempo, ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação."[37]. Trata-se de um contradireito do *exeqüente*, exceção da exceção (defesa da defesa), semelhante ao previsto no § 1º do art. 475-M.

> Note que o direito de retenção não pode ser exercido na execução de título judicial. O possuidor deve exercer o seu direito de retenção na *contestação* na fase de conhecimento (trata-se de exceção substancial e, pois, uma defesa); o silêncio implica renúncia ao direito de retenção. O crédito devido em razão das benfeitorias poderá ser cobrado por ação autônoma, mas o direito de retenção não mais poderá ser exercido. Reconhecido o direito de retenção, a coisa somente poderá ser devolvida ao autor/reivindicante se for pago o valor das benfeitorias. Na execução da sentença que determinar a devolução da coisa, mas reconhecer o direito de retenção, caberá ao exeqüente a prova de que cumpriu a sua obrigação para que seja autorizado início da fase executiva. Não há necessidade de o executado alegar, novamente, na fase executiva, o direito de retenção, de resto já reconhecido por sentença; basta que alegue o descumprimento pelo exeqüente do dever que lhe foi imputado pela sentença. É preciso notar a diferença, portanto. Sobre o direito de retenção no processo de conhecimento em que se busca a entrega de coisa, ver capítulo dedicado à tutela jurisdicional das obrigações de fazer, não-fazer e dar coisa distinta de dinheiro.

2.10. O requerimento de parcelamento do crédito (art. 745-A do CPC) e a proibição para oposição dos embargos

A Lei Federal n. 11.382/2006 acrescentou ao CPC o art. 745-A, criando nova figura jurídica no processo civil brasileiro, espécie de favor legal conferido ao executado.

Eis a redação do dispositivo:

---

36. Art. 1.219 do Código Civil: "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 levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis".
37. Comentando esse dispositivo, com considerações que podem ser úteis *mutatis mutandis*, Alvaro Bourguignon: "Trata-se de faculdade do exeqüente, exercida como condição da obtenção antecipada da posse da coisa retida. A atividade cognitiva e decisória restará compartimentalizada no apreciar a suficiência e oportunidade da garantia prestada em confronto com o crédito do embargante-retentor. Sendo bastante, sua aceitação impõe-se sem outras considerações pertinentes à aparência do bom direito, risco fundado ou lesão de difícil reparação ou, ainda, de resguardo da utilidade da sentença definitiva. Qualquer impugnação do retentor, com esse conteúdo, será absolutamente ineficaz por não estar a aceitação da caução, com o seu conseqüente efeito antecipatório, sobre a disponibilidade da coisa, sujeita, *in casu*, à implementação desses elementos". (*Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1999, p. 253.)

"No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1 (um por cento) ao mês.

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos."

Trata-se de um estímulo ao cumprimento espontâneo da obrigação: uma medida legal de coerção indireta pelo *incentivo* à realização do comportamento desejado (adimplemento), com a facilitação das condições para que a dívida seja adimplida.

Os pressupostos para a configuração deste direito potestativo do executado são: a) vontade: não se trata de imposição, mas opção conferida ao executado; b) depósito imediato de *no mínimo* trinta por cento do montante executado, inclusive custas e honorários advocatícios; c) manifestação do exeqüente, em respeito ao contraditório[38]; d) não ter o executado apresentado embargos à execução[39]. Tem o exeqüente o direito de levantar o valor depositado, até mesmo porque se trata de valor incontroverso. O restante da dívida, como se vê, poderá ser pago em parcelas mensais sucessivas, em número não superior a seis, acrescidas de juros e correção monetária.

Pretendendo exercer esse direito potestativo ao parcelamento, o executado não deve requerer o depósito de 30%; ele já o deve efetuar e requerer, comprovando-o. A *comprovação* do depósito é pressuposto para o deferimento do pedido de parcelamento. Não é o requerimento para que se autorize o depósito, mas sim o próprio depósito, feito *previamente*, que constitui um dos pressupostos para que seja autorizado o parcelamento da dívida.

O depósito de 30% não se confunde com o pagamento da primeira parcela. Esta última só será feita após o deferimento do pedido pelo juiz. Significa que o pedido deve ser feito, já com a comprovação do depósito, mas o pagamento da primeira parcela depende do deferimento do parcelamento pelo juiz. Em outras palavras, feito o parcelamento em seis prestações, por exemplo, o executado irá comprovar o depósito de 30% e, depois, efetuar o pagamento das seis parcelas. O depósito de 30% não está incluído no valor da primeira parcela, nem com esta se confunde.

38. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil – comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007, p. 147.

39. "Se se opõem os embargos, não cabe mais o parcelamento; se se obtém o parcelamento, extingue-se a possibilidade de embargos à execução". (THEODORO Jr., Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 217.)

O art. 745-A do CPC estabelece que o depósito deve corresponder a, no mínimo, 30% do montante objeto da execução, inclusive custas e honorários de advogado. O dispositivo exige 30% do valor, acrescido da integralidade das custas e honorários, ou 30% sobre tudo, aí incluídos honorários e custas? Tome-se como exemplo uma execução de R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescida de honorários de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e mais R$ 1.000,00 (mil reais) de custas, totalizando R$ 111.000,00 (cento e onze mil reais). O executado, para beneficiar-se do parcelamento, deve depositar R$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais) ou R$ 33.300,00 (trinta e três mil e trezentos reais)? Se se entender que os 30% correspondem ao valor da execução, devendo ser complementado com a integralidade de custas e honorários, o depósito haveria de ser de R$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais), sendo R$ 30.000,00 (trinta mil reais) equivalentes a 30% do total (R$ 100.000,00 x 30% = R$ 30.000,00) + os honorários (R$ 10.000,00) + as custas (R$ 1.000,00). Se, por sua vez, se entender que os 30% incidem sobre o total da execução, então o depósito seria de R$ 33.300,00 (trinta e três mil e trezentos reais), que correspondem a 30% do total de R$ 111.000,00 (cento e onze mil reais).

Tudo indica que a *razão* da regra está em exigir que o depósito seja de 30% sobre o total, aí incluídos os honorários e as custas, valendo dizer que, no exemplo aventado, o depósito corresponderia a R$ 33.300,00 (trinta e três mil e trezentos reais), e não a R$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais). Na dúvida, opta-se pela interpretação menos onerosa ao executado (CPC, art. 620). Ademais, as verbas de honorários e custas constituem parcelas acessórias, devendo seguir o principal, de sorte que os 30% incidem sobre todo o valor cobrado.

O não-pagamento *implica* o vencimento antecipado de todas as demais, além de multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas.

Não há necessidade de prévia penhora para o exercício deste direito pelo executado, embora, se ela já tiver sido realizada, não será desfeita em razão do pedido de parcelamento[40]. Deferido o parcelamento, ficarão suspensos os atos decisórios, mas não será desfeita a penhora. O desfazimento da penhora depende do adimplemento integral de todas as parcelas. Pagas todas as prestações, desfaz-se a penhora. Não havendo pagamento integral, a execução prossegue relativamente ao saldo, aproveitando-se a penhora anteriormente realizada.

Não há necessidade, também, de o executado estar assistido por advogado, já que o pagamento da obrigação executada é ato de direito material, cuja prática dispensa a exigência de capacidade postulatória.

A opção do executado pelo exercício deste direito potestativo é comportamento que *impede* ajuizamento de futuros *embargos à execução*, para a discussão de qualquer fato até aquele momento ocorrido. Trata-se de vedação que se relaciona ao princípio que proíbe o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e, portanto, está relacionada à proteção da boa-fé objetiva e da confiança. É norma de profundo conteúdo ético. A opção por valer-se do benefício do art. 745-A implica preclusão lógica do direito de discutir a dívida e o procedimento executivo: se aceitou a dívida, tanto que se dispôs a

40. THEODORO Jr., Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*, cit., p. 217.

pagá-la, depositando no mínimo trinta por cento do seu montante, não pode, em seguida, discuti-la, por tratar-se de conduta incompatível e contraditória com aquela anteriormente assumida. [41]

Obviamente, essa preclusão não atinge fatos supervenientes ao exercício do favor legal. Assim, por exemplo, concretizado o parcelamento, mas retomada, posteriormente, a execução por não terem sido pagas algumas prestações, é possível ao executado insurgir-se contra uma penhora inválida ou contra uma avaliação errônea, que venha a ser realizada após a retomada da execução.[42]

Note que se trata de um direito que surge a partir da litispendência executiva[43]. Como os efeitos da litispendência executiva somente se produzem para o executado a partir de sua citação, o parcelamento constitui um direito potestativo que nasce a partir da citação no procedimento executivo[44]. Trata-se de um *direito do executado*. É uma técnica legal de *incentivo* ao cumprimento espontâneo da obrigação, dispensando o Estado da realização de atividades executivas. Não há um direito ao parcelamento da dívida que possa, por exemplo, ser exercido por meio de uma ação de consignação em pagamento. Se houvesse tal direito ao parcelamento da dívida independentemente de demanda judicial, o devedor poderia, comprovando o depósito de 30% da dívida, requerer, numa consignação em pagamento, o parcelamento do saldo em até seis vezes. Só que isso não é possível, pois se trata de direito a ser exercido na execução; é direito que surge com a citação do executado, tanto que deve ser exercido no prazo de quinze dias destinado ao oferecimento dos embargos. Em vez de apresentar embargos, o executado poderá, comprovando o depósito de 30% do valor devido, requerer o parcelamento do restante em até seis vezes.

Preenchidos os pressupostos legais, o magistrado não pode indeferir o parcelamento; trata-se de hipótese normativa composta por conceitos juridicamente *determinados* e, além

41. Segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, "a caducidade dos direitos subjetivos que se oponham ao direito de crédito afirmado na ação de execução pelo exeqüente constitui eficácia jurídica decorrente do ato de reconhecimento da existência da dívida pelo executado, daí lhe ser vedado *venire contra factum proprium*, mesmo que, de fato, a dívida parcelada, antes do pedido de parcelamento, fosse juridicamente inexistente." (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais: Questões Surgidas com o Advento da Lei nº 11.382/2006". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 56, p. 76.).

42. "O fato jurídico modificativo do direito do exeqüente (v.g., novação, recuperação judicial do devedor etc.), que não necessariamente é 'causa extintiva da obrigação', quando posterior ao inadimplemento do parcelamento, será fonte de novo direito a ser invocado pelo executado; logo, a preclusão do art. 745-A, parágrafo 2º do CPC, não poderia fulminar um direito que, no átimo da consumação da preclusão, sequer existia no mundo jurídico." (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais: Questões Surgidas com o Advento da Lei nº 11.382/2006". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 56, p. 77)

43. O termo *litispendência* possui duas acepções: a) significa "lide pendente" (nesse sentido, a existência de um procedimento em curso caracteriza a *litispendência*, pois há uma lide pendente. Com essa acepção, há *litispendência* desde a propositura da demanda); b) significa duas demandas idênticas tramitando paralelamente. O termo, aqui, está sendo utilizado no primeiro sentido, como sinônimo de "lide pendente". O direito do executado surge com a *litispendência*, é dizer, com a "lide pendente".

44. O art. 745-A "somente se dará em ambiente judicial" (MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 603).

disso, a conseqüência jurídica (direito potestativo do executado) não fica à discricionariedade do magistrado[45]. Poderá o órgão jurisdicional, entretanto, exercendo seu poder geral de cautela, exigir alguma garantia, em razão de peculiar situação do executado[46].

> Atendidos os pressupostos para o parcelamento, deve o juiz deferi-lo, não podendo o exeqüente manifestar discordância. O exeqüente – que deve ter oportunidade de pronunciar-se, mercê da garantia constitucional do contraditório – pode demonstrar ausência ou o não preenchimento de algum pressuposto. O que não pode é, pura e simplesmente, discordar (a ninguém é lícito demandar sem interesse jurídico, art. 3º do CPC). Se, contudo, o executado deixar de preencher algum pressuposto (requerer além do prazo, depositar valor inferior aos 30% exigidos ou requerer o parcelamento em mais de seis prestações), aí se impõe colher a concordância do exeqüente. Nesse caso, não se terá mais o exercício de um direito potestativo do executado, previsto no art. 745-A do CPC; haverá um *acordo* entre exeqüente e executado para que o valor seja pago parceladamente.
>
> Não é, enfim, necessária a concordância do exeqüente, se preenchidos todos os requisitos previstos no art. 745-A do CPC[47]. Faltando algum requisito, poderá haver o parcelamento, desde que o exeqüente concorde, mas aí não se trata mais do parcelamento previsto no art. 745-A; haverá, nessa hipótese, simplesmente um acordo entre o exeqüente e o executado, devendo, diante desse acordo, o juiz deferir o parcelamento.

O § 2º do art. 745-A prescreve que, não adimplida qualquer das obrigações, reputar-se-ão vencidas as demais parcelas até então vincendas, incidirá multa de 10% sobre as parcelas não pagas e, ainda, fica vedada a oposição de embargos. Daí surge a dúvida: se o pedido de parcelamento é feito no prazo para embargos (art. 745-A, *caput*), após o inadimplemento de qualquer das prestações do parcelamento o prazo para embargar, certamente, já se teria escoado e, portanto, já não seria lícito ao executado, em razão da intempestividade, opor embargos, sendo a regra, neste particular, desnecessária.

A questão, porém, deve ser examinada em sentido menos literal: a razão de ser do dispositivo é deixar clara a proibição do executado de *rediscutir* a dívida que por ele já foi reconhecida, seja por *embargos*, ajuizados posteriormente ao pedido de parcelamento, seja por *exceção de não-executividade*, seja por ação autônoma. Só será possível ao

---

45. Assim, THEODORO Jr., Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*, cit., p. 219; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Nova execução de título extrajudicial – Lei 11.382/2006 comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2007, p. 234. Em sentido diverso, entendendo que não há direito ao parcelamento, LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil – comentário sistemático*, cit., p. 147.

46. "Em face das circunstâncias do caso, do vulto do crédito, e das condições financeiras do executado, não será descabida a ordem judicial (*ex officio* ou a requerimento do credor) para que a segurança do juízo se aperfeiçoe antes de despachado o pedido de parcelamento". (THEODORO Jr., Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*, cit., p. 219) Assim, também, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2006 do Código de Processo Civil – execução dos títulos extrajudiciais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

47. Em sentido contrário, entendendo imprescindível o consentimento do exeqüente, pois entende que se trata de um negócio jurídico extintivo de uma obrigação, que deve ser regulado pelo Código Civil, WAGNER Jr., Luiz Guilherme da Costa. "Cinco questões controvertidas da nova sistemática da execução civil". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2008, v. 4, p 312-313.

executado discutir questões supervenientes ao pedido de parcelamento, como a arrematação ou adjudicação[48]: a aceitação do valor executado implica *preclusão* do direito de discutir posteriormente esse mesmo valor ou outros aspectos formais da execução, ressalvadas as questões que não se submetem à preclusão, como, por exemplo, a incompetência absoluta.

2.11. Procedimento

Os embargos são distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, sendo certo que tais cópias podem ser declaradas autênticas pelo próprio advogado (art. 736, par. ún., CPC).

Se os embargos forem intempestivos, deverá o juiz rejeitá-los liminarmente (CPC, art. 739, I). Tal rejeição liminar deve ser entendida como não admissão dos embargos à execução. A demanda não será aceita como embargos, mas poderá ser admitida como "ação autônoma" (defesa heterotópica, examinada mais à frente)[49], *se acaso versar sobre questão que não se sujeita a preclusão*, devendo ser processada paralelamente à execução, sem possibilidade, contudo, de suspender o processo executivo, eis que somente os embargos podem, se preenchidos os requisitos previstos no § 1º do art. 739-A do CPC, acarretar a suspensão da execução (CPC, art. 791, I). Significa que a intempestividade dos embargos acarreta sua rejeição liminar, mas tal rejeição não implica, necessariamente, a extinção do processo, devendo o juiz receber a demanda proposta, não como embargos, mas como ação autônoma[50]. O tema foi examinado linhas atrás, no item sobre os efeitos dos embargos.

Embora intempestivos, os embargos podem veicular matéria de ordem pública, que deve ser conhecida de ofício pelo juiz e que poderia ser alegada a qualquer momento. Nesse caso, os embargos, porque intempestivos, devem ser rejeitados, mas a alegação da matéria de ordem pública deve ser examinada pelo juiz, que decidirá após oportunizar o contraditório.

---

48. THEODORO Jr., Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*, cit., p. 220.
49. Segundo José Miguel Garcia Medina, "se os embargos, embora apresentados intempestivamente, veicularem conteúdo de ação de conhecimento, deverá o juiz indeferir seu processamento *como embargos*, admitindo tal demanda, contudo, como *ação autônoma*." (*Execução*, cit., p. 125).
50. "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 6.830/80. 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." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 729.149/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 24.05.2005, publicado no *DJ* de 06.06.2005, p. 229).

O inciso II do art. 739 determina que a petição inicial dos embargos deve ser indeferida se for inepta. O legislador remete ao art. 295 do CPC, que traz as hipóteses de indeferimento da petição inicial. A inépcia é apenas uma das hipóteses de indeferimento da petição inicial (art. 295, I). Parece que o legislador tomou a "inépcia" como sinônimo de causa de indeferimento, o que é um erro. O inciso II do art. 739 deve ser compreendido da seguinte maneira: qualquer uma das hipóteses de indeferimento previstas no art. 295 do CPC autorizam a rejeição liminar dos embargos à execução.

Além da intempestividade, devem os embargos ser rejeitados liminarmente pelo juiz, se forem manifestamente protelatórios ou ajuizados mediante petição inicial inepta. Sendo manifestamente protelatórios os embargos, o juiz, além de rejeitá-los liminarmente, deve impor, em favor do exeqüente, multa ao embargante no valor de até 20% (vinte por cento) do valor executado.

Na verdade, ao reconhecer serem manifestamente protelatórios os embargos, o juiz está julgando-os, desde logo, improcedentes. Eis um caso em que se indefere a petição inicial por improcedência *prima facie*. Tal rejeição liminar, como se sabe, é feita por sentença. E essa é uma sentença de mérito, apta produzir coisa julgada material, exatamente porque o juiz, nesse caso, está a julgar improcedente o pedido, que é, ademais, manifestamente protelatório.

A essa altura, cumpre investigar se o juiz pode, ao examinar os embargos à execução, aplicar o art. 285-A do CPC. A resposta parece ser positiva. Preenchidos os requisitos ali previstos, deve o juiz já proferir sentença de improcedência, mesmo sem que a parte demandada tenha sido ainda citada. Com efeito, é possível que, em questões de massa ou repetitivas, haja várias execuções, ostentando os respectivos embargos argumentos idênticos ou teses repetidas que já foram, noutras ocasiões, rechaçadas pelo mesmo juízo. Positivada a hipótese, poderá o juiz, ao se deparar com embargos à execução que reproduzam esses argumentos ou tese já rejeitada em outros casos, aplicar o art. 285-A do CPC e julgar improcedente, desde logo, o pedido do embargante.

No caso de o executado alegar excesso de execução, já se viu que deverá indicar, na petição inicial de seus embargos, o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo que o demonstre. A falta de indicação do valor correto ou a ausência de memória de cálculo que o demonstre acarreta a rejeição liminar dos embargos ou o não conhecimento desse fundamento (CPC, art. 739-A, § 5º).

Recebidos os embargos, será o exeqüente intimado para, no prazo de quinze dias, manifestar-se. Após a manifestação do exeqüente, o juiz julgará imediatamente o pedido ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de dez dias.

2.12. Recursos

A rejeição liminar dos embargos configura um indeferimento da petição inicial, cabendo apelação, nos termos do art. 296 do CPC: não haverá contra-razões, o juiz pode retratar-se e, no tribunal, não haverá revisor; haverá, apenas, relator (CPC, art. 551, § 3º).

Julgados os embargos com base no art. 285-A do CPC, cabe apelação, cujo regime está previsto nos §§ daquele mesmo art. 285-A.

Durante o procedimento dos embargos, o juiz poderá proferir decisões interlocutórias, que serão atacadas por agravo retido, a ser reiterado nas razões ou contra-razões da apelação. Se, todavia, a decisão puder causar lesão grave ou de difícil reparação, caberá, então, agravo de instrumento. Nesse sentido, a decisão do juiz que conceder ou negar o efeito suspensivo aos embargos deve ser controlada por agravo de instrumento, revelando-se incabível, por falta de interesse recursal, o agravo retido.

Os embargos são julgados por sentença, da qual cabe apelação. Acolhidos os embargos, a apelação tem duplo efeito. Rejeitados que sejam, a apelação é desprovida de efeito suspensivo, ostentando, apenas, o devolutivo (CPC, art. 520, V).

Havia muita discussão sobre a natureza da execução de *título extrajudicial embargada*, pendente apelação contra sentença que julgou *improcedentes* os embargos à execução, porque o inciso V do art. 520 do CPC retira o efeito suspensivo dessa apelação. Assim, julgados improcedentes os embargos: interposta apelação (sem efeito suspensivo), poderá o exeqüente prosseguir na execução? Ela será definitiva ou provisória?

Humberto Theodoro Jr. entende ser definitiva a execução[51]. Araken de Assis[52] afirma que seria manifesto contra-senso transformar em provisória a execução iniciada como definitiva. Teori Zavascki acrescenta que, acaso o prosseguimento definitivo da execução implique risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o embargante poderá obter antecipação da tutela nos embargos, de modo a impedir que o procedimento siga adiante[53]. Isso sem falar que é possível requerer ao julgador que atribua efeito suspensivo ao recurso de apelação ou agravo (art. 558, *caput* e parágrafo único, CPC). Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial foi consolidado pelo n. 317 da súmula do STJ, com seguinte redação: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos". Assim, mesmo que a decisão dos embargos seja atacada por apelação sem efeito suspensivo, a execução continuaria sendo definitiva.

No entanto, a Lei Federal n. 11.382/2006 alterou a redação do art. 587 do CPC, que agora determina: "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)". Assim, se os embargos à execução tiverem sido recebidos no efeito suspensivo e, ao final, houverem sido rejeitados, a apelação que se interponha contra a sentença não impedirá o prosseguimento da execução, que, porém, transformar-se-á em *provisória*. Se os embargos que não tiveram efeito suspensivo forem rejeitados, a apelação contra essa sentença também não impedirá o

51. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 86.
52. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145.
53. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 438.

prosseguimento da execução, que de resto não havia sido suspensa, que continuará sendo *definitiva*, como sempre foi.

Não há explicação para essa mudança, que não se justifica: a) está em dissonância com a jurisprudência sumulada do STJ e com sólida orientação doutrinária; b) transforma uma execução que se iniciou definitiva em provisória, mesmo após uma sentença que *confirmou* o título executivo, reforçando a presunção de existência da dívida, em inversão esdrúxula de valores: a *vitória* do exeqüente nos embargos à execução é, estranhamente, fato que gera uma *capitis diminutio* do seu título executivo, agora apto a legitimar apenas uma execução provisória; c) confere um despropositado benefício ao executado vencido no julgamento dos embargos, em face de quem há um título executivo já reconhecido como válido e eficaz por um magistrado, após um processo de conhecimento instaurado com esse objetivo.

3. A IMPUGNAÇÃO

3.1. Noção e natureza jurídica

O executado pode defender-se no procedimento da execução de título judicial, denominada de *cumprimento da sentença* pelo CPC (embora se referindo apenas à sentença que imponha o pagamento de quantia), por meio de *impugnação* (arts. 475-J, § 1º, CPC).

Não obstante a *impugnação* tenha sido prevista expressamente apenas para a execução de sentença por quantia, parece cabível a sua aplicação, por analogia, às demais espécies de execução de sentença (fazer, não-fazer e dar coisa). O regramento da execução dessas sentenças é muito singelo, não prevendo qualquer meio defensivo para o executado, que não pode, obviamente, ficar desprotegido nessa fase processual. Tendo em vista a lacuna legislativa, a melhor solução é a aplicação analógica do regime jurídico da *impugnação*.

Também é a *impugnação* o meio defensivo típico para a execução de sentença estrangeira, arbitral[54], penal condenatória e do acórdão em revisão criminal (art. 630 do CPP), a despeito do par. ún. do art. 475-N, que prevê a sobrevivência do processo de execução para a efetivação desses títulos executivos judiciais[55]. De fato, não haveria muito sentido em defender a sobrevivência dos embargos do executado para a efetivação de apenas esses títulos judiciais (ressalve-se, sempre, a situação da execução contra a Fazenda Pública, em razão de texto expresso do art. 741 do CPC).

Discute-se muito sobre a natureza jurídica da *impugnação*.

54. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 645.
55. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125; SANTOS, Ernane Fidélis. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 80.

Há quem considere tratar-se: *a)* de instrumento de defesa (exceção)[56]; *b)* de instrumento de uma ação incidental[57], semelhante substancialmente aos antigos embargos à execução de sentença; *c)* de instrumento de defesa ou de ação, conforme a matéria veiculada[58]: para LEONARDO GRECO, a *impugnação* com base no inciso I e no § 1º do art. 475-L tem natureza de ação de nulidade e, com base no inciso VI, natureza de ação declaratória de inexistência; com base nos demais incisos, teria natureza de exceção (defesa)[59].

A *impugnação* serve à concretização do exercício do direito de defesa; o executado não demanda, não age; ele resiste, excepciona, se opõe. A pretensão à tutela jurisdicional, que de fato exerce o executado, é de reação, que é elemento essencial da "exceção", do direito de defesa. Segue-se aqui, pois, a corrente "a".

A sentença que acolhe alegação de pagamento ou decadência, por exemplo, feita em contestação, tem natureza declaratória e, nem por isso, quando o réu formula tais alegações se afirma que ele é um *demandante*; é possível alegar invalidade de ato jurídico em defesa, sem necessidade de propositura de ação com tal objetivo, sendo esse um dos aspectos que compõe o regime jurídico de invalidação do ato jurídico. Assim, não é porque a *impugnação* pode ter por conteúdo a alegação de um defeito do título (art. 475-L, I, p. ex.) ou a alegação de uma objeção ou exceção substancial (art. 475-L, VI), que ela terá a natureza de ação. É sempre instrumento de defesa, ratifica-se o que já afirmado.

---

56. CÂMARA, Alexandre. *A nova execução de sentença, cit.*, p. 125; SANTOS, Ernane Fidélis. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*, cit., p. 60; BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 116-117; KNIJNIK, Danilo. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 151; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "A nova sistemática do cumprimento de sentença: reflexões sobre as principais inovações da Lei n. 11.232/05". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 60; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. "A natureza jurídica da impugnação ao cumprimento de sentença: demanda incidente, mero incidente ou defesa do executado?" *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 51, p. 133-135.

57. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 314; ARRUDA ALVIM, José Manoel. "A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005 – a impugnação do devedor instaura uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório pelo credor; exige decisão, que ficará revestida pela autoridade de coisa julgada". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 44-50.

58. GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36, p. 81. Considerando a impugnação um misto de ação e defesa, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 645.

59. Ver, a propósito, o texto de Paulo Lucon que, a despeito de não ter apresentado a sua opinião, por considerar que o tema exige mais reflexão, demonstra as diversas conseqüências práticas da adoção deste ou daquele posicionamento (LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 448-451).

3.2. A fase de execução da sentença como procedimento de cognição limitada e exauriente *secundum eventum defensionis*

De todo modo, trata-se de um incidente cognitivo na execução. Seja qual for a corrente adotada, o certo é que o procedimento de execução da sentença passa a ser estruturado em *cognição limitada e exauriente secundum eventum defensionis*[60]: a cognição dependerá da provocação do executado, que não pode alegar qualquer matéria em sua defesa, que tem conteúdo limitado pelo art. 475-L, CPC.

O contraditório no procedimento executivo é *eventual*, porquanto depende da manifestação do demandado, que não é chamado a juízo para defender-se, mas sim para cumprir a obrigação. O procedimento de execução de sentença adotou a técnica monitória, que consiste, basicamente, na inversão do ônus de provocar o contraditório. Não é correto dizer, então, que não há contraditório no procedimento executivo: ele está previsto, até mesmo como conseqüência da garantia constitucional, mas é eventual.

Não parece correta a lição de que a cognição no procedimento executivo é rarefeita ou inexistente, pois o magistrado deve controlar *ex officio* as questões relativas à admissibilidade da execução (pressupostos processuais e condições da ação), além de ter de manifestar-se sobre outras questões relacionadas à existência ou exigibilidade da própria obrigação (pagamento, prescrição, compensação etc.) ou ao desenvolvimento do procedimento executivo (penhorabilidade dos bens, fraude à execução, avaliação, desconsideração da personalidade jurídica etc.)[61].

Introduziu-se, portanto, na fase executiva da sentença, um momento cognitivo, que é instaurado a partir da provocação do demandando. Por isso, é possível afirmar que, agora, o procedimento de execução da sentença é estruturado com *cognição limitada* e *exauriente secundum eventum defensionis*[62]. Apresentada a impugnação, instaura-se atividade cognitiva que permite, por exemplo, ampla (mas limitada pelas questões que podem ser alegadas) instrução probatória. Essa conclusão será importante para resolver o problema da decisão que julga a *impugnação* e a coisa julgada, mais adiante examinado.

3.3. Prazo e preclusão temporal

A impugnação deve ser oferecida no prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação do auto de penhora e avaliação (art. 475-J, § 1º, CPC). No caso da efetivação das sentenças

60. Sobre o tema, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 90. Ver o capítulo sobre cognição, no v. 1 deste *Curso*. Neste sentido, ARRUDA ALVIM, José Manoel. "A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005 – a impugnação do devedor instaura uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório pelo credor; exige decisão, que ficará revestida pela autoridade de coisa julgada", cit., p. 46. especialmente a nota 2.

61. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. "Esboço de uma teoria da execução civil". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 380, p. 69; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Cognição e decisões do juiz no processo executivo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa* Moreira. Teresa Wambier, Luiz Fux e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 358-378.

62. Também considerando que a impugnação dá ensejo a cognição judicial limitada e exauriente, ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 316.

que imponham obrigação de fazer, não-fazer ou de entrega de coisa, o prazo conta-se da intimação para a efetivação da sentença.

> Segundo TEORI ALBINO ZAVASCKI, o prazo de quinze dias para apresentação de impugnação conta-se desde logo. Em suas palavras, "o termo inicial é a data da intimação, e não a da juntada aos autos do respectivo mandado ou do comprovante de entrega da correspondência. É sistema de contagem semelhante ao do prazo dos embargos do devedor na execução fiscal (Lei 6.830/80, art. 16, III) e semelhante também ao previsto para os embargos na redação original do art. 738, I, do CPC, antes da modificação imposta pela Lei 8.953/94"[63].
>
> Na verdade, é preciso observar se a intimação dirigiu-se ao advogado – operando-se, pois, por publicação no Diário Oficial – ou se, na falta do advogado, foi feita pessoalmente ao executado, por mandado ou pelo correio. Feita a intimação por publicação no Diário Oficial, o prazo de quinze dias para o oferecimento da impugnação já se inicia desde logo. Caso, porém, tenha a intimação sido feita pessoalmente ao executado, por carta ou por mandado, impõe-se aplicar, na espécie, o disposto no art. 241, I e II, do CPC, iniciando-se o prazo a partir da juntada aos autos do aviso de recebimento ou da juntada aos autos do mandado de intimação devidamente cumprido[64].

---

63. "Defesas do executado". *A nova execução de títulos judiciais: comentários à Lei 11.232/05*. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini (coords.). São Paulo: Saraiva, 2006, n. 3.2, p. 140-141.

64. AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006, n. 26, p. 112; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, n. 8.1, p. 131; NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. "Os prazos processuais e o cumprimento da sentença". *Execução civil e cumprimento da sentença*. Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: Método, 2006, p. 51.
PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL PROCESSADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL. INTIMAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL PELO CORREIO. PRAZO RECURSAL. INÍCIO DA CONTAGEM. JUNTADA AOS AUTOS DO AVISO DE RECEBIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 241, I, DO CPC. APELAÇÃO TEMPESTIVA.
I – De acordo com o ditame do inciso I do art. 241 do CPC, quando a intimação da decisão judicial dá-se pelo correio, a contagem do prazo recursal inicia-se quando da juntada aos autos do aviso de recebimento. Precedente: REsp nº 601.625/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 27/06/2005.
II – Merece reforma, pois, o acórdão recorrido que entendeu intempestiva a apelação considerando como dies a quo do prazo recursal a data do recebimento do AR.
III – Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos ao Colegiado de origem para que prossiga no julgamento da apelação." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 839.380/GO, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15/8/2006, *DJ* de 31/8/2006, p. 269).
"PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA. INÍCIO DO PRAZO PARA RESPOSTA. JUNTADA DO MANDADO AOS AUTOS. ART. 241, II, DO CPC. PRECEDENTES.
1. Recurso especial contra v. acórdão segundo o qual o prazo para a União apresentar recurso conta-se da data da intimação e não da juntada do mandado aos autos.
2. O art. 241, II, do CPC, estatui que começa a correr o prazo para recorrer 'quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data da juntada aos autos do mandado cumprido.'
3. Pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que contagem do prazo para resposta, quando a intimação é feita por Oficial de Justiça, inicia-se a partir da data da juntada dos autos do mandado de citação.

Havendo mais de um executado, se a intimação se operar por publicação no Diário Oficial, na pessoa de seus advogados, o prazo já se inicia imediatamente. Caso, todavia, as intimações sejam feitas por oficial de justiça ou por via postal, aplica-se o disposto no art. 241, III, do CPC, iniciando-se após a juntada do último mandado de intimação ou do último aviso de recebimento.

Se há mais de um executado com procuradores diferentes, controverte-se a doutrina sobre a aplicabilidade do art. 191 do CPC, sobressaindo, de um lado, entendimento segundo o qual tal dispositivo não se aplicaria, tendo todos eles quinze dias para oferecimento da impugnação[65], enquanto, de outro lado, destaca-se orientação no sentido de que a regra incidiria, de tal sorte que os executados teriam, no caso, trinta dias para ajuizamento da impugnação[66].

Em razão do art. 191 do CPC, os litisconsortes com procuradores diferentes têm prazo em dobro para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos. Tal dispositivo não tem aplicação ao prazo conferido aos litisconsortes para ajuizar uma demanda. Embora os embargos ostentem a essência de uma defesa, a eles, como já acentuado, é conferida pela legislação processual a *forma* de ação. É por isso que não incide tal dispositivo quando do ajuizamento de embargos à execução, tal como, aliás, estabelece o § 3º do art. 738 do CPC.

A intimação pode ser feita na pessoa do advogado ou, não havendo, no representante legal (incapaz), ou presentante (pessoa jurídica) ou pessoalmente. Quando a intimação for dirigida ao advogado, será feita por publicação no órgão oficial, onde houver; não havendo, a intimação pode ser por mandado ou por correio. Também será por mandado ou por correio a intimação dirigida ao executado, a seu representante ou presentante. A intimação do executado, que antes era necessariamente pessoal, agora não mais o é, como se vê.

A impugnação é, como visto, defesa. Dessa forma, aplica-se o disposto no art. 191 do CPC, sendo inegável que os executados terão prazo em dobro[67]. Enfim, aplica-se o disposto no art. 191 do CPC à impugnação, de sorte que, havendo mais de um executado com procuradores diferentes, terão prazo em dobro para ajuizamento da impugnação.

---

4. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 6ª Turmas desta Corte Superior.
5. Recurso provido." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 584.387/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 20/11/2003, *DJ* de 19/12/2003, p. 375).

65. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 112.5, p. 336; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma.* São Paulo: Saraiva, 2006, n. 26, p. 112; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 9 ao art. 475-J, p. 642; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 150.
66. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, n. 8.1, p. 131; NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. "Os prazos processuais e o cumprimento da sentença", cit., p. 52-53; ZAVASCKI, Teori Albino. "Defesas do executado", cit., p. 141.
67. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, n. 8.1, p. 131-132.

Havendo penhora de bem imóvel, o cônjuge do executado também deve ser intimado, se o casamento não for sob o regime de separação absoluta (art. 655, § 2º,CPC, c/c art. 1.647, CC-2002), hipótese em que essa intimação é dispensada.

Aplica-se à impugnação, por analogia, o disposto no art. 747 do CPC, que cuida da competência para o recebimento e julgamento dos embargos à execução por carta: "Na execução por carta, 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 vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens". Parece correto esse entendimento, como forma de facilitar o acesso à justiça pelo executado. Trata-se de interpretação *em favor* do direito fundamental à participação em contraditório e do direito fundamental de acesso à justiça[68].

> Os desembargadores do TJ/RJ editaram a seguinte conclusão, em encontro realizado em Angra dos Reis, julho de 2006: "9. Na hipótese do art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o foro competente para oferecimento de impugnação é aquele onde tramita o cumprimento de sentença".

O legislador, porém, deixou sem resposta a seguinte pergunta: há preclusão temporal do ônus de impugnar, caso não respeitado o mencionado prazo?

A resposta variará de acordo com o conteúdo que pode ser deduzido na impugnação. Em relação às matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo, não há preclusão, aplicando-se o disposto no art. 303, II, CPC. É o caso da alegação de pagamento ou de defeitos que comprometam a admissibilidade do procedimento executivo. Também não haverá preclusão em relação a matérias que, por força de lei, podem ser alegadas a qualquer tempo, como é o caso da prescrição (art. 193 do Código Civil)[69].

Haverá preclusão, porém, do poder de alegar exceções substanciais supervenientes (compensação superveniente, p. ex.), bem como das questões relacionadas a interesses disponíveis (como é o caso da discussão sobre a avaliação ou excesso de execução). A preclusão é do poder de alegar tais questões como defesa, à semelhança do que ocorre em relação a questões que podem ser deduzidas na defesa da fase de conhecimento. Isso não significa que o magistrado estará necessariamente vinculado ao quanto afirmado pelo exeqüente: a não manifestação tempestiva do réu não tem a aptidão de tornar verossímil o absurdo. Cálculos absurdos, por exemplo, poderão ser revistos posteriormente pelo magistrado.

> PAULO LUCON percebeu o ponto, embora não se tenha posicionado a respeito da natureza jurídica da impugnação:

68. Em sentido contrário, AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132-133.
69. Para Leonardo Greco, "após o prazo de impugnação, qualquer matéria de defesa relevante deverá ser objeto também de exceção de pré ou não-executividade, com fundamento na garantia constitucional da ampla defesa prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição". ("Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05", cit., p. 80-81).

"Se a impugnação tiver natureza jurídica de defesa, deve o executado alegar todas as matérias que lhe seria lícito aduzir no prazo de quinze dias contados da intimação do executado... (...)

Se a impugnação tiver natureza jurídica de defesa, sem a sua apresentação opera-se verdadeira preclusão *pro iudicato*, não se admitindo a alegação de qualquer matéria atinente ao débito exeqüendo (ressalvadas as matérias de ordem pública, sobre as quais o órgão jurisdicional pode e deve se pronunciar – *ex vi* art. 267, § 3º). A ausência de impugnação produz efeitos extraprocessuais, impedindo, por exemplo, toda e qualquer ação cognitiva autônoma relacionada com o débito".[70]

3.4. Conteúdo

3.4.1. Observação inicial

Conforme já dito, a *impugnação* é uma defesa de conteúdo limitado. O art. 475-L do CPC traz a enumeração das causas de defesa que podem ser deduzidas pelo executado. Trata-se de rol semelhante ao dos antigos *embargos à execução de sentença*, acrescentando-se, porém, a possibilidade de discussão da avaliação, que agora, como visto, é feita anteriormente à apresentação da defesa no procedimento executivo.

Como visto no capítulo sobre competência, a despeito do silêncio normativo, é possível argüir, na impugnação, a incompetência absoluta superveniente ao trânsito em julgado da decisão.

A despeito da omissão legislativa, na execução de sentença arbitral é cabível a alegação das matérias constantes do art. 32 da Lei Federal n. 9.307/1996.

Também é possível alegar o *impedimento* e a *suspeição* do magistrado, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da decisão[71]. Essa alegação deve ser feita por *exceção instrumental*, fora da impugnação, seguindo o procedimento dos arts. 304 e segs. do CPC.

3.4.2. Falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia (art. 475-L, I)

Há casos de decisão judicial *existente* que pode ser invalidada após o prazo da *ação rescisória*. É o caso da decisão proferida em desfavor do réu, *em processo que correu à sua revelia*, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I). Nesses casos, a decisão judicial está contaminada por *vícios transrescisórios*[72], e esses defeitos podem ser argüidos pelo executado, em sua *impugnação*. Trata-se de alegação de *exceptio nullitatis* da sentença[73]. Esse inciso diz respeito a fatos anteriores

70. LUCON, Paulo. "*Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação*", cit., p. 448-449.
71. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 645.
72. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.
73. Pontes de Miranda fala de *exceptio nullitatis*: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., t. 11, cit., p. 83. Em outra obra, porém, afirma o autor: "A alegação é exercício de pretensão, ainda que ocorra sob a forma de exceção. Não há *exceptio nullitatis: há actio nullitatis*. Quem alega nulidade não excepciona; defende-

à formação do título executivo que têm relevância para desconstituí-lo e que, por isso, escapam à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC).

Esses mesmos defeitos permitem o ajuizamento de uma ação de invalidação da sentença, denominada *querela nullitatis*, expressamente prevista no art. 741, I, sob a forma dos embargos à execução, mas que pode assumir outras feições (ação autônoma, por exemplo, e, até mesmo, ação rescisória com base no inciso V do art. 485 do CPC). À *querela nullitatis* é dedicado um capítulo exclusivo no v. 3 deste *Curso*, para onde se remete o leitor interessado em maiores informações.

A invalidação da sentença nesses casos pode ser obtida, então, tanto pelo ajuizamento de demanda quanto incidentalmente, com o acolhimento da argüição de nulidade feita pelo executado em sua defesa[74].

A citação, como visto no capítulo respectivo do v. 1 deste *Curso*, não é pressuposto de existência do processo ou da sentença. Essa lembrança é importante, pois, para quem pensa em sentido diverso, a *exceptio nullitatis* equipara-se a uma argüição de inexistência da sentença[75], e não a uma alegação de invalidade.

A citação é condição de eficácia do processo em relação ao réu (CPC, arts. 219 e 263) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a total ausência de prejuízo (CPC, art. 249, §§ 1º e 2º). O indeferimento da petição inicial, por exemplo, é uma sentença liminar, com (prescrição e decadência) ou sem julgamento do mérito, favorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

Mesmo diante de vícios de tal gravidade, há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 214 do CPC). Se o réu, intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício pela preclusão[76].

3.4.3. Inexigibilidade do título (art. 475-L, II)

O executado pode defender-se alegando inexigibilidade da pretensão creditícia. A inexigibilidade não é do título, mas da pretensão.

---

se; contraria". (*Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t.6, p. 34.) É preciso compreender o seguinte: a alegação de invalidade não é uma exceção substancial, mas pode ser defesa (a palavra exceção possui vários sentidos, mas aqui está sendo empregada como sinônimo de defesa, qualquer uma).

74. Pontes de Miranda já dizia que a invalidade pode tanto ser decretada por ação autônoma (*principaliter*) quanto incidentalmente (*incidenter*): *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 21.

75. Por exemplo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 507 e segs.; TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 368.

76. "Nos casos do art. 741, I, a não-arguição, tendo comparecido o executado, supre". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., t. II, cit., p. 77.)

Será inexigível a pretensão se pender alguma condição ou termo que iniba a eficácia do direito reconhecido na sentença (CPC, art. 572[77], aqui aplicável por força do art. 475-R). A maior parte da doutrina, ao comentar o inciso II do art. 475-L, examina-o sob essa perspectiva.

ARAKEN DE ASSIS sugere outra interpretação para o inciso II do art. 475-L. O autor entende que o inciso refere-se à "*inexeqüibilidade*, ou seja, à falta de título ou à ausência dos atributos da respectiva obrigação (certeza e liquidez)"; "a inexigibilidade do título executivo impropriamente mencionada no inciso II do art. 475 representa excesso de execução (art. 475-L, V, c/c art. 743, IV e V) e integra, portanto, a correspondente rubrica"[78].

Parece correta essa observação. A inexigibilidade da pretensão ficaria mais bem acomodada à hipótese de *excesso de execução* (art. 743, IV e V). De fato, cuida o inciso de alegação de falta de título executivo ou dos atributos da respectiva obrigação. Há *inexeqüibilidade* se o exeqüente valer-se de sentença submetida a recurso com efeito suspensivo, sentença estrangeira sem homologação do STJ ou sentença rescindida[79].

3.4.4. Decisão fundada em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 475-L, § 1º, CPC)

O § 1º do art. 475-L contém dispositivo que traz hipótese de rescisão da decisão judicial, por motivo anterior à formação do título executivo:

> "Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

O enunciado é reprodução quase integral do disposto no antigo parágrafo único do art. 741, ora revogado, acrescentado inicialmente pela Medida Provisória n 1.997-37/2000, mas que vigia por força da Medida Provisória 2.180-35, de agosto de 2001. O texto, agora, foi incorporado ao CPC por determinação da Lei Federal n. 11.232/2005.

Houve uma pequena mudança de redação, para deixar claro que o paradigma que deve ser utilizado para a aferição da constitucionalidade da lei deve ser uma decisão do STF. É que a última parte do dispositivo (*"ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas como incompatíveis com a Constituição Federal"*) não continha a informação, que estava implícita, de que a incompatibilidade constitucional cogitada deveria ter sido reconhecida pelo STF. Agora, não há mais dúvidas.

---

77. "Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo".
78. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 321.
79. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 321.

Embora a menção à inexigibilidade (referência ao inciso II), parece que o caso é de *inexeqüibilidade*, nos termos examinados no item anterior: falta de título executivo hábil à execução.

O § 1º do art. 475-L do CPC traz mais uma hipótese de desconstituição da coisa julgada material,[80] tendo em vista que permite que o executado oponha resistência à satisfação do crédito suscitando matéria atinente à formação do próprio título executivo, quando ele estiver fundado em preceito tido por inconstitucional pelo STF ou quando se tenha conferido a este preceito interpretação tida pelo mesmo STF como inconstitucional. Dessa forma, em casos tais, admite-se a rescisão da sentença pelo acolhimento de argumento de defesa deduzido na impugnação.

É nova hipótese de rescisão de sentença, que, porém, não se submete ao mesmo regramento jurídico das demais, previstas para a ação rescisória (art. 485, CPC). É importante a observação, pois há diferenças em relação ao prazo bienal para a propositura da rescisória, que não se aplica a este caso, e à competência, que, para a ação rescisória, é sempre de um tribunal. Há, pois, um novo instrumento de revisão de coisa julgada.

> Exatamente no que diz respeito à competência é que aparece uma forte objeção à constitucionalidade dessa inovação. É que se se trata realmente de uma nova hipótese de rescisão da coisa julgada, como permitir que o juízo da execução, que normalmente é o juízo de primeira instância, aquele que não proferiu o acórdão executado, possa *rescindir* um acórdão do tribunal? Se fosse proposta uma rescisória contra o acórdão, com base no inciso V do art. 485, seria o tribunal que proferiu a decisão rescindenda o competente para rescindi-la. Por que, nesse caso, quem a rescindiria seria o juízo de primeira instância? O direito ao juiz natural deve ser observado, embora esse aspecto tenha passado ao largo das discussões sobre a aplicação do § 1º do art. 475-L. É preciso, portanto, dar coerência ao sistema, reconhecendo a competência para a rescisão, nestes casos, ao tribunal que proferiu o acórdão *rescindendo*, ou ao próprio juízo de primeira instância, no caso de pretender-se *rescindir*, com base nesse parágrafo, a sua própria sentença, aplicando-se, por analogia, a competência para a *querela nullitatis*, já examinada no v. 3 deste *Curso*.

Não é toda hipótese de sentença inconstitucional que pode ser desconstituída com base nesse dispositivo.

> "São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional. Há um elemento comum às três hipóteses: o da *inconstitucionalidade da norma aplicada* pela sentença. O que as

80. Concordamos com Teori Albino Zavascki, para quem "trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada como primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais" (ZAVASCKI, Teori Albino. "Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 125, p. 81-82). Também assim, TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 124.

diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição"[81].

A decisão do STF pode ter sido resultado do controle difuso[82] ou concentrado da constitucionalidade das leis, desde que, em ambos os casos, tenha sido proferida pelo *Pleno*. É importante ressaltar que mesmo as decisões proferidas em controle difuso servem como paradigma para a aplicação do mencionado dispositivo, tendo em vista a eficácia *ultra partes* e *paradigmática* que vem sendo dada pelo STF a tais decisões, em fenômeno que já se designou de *"objetivação do controle difuso de constitucionalidade"*[83]. Para a aplicação do dispositivo é desnecessária a resolução do Senado (art. 52, X, CF/88), suspendendo a vigência da lei[84].

A aplicação do dispositivo pressupõe, ainda:

a) que a decisão do STF tenha sido anterior à formação do título judicial[85];

Adota-se, neste *Curso*, o entendimento de que a decisão somente pode ser rescindida, com base no § 1º do art. 475-L, se o posicionamento do STF for anterior à decisão, de modo que ela tenha sido proferida com um *defeito genético*: já nasceu em desconformidade com a orientação do STF[86]. Há quem pense que a aplicação

---

81. ZAVASCKI, Teori Albino. "Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 333.
82. Entendendo que, nesse caso, apenas se houver resolução do Senado suspendendo a vigência da lei (art. 52, X, CF/88), ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 331; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 315; TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 123.
83. Sobre o tema, remete-se o leitor ao seguinte texto: DIDIER Jr, Fredie. "Transformações do recurso extraordinário". Processo e constituição. São Paulo: RT, 2006. Na mesma linha, DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 3.
84. "É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta". (ZAVASCKI, Teori Albino. "Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais", cit., p. 337.)
85. Não obstante repute inconstitucional o dispositivo, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, apenas para argumentar, consideram essa hipótese a única em que é possível a aplicação do § 1º do art. 475-L (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 9 ed., cit., p. 649).
86. Nesse sentido, assim entende Luiz Guilherme Marinoni: "Admitir que um processo se desenvolva por anos e gere uma sentença proferida por um juiz que tem dever de controlar a constitucionalidade, para posteriormente se dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, constitui gritante aberração, a violar, de uma vez só, o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, para não falar nas ilogicidades de menor

do dispositivo é possível, nos casos em que a decisão do STF tenha sido proferida posteriormente à formação título judicial. Embora não se o adote, esse entendimento tem adeptos, mas somente poderia ser aceito se, nesses casos, o STF tiver atribuído eficácia retroativa à sua decisão, a ponto de atingir a coisa julgada. Ainda nesse caso, apenas para a hipótese de esse pensamento vir a prevalecer, para não deixar a coisa julgada eternamente instável, parece que é o caso de aplicar por analogia o prazo da ação rescisória e não permitir a rescisão da sentença se essa decisão do STF ocorrer após o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão exeqüenda, mesmo se a ela for atribuída eficácia retroativa. O CPC nada diz sobre o assunto, mas permitir que uma decisão judicial fique eternamente instável parece solução que aniquila, completamente, a garantia da coisa julgada.

b) a lei – cuja inconstitucionalidade já tenha sido proclamada pelo STF – deve ter sido essencial para a procedência do pedido. Se, mesmo afastada a lei tida como inconstitucional pelo STF, persistir a conclusão a que chegara o juiz, não faz sentido acolher-se a impugnação fundada no § 1º do art. 475-L do CPC. É preciso, em outras palavras, que haja uma relação de *causa e efeito*, de sorte que, afastada a lei que fundamentara a sentença, a conclusão desta seja, inevitavelmente, alterada. Caso, afastada a lei invocada na fundamentação da sentença, esta mantiver sua conclusão, não há como ser acolhida a impugnação. Se, mesmo seguindo a orientação do STF, o juízo tenha condenado o réu ou julgado procedente o pedido do autor, não há razão para aceitar a impugnação. É por isso que, como bem lembra Luiz Guilherme Marinoni, apresentada a impugnação, com fundamento no § 1º do art. 475-L do CPC, "terá o exeqüente a oportunidade de demonstrar que, ainda que a decisão houvesse observado o pronunciamento vinculante do Supremo, a sentença teria sido de procedência"[87]. Consequentemente, "se o desrespeito ao pronunciamento vinculante não impuser a alteração da sentença, mas admitir apenas a modificação da sua fundamentação, não há como acolher a impugnação"[88].

c) a não-incidência em relação às coisas julgadas anteriores à vigência do dispositivo. Convém lembrar que a regra já existia antes da Lei Federal n. 11.232/2005, malgrado inicialmente fruto de uma medida provisória, desde abril de 2000. As coisas julgadas existentes até 11 de abril de 2000 não sofrem qualquer repercussão desse parágrafo, sob pena de afronta à garantia da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI, da CF). Este entendimento, defendido desde a primeira edição deste volume, restou consagrado no n. 487 da súmula do STJ.

---

relevância, como a de impor à administração da justiça o tempo, o trabalho e o custo dos processos individuais que por anos se desenvolveram para se chegar a uma sentença que, muito embora indiscutivelmente legítima, é posteriormente 'riscada do mapa'. (...) Portanto, as normas dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil permitem apenas uma interpretação: a de que o executado poderá alegar a pronúncia do Supremo Tribunal Federal quando a sentença exeqüenda houver aplicado lei que já havia sido declarada inconstitucional, ou tiver adotado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição. Note-se, aliás, que este resultado pode ser obtido mesmo a partir de uma interpretação unicamente literal destas normas." (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, n. 5.4-5.5, p. 132).

87. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. cit., n. 5.5, p. 133.

88. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. cit., n. 5.5, p. 133.

Essa última observação é importante: a constitucionalidade desta nova hipótese de rescisão da sentença pressupõe que ela somente possa ser aplicada às coisas julgadas que ainda não se tenham formado até a vigência do dispositivo legal. De fato, o legislador infraconstitucional pode balizar o regime jurídico da coisa julgada, e o faz, há tempos, estabelecendo hipóteses de ação rescisória, *querela nullitatis*, coisa julgada *secundum eventum probationis*, a correção a qualquer tempo do erro material etc. Eis, pois, um novo mecanismo de controle da coisa julgada.

Não obstante o enunciado normativo tenha sido previsto apenas para a revisão de sentença que dê ensejo a atividade executiva, parece correto proceder a uma interpretação analógica para permitir a revisão da coisa julgada de sentenças que dispensam atividade executiva posterior, preenchidos os pressupostos já examinados. Se o objetivo é prestigiar as decisões do STF em matéria de controle de constitucionalidade, uma sentença meramente declaratória sem eficácia executiva ou uma sentença constitutiva que ofenda a Constituição Federal, nos termos examinados, deve ser rescindida tanto quanto uma sentença condenatória. Não há razão para o discriminen[89].

Mas ainda há uma última palavra.

Partindo da premissa de que se trata de uma nova hipótese de rescindibilidade da sentença (que dá ensejo ao *iudicium rescindens*), surge a dúvida sobre a possibilidade de um juízo de rejulgamento da causa (*iudicium rescissorium*).

Há quem não admita essa possibilidade, sob o fundamento de que o dispositivo opera apenas no plano da eficácia do título, não o desconstituindo[90].

Eduardo Talamini segue outro caminho. Eis a sua exposição do problema:

> "Haverá casos que não comportarão nenhuma dificuldade. A correção da solução inconstitucional em que se amparou o título automaticamente inverterá o resultado do processo anterior, sem a necessidade de nenhuma providência adicional.
>
> Porém, poderão ocorrer situações mais complexas. Pense-se nos casos em que a ação ou a defesa tinha suporte em diversas causas de pedir ou fundamentos. Em tais hipóteses, a rescisão do comando que decidira a questão com base em um desses fundamentos poderá exigir que outro(s) seja(m) apreciado(s).
>
> Um exemplo presta-se a ilustrar a questão: o contribuinte pediu a restituição do indébito alegando (a) ser inconstitucional a norma que prevê o tributo em questão e (b) não haver incorrido na hipótese de incidência do tributo (não haver praticado o fato gerador). Note-se que há apenas uma causa de pedir, atinente à não-constituição da obrigação. O fundamento *a*, estritamente jurídico, é aspecto interno a essa causa

89. Contra, entendendo que somente os capítulos da sentença com eficácia condenatória podem ser rescindidos, TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)", cit., p. 128.

90. "Além disto, a procedência da impugnação não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo, limitando-se a tornar inadmissível a sua execução". (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 330.) Assim, também, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, cit., p. 318.

de pedir. De todo modo, o juiz poderia decidir o processo, acolhendo desde logo o primeiro argumento, atinente à inconstitucionalidade. O segundo poderia não ser nem apreciado – sem que houvesse qualquer nulidade nisso. Mais: decidindo o juiz em julgamento antecipado, as provas eventualmente necessárias para a demonstração do segundo nem teriam sido produzidas. Suponha-se que depois do trânsito em julgado, o Supremo, em ação direta, reconhecesse a constitucionalidade daquela mesma norma – dando azo ao emprego dos embargos *ex* art. 741, parágrafo único, contra a sentença obtida pelo contribuinte. Nessa hipótese, uma vez desconstituído o título executivo, não se poderia simplesmente impor a derrota ao contribuinte, nem sustentar que o resultado do processo anterior ficaria indefinido *ad eternum*. O contribuinte teria direito a que o segundo fundamento fosse efetivamente instruído e julgado.

A questão pode ficar ainda mais complexa. Até aqui, cogitamos da hipótese de outros fundamentos não apreciados pela sentença constitutiva do título. Porém, poderíamos mudar o exemplo antes dado, para supor que, dos dois fundamentos lançados pelo contribuinte, o segundo (alheio à questão constitucional) foi rejeitado na sentença, a qual, porém, foi de procedência do pedido, com base no primeiro fundamento. O contribuinte não teria interesse recursal para apelar. Não foi sucumbente. Não houve um pedido autônomo seu rejeitado, mas apenas um fundamento atinente ao único pedido feito, que, mesmo assim, foi acolhido pelo outro fundamento. Note-se que ele não teria interesse jurídico nem para a interposição de apelação adesiva. É que a profundidade da apelação permite, por si só, que a sentença venha a ser confirmada pelo tribunal pelo outro fundamento, rejeitado em primeiro grau (CPC, art. 515, § 2°). Suponha-se que houve o trânsito em julgado da sentença. Ora, nesse caso, quando nos embargos se desconstituísse o título amparado no fundamento constitucional, não seria legítimo dizer que o outro fundamento posto pelo contribuinte em sua ação de conhecimento já teria transitado em julgado. Seria verdadeira armadilha: o contribuinte não pôde recorrer da rejeição desse outro fundamento precisamente porque fora acolhido o fundamento constitucional, ora derrubado. Assim, afastada nos embargos a procedência do fundamento constitucional, há de se permitir o prosseguimento do exame do outro fundamento. Para esse caso, a terceira solução acima dada parece a mais apropriada. Retomar-se-ia o processo a partir da sentença que rejeitou o outro fundamento, então não mais se considerando o anterior acolhimento do fundamento constitucional (já desconstituído nos embargos) – com o que se abriria ao contribuinte a faculdade (e ônus) de apelar."[91].

Realmente, não é possível negar à parte, em tais situações, o direito de exigir a reapreciação da causa, com base no outro fundamento. Solução diversa ofenderia o direito fundamental à inafastabilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário (art. 5°, XXXV, CF/88).

Sucede que a parcimônia do legislador impede que se respondam a outras questões com tanta segurança: a) de quem é a competência para o *iudicium rescissorium*?; b) seria

91. TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)", cit., p. 129-131.

permitido o rejulgamento na própria fase executiva, reabrindo-se a fase de conhecimento? Talvez a solução de Eduardo Talamini seja a mais adequada: tomar emprestado o regime jurídico da alegação da *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I, CPC), que permite, invalidada a sentença, a reabertura do processo[92].

O problema exige tratamento legislativo.

3.4.5. Penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 475-L, III)

Conforme já foi visto, a *impugnação* do executado pode ser precedida da penhora e de avaliação. Se o for, caberá ao executado, se quiser discutir a regularidade da penhora ou o valor da avaliação, fazê-lo já na *impugnação*, sob pena de preclusão.

Também é ônus do executado discutir a validade da penhora em sua *impugnação* (p. ex., suscitar impenhorabilidade ou desrespeito à ordem de preferência do art. 655 do CPC).

3.4.6. Ilegitimidade das partes (art. 475-L, IV)

Pode o executado argüir, em sua defesa, a ilegitimidade das partes. Não se trata de ilegitimidade que poderia ter sido deduzida na fase de conhecimento, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC), que protege o título judicial. A ilegitimidade, aqui, diz respeito à fase executiva, tão-somente. Com efeito, ao executado se permite alegar ilegitimidade para a execução, não se lhe franqueando a possibilidade de discutir a legitimidade relativa à própria demanda cognitiva, eis que se trata de assunto já alcançado pela preclusão e, até mesmo, pela coisa julgada.

Embora normalmente se relacione o inciso à legitimidade *ad causam*, aferida de acordo com as regras do arts. 566-568 do CPC (que não sofreram qualquer alteração pela Lei Federal n. 11.232/2005), também é lícito, com base nele, argüir-se a *ilegitimidade processual* (ausência de capacidade processual), como um defeito de representação processual, desde que esteja relacionado ao procedimento executivo.

3.4.7. Excesso de execução (art. 475-L, V)

Em sua defesa, pode o executado alegar excesso de execução, que ocorre, de acordo com o art. 743 do CPC, nas seguintes hipóteses: I) quando o credor pleiteia quantia superior à do título; II) quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III) quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença; IV) quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582); V) se o credor não provar que a condição se realizou.

Quando o executado alegar que o credor pleiteia quantia superior à do título, é preciso atentar para dois aspectos.

---

92. TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)", cit., p. 130.

a) Conforme o § 2º do art. 475-L, cabe ao impugnante *declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.* Trata-se de norma interessante, que impõe um ônus ao executado, sob pena de a sua defesa sequer ser examinada: o ônus de opor a *exceptio declinatoria quanti*[93]. Não exercida a exceção, há preclusão quanto ao valor da dívida, ressalvado erro de cálculo ou valor absurdo.

> "Isso decorre da garantia constitucional do tratamento paritário das partes no processo civil (CF, art. 5º, *caput*): se o exeqüente deve, em seu requerimento, apresentar a memória discriminada e atualizada do débito, o executado, da mesma forma, deve, em suas alegações, apresentar o cálculo que reputa como correto".[94]

É preciso, porém, fazer uma advertência: a regra tem aplicação nos casos em que o valor da execução foi liquidado em fase própria ou unilateralmente, pelo credor, se isso for possível por simples cálculos aritméticos. Acontece, porém, muita vez, conforme alertado no capítulo sobre liquidação, a utilização abusiva da "liquidação por cálculo do credor", que se vale desta autorização em situações em que isso não era possível, pois exigiriam a dilação probatória para a verificação da extensão dos prejuízos. Nesses casos, o executado pode ter a certeza de que o valor é despropositado, mas não poder afirmar de pronto quanto deve, exatamente porque é necessária a produção de provas em audiência, como as provas pericial e testemunhal.

Um exemplo talvez demonstre a importância desta ponderação. Imagine uma sentença que condenou o réu a ressarcir os lucros cessantes de uma empresa de transporte de passageiros, pelo fato de ela não ter podido utilizar um de seus ônibus durante um determinado período. Na fase de liquidação, seria preciso provar a média de viagens feitas pelo ônibus em mês, bem como a média da ocupação, tendo em vista determinada rota, a lucratividade do negócio, bem como o percentual de beneficiários que têm direito a transporte gratuito (como idosos) etc. Imagine que o credor, unilateralmente, entendendo tratar-se de situação que permite a "liquidação unilateral", calcule o valor da obrigação e promova a execução. O executado poderá discutir o "excesso de execução", mas não terá como apresentar de pronto o valor que entende devido, exatamente porque o cálculo deste montante não prescinde da produção de provas em audiência e, pois, em contraditório. Nestes casos, há falta de liquidez da obrigação, pois o título dependeria de uma liquidação por artigos, e não por simples cálculo do credor.

Na verdade, não incide, em casos como esse, a exigência de o executado demonstrar o valor devido ou em que consistiria o excesso. Não há, nessas situações, o ônus de demonstrar o valor que deveria ser executado. É que, rigorosamente, tais casos não constituem hipóteses de excesso de execução, revelando-se como situações de iliquidez da obrigação, afastando-se, portanto, o ônus da alegação, por parte do executado, do valor correto. Ao

---

93. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9 ed., cit., p. 650.

94. LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação". *Aspectos polêmicos da nova execução.* Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 447-448.

executado caberá, isto sim, apontar a iliquidez da obrigação, indicando a necessidade de uma liquidação por artigos ou por arbitramento.

b) Nesses casos, há sempre uma parcela incontroversa, situação que permite o prosseguimento da execução em relação à parcela não-impugnada. Não obstante o silêncio normativo, permite-se o prosseguimento da execução em relação à parcela não-impugnada[95]. A determinação de prosseguimento da execução independe de requerimento do credor, podendo o magistrado tomá-la *ex officio*.

Não se pode rediscutir, porém, o valor obtido na fase de liquidação da sentença.

As hipóteses dos incisos II e III do art. 743 cuidam da execução para a entrega de coisa (inciso II) e para obrigação de fazer e de não-fazer (inciso III), objeto de capítulo próprio neste volume do *Curso*.

Permite-se ao executado alegar a *exceção de contrato não cumprido* (art. 743, IV, CPC, c/c art. 476 do CC-2002, *exceptio non adimpleti contractus*), exceção substancial dilatória que obsta a eficácia da pretensão executiva. Aplica-se o art. 582 do CPC[96], por analogia.

3.4.8. Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (art. 475-L, VI)

Pode o executado alegar, em sua defesa, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação, seja uma exceção substancial, como a prescrição, seja uma objeção substancial, como o pagamento. O rol do inciso VI do art. 475-L é exemplificativo[97].

Exige-se, porém, que se trate de *fato superveniente ao trânsito em julgado da decisão exeqüenda*, como respeito ao comando do art. 474 do CPC, que cuida da eficácia preclusiva da coisa julgada. A redação do inciso é equívoca, pois fala em "superveniente à sentença", quando deveria deixar claro que a superveniência deve ser em relação ao *trânsito em julgado* da sentença – há uma elipse na frase. Assim, a *prescrição*, por exemplo, deve atingir a pretensão executiva, e não a pretensão deduzida na demanda de conhecimento (n. 150 da súmula da jurisprudência predominante do STF)[98].

Uma observação se impõe: a redação do inciso VI do art. 475-L corresponde à do inciso VI do art. 741, em sua redação original de 1973, com uma diferença. Exigia-se, antes, que, para a alegação de compensação, o crédito deveria ter sido objeto de uma ação

95. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 130; LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação", cit., p. 447.

96. "Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe a satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta".

97. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 327. Acresça-se, ainda, que o direito de retenção deve ser exercido na contestação da fase de conhecimento (preparação do título executivo).

98. "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

executiva já *aparelhada*[99], expressão duvidosa, que dava ensejo a diversas interpretações. Agora, deixa-se claro que, para alegar a compensação, ao executado basta cumprir o que dispõe o art. 369 do Código Civil: "A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis". Convém lembrar, ainda, que crédito prescrito não pode ser utilizado para fim de compensação, tendo em vista a regra do art. 190 do CC-2002, segundo a qual a exceção substancial prescreve concomitantemente com a pretensão a que esteja vinculada.

Outra observação há de ser feita: é possível que o executado ajuíze impugnação, alegando a existência de transação superveniente. A transação pode ser celebrada após a sentença ou, até mesmo, depois do trânsito em julgado. É lícito às partes celebrarem transação sobre uma questão já resolvida judicialmente, a não ser que uma delas desconheça a existência do trânsito em julgado (CC, art. 850). Celebrada transação após a sentença, não deve ser proposta execução da sentença, sob pena de ser ajuizada e acolhida impugnação do executado (CPC, art. 475-L, VI). Se a transação for celebrada quando já proferida sentença e ainda pendente apelação perante o tribunal, o procedimento recursal deverá ser extinto em razão da homologação do negócio jurídico pelo tribunal. Se a transação se der após o trânsito em julgado, quando os autos já retornaram ao juízo de primeira instância para a execução, será deste a competência para homologar a transação no próprio procedimento executivo. Sendo homologada a transação, é a decisão que a homologou que passa a ser o título executivo (art. 475-N, III, CPC). Pode ter havido, porém, essa transação sem a respectiva homologação judicial. Nesse caso, se for executada a sentença, em sua versão original, o executado poderá apresentar sua impugnação, reportando-se à transação e apresentando o seu respectivo instrumento.

3.5. Desistência da execução e consentimento do executado

A execução fica à disposição do credor. Não há, na fase executiva, a simetria que existe, no particular, na fase de conhecimento. A execução é feita para atender aos interesses do exeqüente, e esse é o norte que deve ser observado pelo magistrado, respeitados, obviamente, outros princípios processuais. Trata-se da *regra da disponibilidade* da execução, já examinada no capítulo sobre a teoria da execução.

Essa regra pode ser exemplificada pelo regime da desistência na execução, previsto no art. 569 do CPC, que cuida da execução de título extrajudicial, mas que é aplicável ao cumprimento da sentença, *mutatis mutandis*.

---

99. "Uma parte da doutrina acredita que equivale à execução ajuizada. Mais liberal, um outro setor sugere que a exigência se limita à apresentação de título capaz de fundar a ação executória. De prático, apenas nessas situações, na melhor das hipóteses ostentando título executivo..., o executado poderia alegar compensação. Ora, o verbo aparelhar possui vários sentidos, sempre com a idéia de prover, e todos aquém de efetivar, propor ou ajuizar, segundo pressupõe a primeira tese. Portanto, bastará a existência de título líquido e exigível (art. 369 do CC de 2002), e certo,..., para se admitir a compensação". (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1.202-1.203.)

O credor pode desistir de toda execução ou de algum ato executivo independentemente do consentimento do executado, mesmo que tenha apresentado *embargos à execução*, ressalvada a hipótese de esses embargos versarem sobre questões relacionadas à relação jurídica material (mérito da execução), quando a concordância do executado/embargante se impõe – nesses casos, se o executado não consentir com a desistência, a execução se extingue, mas os embargos continuam. Nos casos em que não há necessidade do consentimento, a desistência da execução implica a extinção dos embargos à execução. Observe: o consentimento do executado impõe-se apenas se se tratar de desistência do procedimento executivo; se a desistência restringir-se a um ato executivo, e não a todo procedimento, não há necessidade de o executado dar a sua anuência (CPC, art. 569, par. ún.).

Aplicado subsidiariamente esse regramento ao cumprimento da sentença, é possível dizer que, uma vez apresentada a impugnação, o exeqüente poderá desistir da execução, sem o consentimento do executado, se a defesa tiver por conteúdo questões processuais; se a defesa for de mérito, o consentimento do executado se impõe como condição de eficácia da desistência do exeqüente. Se ainda não foi apresentada a *impugnação*, a desistência do exeqüente independe de manifestação do executado.

Perceba que, na fase executiva, o regramento da desistência é diferente daquele previsto na fase de conhecimento, em que a concordância do demandado é exigida sempre que houver resposta, não fazendo a lei referência a nenhum conteúdo específico da defesa (ver, a propósito, o capítulo respectivo no v. 1 deste *Curso*).

3.6. Efeitos sobre a execução. A possibilidade de oferecimento da impugnação sem prévia penhora

O oferecimento da impugnação não suspende o procedimento executivo automaticamente. O regramento, neste aspecto, é semelhante ao dos embargos em execução de título extrajudicial (art. 739-A, CPC).

O magistrado, porém, pode, *a requerimento do executado*[100], determinar a suspensão do procedimento executivo, "*desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação*" (art. 475-M, *caput*, CPC) e desde que ouvido o exeqüente[101]. Atente, porém, que somente pode ser atribuído efeito suspensivo à impugnação se houver penhora. Há, pois, cinco pressupostos: penhora, requerimento do executado, manifestação do exeqüente, relevante fundamento e perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação[102].

Dessa decisão cabe agravo de instrumento. Deferido o efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados (art. 475-M, § 2º, CPC). Uma observação é importante: a opção pelo processamento apartado,

100. Em sentido diverso, admitindo a suspensão da execução *ex officio*, KNIJNIK, Danilo. *A nova execução*, cit., p. 164.
101. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 119.
102. Assim, também, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, cit., p. 328-330.

para o caso de a impugnação não suspender o procedimento executivo, não quer dizer que, nesse caso, surgirá um processo novo; autos novos não significam processo novo. Pragmaticamente, a impugnação deve ser ajuizada por simples petição, mantendo-se confinada nos autos, se concedido o efeito suspensivo. Rejeitado que seja o efeito suspensivo, deve ser desentranhada a impugnação para que seja autuada e passe a tramitar em apenso aos autos principais. Tudo se passa de maneira semelhante ao que sucede com o procedimento da impugnação da assistência, previsto no art. 51 do CPC.

A suspensão do procedimento executivo é determinada pelo juiz, e não um efeito necessário da lei; é *ope iudicis*, e não *ope legis*. Os pressupostos legais para a concessão do efeito suspensivo são semelhantes a outros pressupostos legais autorizadores de medidas de urgência (arts. 273, II, 461, § 3º, 558 etc.)[103].

O § 1º do art. 475-M prevê um contradireito (é uma exceção da exceção, *exceptio exceptionis, replicatio*[104]) do exeqüente, para o caso de o juiz determinar a suspensão do procedimento executivo: é direito[105] do exeqüente obter o prosseguimento da execução, desde que preste caução idônea, nos próprios autos. Trata-se de uma contracautela oferecida pelo exeqüente, que impede a suspensão do procedimento executivo. Da decisão que julgar a idoneidade da caução, caberá agravo de instrumento. É regra semelhante ao § 2º do art. 745 do CPC.

Talvez a principal alteração no regime jurídico dos embargos à execução tenha sido a eliminação da *garantia do juízo* como requisito de admissibilidade desta demanda.

De acordo com a Lei Federal n. 11.232/2005, o oferecimento da *impugnação* (defesa contra a execução de sentença) pressupõe penhora, mas a lei que alterou o regime jurídico dos embargos do executado é posterior àquela que regulou a impugnação. Surge, então, a seguinte dúvida: a penhora permanece como exigência para o oferecimento da impugnação, ou é apenas pressuposto para a concessão de efeito suspensivo à impugnação?

Sistematicamente, a segunda alternativa é a melhor, até mesmo para que não coexistam duas regras tão diferentes, que cuidam essencialmente do mesmo fenômeno (defesa na execução).

Não se pode, todavia, negar que a *primeira* alternativa fundamenta-se em sólido argumento: a exigência da penhora na execução de título judicial talvez se justificasse como pressuposto para o oferecimento da impugnação (e não apenas como pressuposto para a concessão de efeito suspensivo), porque o título já teria passado por uma fase

---

103. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 161.

104. "O direito que se contrapõe à exceção gera também exceção, se não elide o direito de que essa provém, ou não no modifica. É a réplica (replicatio), exceção da exceção (exceptio exceptionis)... Daí por diante, em jogo de tênis". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 8.)

105. Nesse sentido, também, KNIJNIK, Danilo. *A nova execução*, cit., p. 165. O autor informa que a redação do § 1º do art. 475-M foi sugestão do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

anterior de formação, na qual teria sido assegurada ao executado possibilidade de ampla participação em contraditório. Como isso não ocorre com o título extrajudicial, cuja executividade decorre de lei, seria justificável a dispensa da penhora como pressuposto para o oferecimento dos embargos. Assim, embora se trate, em ambos os casos, de defesa do executado, ter-se-ia de levar isso em consideração para aferir se lhes é aplicável o mesmo regime jurídico.

Para fundamentar a opção pela segunda alternativa, propõe-se a seguinte questão: essa alteração é boa para o exeqüente? A 3ª Turma do STJ acolheu expressamente o referido argumento[106].

Parece que sim; e mais, parece que se trata de uma das melhores desta última reforma.

Por quê?

Antes da reforma, como se sabe, a oposição dos embargos pelo executado dependia da existência de prévia garantia do juízo. Assim, embora citado e ciente dos termos da execução, o devedor/executado somente teria de apresentar a sua defesa no prazo de dez dias contados da intimação da penhora, ato de constrição cuja realização sói demorar – ressalvada a possibilidade de oferecimento da exceção de não-executividade. A execução, enquanto não realizada a penhora, ficava parada.

Agora, uma vez citado, e, portanto, tendo tomado conhecimento do conteúdo da demanda executiva, o demandado/executado tem o ônus de apresentar a sua defesa logo no início do processo (quinze dias), antecipando uma discussão que surgiria com a oposição dos embargos tempos depois, como acontecia no regime antigo. Enquanto isso, exatamente porque sem a penhora os embargos não têm efeito suspensivo, a execução prossegue; ao mesmo tempo, praticam-se atos processuais que, por não serem incompatíveis, tudo recomenda possam ser praticados simultaneamente, em homenagem à economia e à celeridade processuais: o executado apresenta a sua defesa e o exeqüente continua a sua busca por bens penhoráveis. O sistema criado, é preciso reconhecer, é muito inteligente.

Sobrevindo a penhora, será possível, por simples petição, discutir o ato jurídico penhora ou outros fatos supervenientes.

Se se entender que o CPC permanece exigindo a prévia garantia do juízo para o oferecimento da impugnação, o juiz deveria rejeitar a que for oferecida sem prévia penhora, somente depois sobrevindo o ato constritivo. Daí permanece a indagação: em situações como essa, haverá algum prejuízo à defesa ou ao exeqüente? Não. Ao contrário: atos já foram praticados, reduzindo a complexidade do procedimento executivo, que prosseguirá apenas com a possibilidade de o executado discutir a penhora superveniente, não podendo mais discutir a dívida executada ou alegar outras matérias que, se não deduzidas no primeiro momento, ficam sujeitas à preclusão.

---

106. STJ, 3ª T., REsp n. 1195929/SP, rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 24.04.2012, publicado no DJ de 09.05.2012. A 4ª T. do STJ também já se posicionou neste sentido no REsp n. 1303508/RS, rel. Ministro Marco Buzzi, j. em 21.06.2012, publicado no DJ de 29.06.2012 e no AgRg no AREsp n. 220.845/SC, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 18.09.2012, publicado no DJ de 26.09.2012.

Em que aspecto seria favorável à parte o não-recebimento de uma impugnação, oferecida sem prévia penhora, se, realizada posteriormente a constrição, essa mesma defesa poderia ser novamente apresentada? Só atrasaria o processo...[107]

Assim, é possível, e recomendável, o oferecimento da impugnação sem a necessidade de prévia penhora, que permanece, porém, importante para a concessão de efeito suspensivo à defesa do executado.

Apesar de opiniões em contrário[108], a impugnação não depende de penhora; não é necessário que o juízo esteja garantido para que se possa apresentar a impugnação. Segundo dispõe o § 1º do art. 475-J do CPC, o prazo final para apresentação da impugnação é de quinze dias, a contar da intimação da penhora. O que a regra estabeleceu foi um limite temporal para o oferecimento da impugnação, valendo dizer que a impugnação deve ser apresentada *até* o final do prazo de quinze dias após a intimação da penhora[109]. A penhora não constitui requisito necessário e suficiente ao ajuizamento da impugnação; esta pode, então, ser oferecida antes mesmo da penhora[110].

3.7. A suspensão da execução e o §6º do art. 739-A do CPC

O § 6º do art. 739-A traz dispositivo aparentemente estranho: "a concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens". A estranheza pode decorrer do fato de a concessão do efeito suspensivo à impugnação

---

107. Aderiram a nossa interpretação, dispensando a prévia penhora para o oferecimento da impugnação, em conformidade com o direito fundamental a um processo com duração razoável, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Rt, 2008, p. 468.

108. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006, n. 26, p. 113; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 151.

109. No entanto, a 3ª e 4ª Turmas do STJ - que, por sua vez, constituem a 2ª Seção daquela Corte -, entendem que a interpretação literal do referido dispositivo constitui fundamento para a exigência de prévia penhora (STJ, 3ª T., REsp n. 1195929/SP, rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 24.04.2012, publicado no DJ de 09.05.2012; STJ, 4ª T., REsp n. 1303508/RS, rel. Ministro Marco Buzzi, j. em 21.06.2012, publicado no DJ de 29.06.2012; e STJ, 4ª T., AgRg no AREsp n. 220.845/SC, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 18.09.2012, publicado no DJ de 26.09.2012.

110. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, "A melhor interpretação do dispositivo legal é a que considera que o prazo indicado em lei é o prazo máximo concedido ao demandado para ingressar com a impugnação, verificando-se após esse prazo o fenômeno da preclusão temporal. Significa dizer que, após a penhora, o demandado será intimado, e a partir de então terá ainda quinze dias para apresentar impugnação. Isso não significa dizer que não possa o demandado ingressar com a impugnação a qualquer momento antes disso, inclusive antes da constrição judicial. E nem se alegue que, antes de intimado da penhora, o prazo não terá sido iniciado, o que vetaria a prática do ato processual, considerando-se que essa tese já foi amplamente rejeitada pela melhor doutrina" (*Reformado CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*.. São Paulo: RT, 2006, p. 228). No mesmo sentido, assim entende Rodrigo Barioni: "..., o prazo para impugnação começa a fluir da intimação da penhora; nada impede, porém, que o executado se antecipe ao momento da penhora e ofereça desde logo sua impugnação à execução, uma vez que, conforme já mencionado, não há norma legal que condicione a impugnação à prévia segurança do juízo" (BARIONI, Rodrigo. "Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre o projeto de alteração da execução de títulos judiciais". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 134, p. 57-58).

pressupor a penhora e avaliação. A penhora é anterior ao efeito suspensivo, que, porém, diz a regra, não impede a realização de outra penhora. Por analogia, esse dispositivo também se aplica à impugnação. Remete-se o leitor ao quanto dito sobre o assunto no item sobre os embargos à execução.

3.8. Réplica

O exeqüente deverá ser ouvido a respeito da impugnação.

A intimação do exeqüente pode ser feita na pessoa do seu advogado, por aplicação analógica do art. 316 (reconvenção)[111]. Há necessidade de permitir a apresentação de uma réplica, portanto.

Não há prazo legal, razão pela qual há quem considere que o prazo é de *cinco dias*, se outro não determinar o magistrado (art. 185 do CPC)[112], *dez dias* (aplicação analógica do art. 327 do CPC[113]), ou *quinze dias*[114], em razão da isonomia, já que esse também é o prazo para o *oferecimento* da impugnação.

3.9. Julgamento e coisa julgada

A impugnação é dirigida à pretensão do exeqüente, deduzida no requerimento de cumprimento da sentença formulado pelo credor (art. 475-J, *caput*, CPC). O objeto da impugnação é, pois, a pretensão executiva[115].

Apresentada a impugnação, a demanda do exeqüente torna-se uma questão, que precisará ser resolvida pelo magistrado. A cognição judicial será, como visto, *limitada*, pois restrita às hipóteses do art. 475-L, mas exauriente. Como há cognição exauriente, a decisão que julga a demanda executiva, após a impugnação, está apta a ficar imune pela coisa julgada material, podendo, inclusive, ser alvo de ação rescisória.

Após o trânsito em julgado dessa decisão, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada material (art. 474 do CPC), não poderá o executado voltar a juízo para rediscutir aquela mesma pretensão executiva[116].

Acolhida a impugnação, os efeitos variarão conforme o respectivo conteúdo, podendo implicar ou uma invalidação do título judicial e do procedimento executivo, com a reabertura da fase de conhecimento (art. 475-L, I), ou uma redução do valor executado

---

111. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 354.
112. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134.
113. GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05", cit., p. 82.
114. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 127; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 354-355, que, porém, considera que o exeqüente apresentará uma contestação e não uma réplica. Foi essa também a conclusão a que chegaram os desembargadores do TJ/RJ, em encontro realizado em Angra dos Reis, em julho de 2006 (conclusão n. 11): "11. Recebida a impugnação ao cumprimento de sentença, sobre ela será intimado o credor, na pessoa de seu advogado, para se pronunciar no prazo de 15 dias".
115. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 317.
116. Embora partindo de outras premissas, chega a essa mesma conclusão ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 360.

(art. 475-L, V)[117] ou o reconhecimento da inexistência da obrigação (art. 475-L, VI). A decisão que reconhecer a inexistência da obrigação executada tem um efeito anexo: surge para o exeqüente o dever de indenizar o executado pelos prejuízos sofridos em razão da malsinada execução, tendo em vista a incidência do art. 574 do CPC[118].

Cumpre perfilhar a opinião de ARAKEN DE ASSIS, para quem só haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios se houver extinção da execução (art. 20, § 4º, CPC)[119]. Rejeitada a impugnação, não há honorários, eis que não extinta a execução. Ao determinar a expedição do mandado de penhora e avaliação (CPC, art. 475-J), o juiz já fixa os honorários em favor do exeqüente, cujo valor não deve ser acrescido com a rejeição da impugnação.

Ainda sobrevive a regra de que cabe condenação ao pagamento de honorários advocatícios na fase executiva[120], sobretudo porque o enunciado do art. 20, § 4º, CPC, não se refere a *processo de execução*; refere-se genericamente a *execuções*[121]. Em qualquer hipótese, porém, acolhendo ou rejeitando a impugnação, o juiz condenará o vencido ao pagamento das *despesas* do incidente (art. 20, § 1º, CPC)[122].

A decisão que julgar a *impugnação* é recorrível por agravo de instrumento, salvo se extinguir a execução, quando será apelável (art. 475-M, § 3º, CPC). A opção legislativa é clara: não acolhida a *impugnação*, a execução deverá prosseguir; assim, a previsão do agravo de instrumento é correta e adequada, exatamente para permitir o prosseguimento da fase executiva nos autos principais, que continuarão no juízo *a quo*, enquanto pendente o processamento do recurso. Ademais, optando pelo agravo de instrumento, o legislador simplifica e agiliza o procedimento no âmbito do tribunal, afastando a necessidade de revisor (que seria necessário, caso o recurso fosse de apelação – CPC, art. 551) e eliminando

---

117. Conclusão n. 11 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "O excesso de execução não importa em nulidade desta, mas no acolhimento (total ou parcial, conforme o caso) dos embargos".

118. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. cit., p. 360.

119. O raciocínio é semelhante ao que é feito em relação à exceção de não-executividade, em que se admite a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (STJ, 1ª T., Resp n. 508.301-MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.08.2003, publicado no DJ de 29.09.2003, p. 166).

120. Tem-se entendido, no entanto, que a somados honorários fixados na fase ou processo de conhecimento com os honorários eventualmente fixados após a defesa do executado não pode ultrapassar o patamar de 20%. Nesse sentido: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUMULAÇÃO COM AQUELES FIXADOS EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "os embargos do devedor constituem-se em verdadeira ação de conhecimento, autônomos à ação de execução, motivo pelo qual é cabível a fixação de honorários advocatícios nas duas ações, desde que a soma das condenações não ultrapasse o limite máximo de 20% estabelecido pelo art. 20, § 3º, do CPC" (EREsp 659.228/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, DJe 29/8/11). 2. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 170817/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012).

121. Assim, também, BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 75.

122. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 361. Danilo Knijnik entende que não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios no julgamento da impugnação, mas, tão-só, ao pagamento das despesas do incidente (*A nova execução*, cit., p. 166).

a priori a possibilidade de embargos infringentes na hipótese de provimento do recurso por maioria de votos.

Se a impugnação for acolhida em parte, não haverá extinção da execução e, portanto, o recurso cabível será o agravo de instrumento[123].

Cumpre advertir, porém, que essa previsão normativa pressupõe que a execução se tenha processado em juízo de primeira instância. É possível que o cumprimento da sentença seja da competência de um tribunal (art. 475-P, I, CPC), hipótese em que o § 3º do art. 475-M revela-se inaplicável. Decidida a impugnação por um acórdão, nesse último caso, contra essa decisão caberá recurso especial e/ou extraordinário, conforme seja.

A apelação contra a sentença que acolher a impugnação tem efeito suspensivo, o que não significa, porém, que a execução haverá de prosseguir. Acolhida a impugnação, a execução extinguiu-se. O efeito suspensivo da apelação impede, apenas, que o executado inicie a execução da verba de sucumbência, não tendo o condão de afastar a própria extinção da execução, que não deverá, por isso mesmo, prosseguir enquanto pendente a apelação interposta pelo exeqüente.

3.10. Impugnação de segunda fase

Não há previsão no CPC da *impugnação de segunda fase*, cujo objetivo seria o de discutir a adjudicação, a alienação particular ou a arrematação. Essa previsão existe, porém, para os *embargos à execução* fundada em título extrajudicial (art. 746 do CPC).

Não há razão para não permitir a impugnação *de segunda fase*, já que a matéria que por ela pode ser discutida diz respeito a fatos posteriores à penhora e à avaliação e que, exatamente por isso, não poderiam ficar sujeitos à preclusão. O caso é de aplicação do art. 746 do CPC[124], em virtude da autorização contida no art. 475-R.

3.11. Impugnação e o direito potestativo ao parcelamento da dívida (art. 745-A, CPC)

Consoante já visto, o art. 745-A confere ao executado, preenchidos certos pressupostos, o direito potestativo ao parcelamento da dívida na execução fundada em título extrajudicial.

Neste momento, interessa observar uma questão bastante complicada: aplica-se o art. 745-A ao procedimento de cumprimento da sentença (arts. 475-J e segs.), já que está previsto no CPC na parte dedicada aos *embargos à execução de título extrajudicial*?

---

123. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 1, cit., p. 128.

124. "Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo. § 1º Oferecidos embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição. § 2º No caso do § 1º deste artigo, o juiz deferirá de plano o requerimento, com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente (art. 694, § 1º, inciso IV). § 3º Caso os embargos sejam declarados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição".

Há quem afirme que o dispositivo pode incidir na execução de sentença, em razão da regra que permite a aplicação subsidiária ao *cumprimento da sentença*, naquilo que não for incompatível, das regras da execução por quantia certa fundada em título extrajudicial (art. 475-R, CPC). Como se trata de uma *técnica de incentivo ao cumprimento espontâneo da obrigação* – (portanto, em consonância com o princípio da efetividade), e não havendo qualquer inadequação com o procedimento para a execução da sentença, seria possível que o executado, no prazo para *impugnar a execução*, exercesse o direito potestativo ao parcelamento da dívida previsto no art. 745-A do CPC[125-126].

Há, porém, quem pense de forma diversa, negando a aplicação do favor legal à execução de sentença. HUMBERTO THEODORO JR. é um dos expoentes desta concepção:

> "Aliás, não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento. Seria um novo e pesado ônus para o credor, que teve de percorrer a longa e penosa *via crucis* do processo condenatório, ter ainda de suportar mais seis meses para tomar as medidas judiciais executivas contra o devedor renitente. O que justifica a moratória do art. 745-A é a sua aplicação no início do processo de execução de título extrajudicial"[127].

De acordo com esse entendimento, o "incentivo" ao cumprimento voluntário na execução por sentença é o não-pagamento da multa legal de 10% sobre o valor da dívida prevista no art. 475-J do CPC. Eis o procedimento a ser seguido na execução pecuniária fundada em título executivo judicial. Não seria adequado aplicar por analogia uma regra que altera o direito do credor, estendendo-lhe um *estado de sujeição* (e, por conseqüência, um *direito potestativo do executado) apenas previsto para a execução de um crédito certificado em título executivo extrajudicial*. Demais disso, a criação desse favor legal justificar-se-ia como técnica de *incentivo* (coerção indireta) à prática do negócio jurídico de *reconhecimento da dívida* pelo executado, que implica a perda do direito de discuti-la em juízo. Não haveria sentido na aplicação desta técnica em uma execução de sentença, quando há *coisa julgada* sobre a existência da dívida: o executado não precisaria de ser "estimulado" a reconhecer a dívida, portanto. Com efeito, o art. 745-A do CPC confere ao executado um direito potestativo que, uma vez exercido, não pode ser objetado pelo exeqüente, nem depende de sua concordância. Para que o executado exerça tal direito potestativo, é necessário, como já se viu, que *reconheça* a obrigação, efetuando o depósito de 30% do valor cobrado. No cumprimento da sentença, o título é judicial, o que implica dizer que já houve *reconhecimento*

---

125. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 620.

126. No REsp n. 1264272/RJ, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 15/05/2012, publicado no DJ de 22.06.2012, a 4ª Turma do STJ acolheu a tese da possibilidade de parcelamento no âmbito da execução de título judicial. Porém, ressaltou-se que o direito em questão não seria potestativo, comportando oposição fundamentada por parte do exeqüente, a quem cabe demonstrar justo motivo para sua recusa, "sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa". Demais disso, o parcelamento foi definido como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação, afastando a incidência da multa por inadimplemento do art. 475-J do CPC.

127. THEODORO Jr., Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 217.

judicial da existência da dívida. Não deveria haver *reconhecimento* pelo executado, não havendo o respectivo direito potestativo ao parcelamento, nem devendo o exeqüente ter de submeter-se ou concordar com isso. Quando a execução for definitiva, haverá *coisa julgada.* Conferir ao executado, no cumprimento da sentença, o direito potestativo ao parcelamento equivaleria a esgarçar a *coisa julgada* e a impor ao exeqüente a aceitação de um direito de que o executado não desfruta. Nada impede, contudo, que o exeqüente concorde com alguma proposta do executado de parcelar a dívida, mas aí haverá um acordo ou uma transação entre as partes, não se tratando de direito potestativo do executado, que deverá ser obedecido necessariamente. Tudo dependerá de concordância entre as partes.

A questão é polêmica, realmente. Há argumentos bons em ambos os lados. O tema exige maior reflexão.

4. EXCEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE ("EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE")

Pela estrutura originária do CPC de 1973, o processo de execução não comportaria uma defesa interna, cabendo ao executado valer-se dos embargos do devedor para desconstituir o título executivo e, de resto, apresentar as impugnações que tivesse contra o alegado crédito do exeqüente. Não obstante essa disciplina contida no Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar simples petição, com questionamentos à execução, desde que comprovados documentalmente. Trata-se de defesa *atípica*, não regulada expressamente pela legislação processual, mas que foi admitida pela jurisprudência, em homenagem ao devido processo legal: não seria correto permitir o prosseguimento de execução cuja prova de sua injustiça se pudesse fazer *de plano*, documentalmente.

A essa petição avulsa deu-se o nome de *exceção de pré-executividade*, sob forte inspiração de Pontes de Miranda, para muitos o responsável pelo desenvolvimento deste instituto nos foros brasileiros, no famoso parecer sobre o caso da Siderúrgica Mannesmann[128]. Em sua origem, a "exceção de pré-executividade" tinha como principal objetivo permitir que o executado apresentasse sua defesa (questões conhecíveis *ex officio* pelo órgão jurisdicional, relacionados à admissibilidade do procedimento executivo), independentemente de prévia constrição patrimonial (penhora), que, como visto, era, à época, pressuposto para a oposição dos embargos à execução.

> Embora se atribua a Pontes de Miranda o desenvolvimento do instituto, não há, no famoso parecer, qualquer menção à designação *exceção de pré-executividade.* Pontes de Miranda apenas admite a alegação de falta de executividade ao título apresentado antes da efetivação da penhora.
>
> Há quem aponte, porém, outra fonte histórica do instituto: o Decreto Imperial n. 9.885/1888, que permitia a defesa sem prévia garantia do juízo, em execuções

128. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Parecer n. 95". *Dez anos de pareceres.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, v. 4, p. 125-139.

propostas pela Fazenda, nos casos em que se "provasse, com documento hábil, o pagamento ou anulação do débito na esfera administrativa"[129].

Há, ainda, o Decreto n. 848/1890, que estatuiu a organização da Justiça Federal, que estabelecia: "Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta"[130].

Há, ainda, referência ao Decreto n. 5.225/1932, do Estado do Rio Grande do Sul, que criou a *exceção de impropriedade do meio executivo*, "pela qual a parte citada para a execução de título executivo poderá, antes de qualquer procedimento, opor as exceções de suspeição e incompetência do Juízo ou de impropriedade do meio executivo"[131].

Eis, assim, as principais características desta modalidade de defesa: a) atipicidade: não há regramento legal a respeito do tema; b) limitação probatória: somente as questões que se podem provar documentalmente poderiam ser alegadas; c) informalidade: a alegação poderia ser feita por simples petição.

O instituto foi objeto de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Quatro são os principais aspectos desta discussão: objeto, designação, efeitos e a sua utilidade atual.

a) Objeto.

A "exceção de pré-executividade" surgiu para veicular alegações relacionadas à admissibilidade do procedimento executivo, questões que o órgão jurisdicional deveria conhecer *ex officio*, como a falta de pressupostos processuais e de condições da ação.

A doutrina e a jurisprudência passaram, com o tempo, a aceitá-la, quando, mesmo a matéria não sendo de ordem pública nem devendo o juiz dela conhecer de ofício, houvesse prova pré-constituída da alegação feita pelo executado. Na verdade, o que passou a servir de critério para a admissibilidade da exceção de pré-executividade foi a verificação da necessidade ou não de prova pré-constituída. Prevaleceu, assim, a concepção de Alberto Camiña Moreira, que, em monografia importantíssima para a compreensão do instituto, já antecipava essa solução[132]: qualquer alegação de defesa pode ser veiculada por "exceção de pré-executividade", desde que possa ser comprovada por prova pré-constituída.

Assim, pode ser objeto da "exceção de pré-executividade": prescrição, pagamento, compensação, ausência de título, impenhorabilidade, novação, transação etc.

---

129. FLAKS, Milton. *Comentários à lei de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 224; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. "Exceção de pré-executividade: aspectos teóricos e práticos". *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 24, p. 24; NOLASCO, Rita. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003, p. 170.

130. MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado. Exceção de pré-executividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23.

131. BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. "A exceção de pré-executividade". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 55, p. 67.

132. MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado. Exceção de pré-executividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 73 e seguintes.

b) Designação.

Prevalece na doutrina e jurisprudência a opção por chamar essa modalidade de defesa de *exceção de pré-executividade.* Há, porém, várias críticas.

Como visto, prevaleceu inicialmente o entendimento no sentido de que apenas questões que poderiam ser conhecidas *ex officio* pelo órgão jurisdicional poderiam ser alegadas por exceção de pré-executividade. Assim, para manter a coerência do raciocínio, foi proposta a designação *objeção de pré-executividade*[133], exatamente para realçar a natureza da questão que poderia ser alegada: objeção, questão que pode ser conhecida de ofício (ver volume 1 deste *Curso*, capítulo sobre a teoria da cognição).

Também é alvo de críticas o complemento "de pré-executividade"[134]. A lição de Barbosa Moreira a respeito do tema é definitiva:

> "Logicamente, 'pré-executividade' deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. Como entender a noção, aplicada ao processo e ao título? Teremos de conceber, em vez de um processo executivo, um processo 'pré-executivo' e, em vez de um título executivo, um título 'pré-executivo'? Mas que sentido poderão ter semelhantes locuções?(...) A verdade é que o adjetivo 'pré-executivo' não convive harmoniosamente nem com o substantivo 'processo', nem com o substantivo 'título'. Não há cogitar, pois, de uma 'pré-executividade' referida a qualquer dos dois. (...) Mirando através do inoportuno biombo verbal, percebemos o que se quer sustentar aí: é que o processo, instaurado sob vestes executivas, não preenche os requisitos indispensáveis para usar essa indumentária; ou, em outra perspectiva, que o título apresentado pelo exeqüente não constitui passaporte regular para o ingresso na via da execução. Em palavras diferentes: o que se pretende é *negar* à executividade, aí, direitos de cidadania. Não se está pensando em qualquer coisa que a preceda, que lhe seja anterior: o que se pretende dizer, em última análise, é que ela, apesar das aparências, *não existe*. Melhor seria, então, falar em *não-executividade* que em *pré-executividade*..."[135].

Como foi visto, atualmente se admite a alegação de qualquer questão em "exceção de pré-executividade". Partindo da premissa de que o termo "exceção" é, também, sinônimo de *defesa*, qualquer uma, convém mantê-lo. A opção por "objeção" reduziria indevidamente

---

133. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Reflexos das ações procedimentais autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução". *Série Processo de execução e assuntos afins*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 723-724; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a objeção de pré-executividade. *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 404-412.

134. Alberto Camiña Moreira explica assim o complemento proposto: "A palavra *pré-executividade* (formada pelo prefixo latino *pré* mais o substantivo *executividade*, que por sua vez vem de *executivo* [adjetivo] mais o sufixo *dade*) pretende significar a possibilidade de dedução da exceção antes mesmo do início da atividade executória, que se abre, verdadeiramente, segundo Pugliati, com a penhora..." (*Defesa sem embargos do executado*, cit., p. 39).

135. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz". *Temas de direito processual - sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 120.

a abrangência do instituto. O complemento, porém, realmente deve ser extirpado, por não ter sentido. Opta-se, então, pela designação: "exceção de não-executividade".

c) Efeitos.

Apresentada a exceção de não-executividade, deve ser aberto prazo para que o exeqüente se manifeste. Em razão da ausência de prazo legal para essa manifestação, cabe ao órgão jurisdicional fixá-lo. Diante do silêncio do órgão jurisdicional, prevalece o prazo supletivo de cinco dias (art. 185 do CPC).

O acolhimento da exceção de não-executividade pode implicar a extinção do procedimento executivo (no caso, por exemplo, de acolhimento da alegação de pagamento). Contra esta decisão caberá apelação. É possível, porém, que o acolhimento da defesa do executado não extinga o procedimento executivo (no caso, por exemplo, de acolhimento de alegação de incompetência do juízo). Contra essa decisão caberá agravo de instrumento.

Contra a decisão que não acolher a exceção caberá agravo de instrumento também.

Convém registrar, ainda, que, encerrando o procedimento executivo, haverá necessidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Há dúvidas sobre se a exceção de não-executividade tem aptidão para suspender o procedimento executivo.

Há, de um lado, quem entenda que não pode a exceção de não-executividade causar suspensão da execução, pois esta somente se suspende pelas causas previstas no art. 791 do CPC, em cujo rol aparece apenas os embargos à execução como defesa do executado apta a suspender o procedimento executivo (art. 791, I, CPC)[136]. Para essa corrente doutrinária, a suspensão da execução somente se dá em hipóteses previstas em lei, de sorte que, não havendo previsão legal, não se pode suspender a execução. Logo, a exceção de não-executividade não suspende a execução por falta de previsão legal[137]. Ainda de acordo com essa corrente, não pode ser aceita a exceção de não-executividade, se seu acolhimento implicar paralisação do curso normal do processo executivo[138].

De outro lado, há quem sustente que a exceção de não-executividade causa a suspensão no procedimento da execução. Entende-se que deve haver a suspensão da execução e, igualmente, do prazo para embargos, sob pena de sujeitar o executado a privação de bens sem o devido processo legal, num feito executivo sem condições ou requisitos de ser admitido, esvaziando-se o objeto e a finalidade da exceção de não-executividade[139].

---

136. RODRIGUES NETTO, Nelson. "Exceção de pré-executividade". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95, p. 34.
137. MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, n. 19, p. 189-192.
138. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, n. 1.848, pp. 787-788; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995, p. 170.
139. ALVIM, Eduardo Arruda. "Exceção de pré-executividade". *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 226-228.

Nesse sentido, assim como as exceções de incompetência, de impedimento e de suspeição causam suspensão do processo, a exceção de não-executividade, de igual modo, causaria a suspensão do procedimento da execução[140].

O ajuizamento da exceção ou objeção de não-executividade acarreta uma paralisação de fato no curso da execução, não significando, segundo alguns, que isso gere, formalmente, uma suspensão, tanto que os prazos eventualmente iniciados não se suspendem. É que a execução somente se suspende em hipóteses previstas legalmente, o que não é o caso da exceção ou objeção de não-executividade[141].

Segundo Olavo de Oliveira Neto, se a exceção de não-executividade for oposta antes da penhora, será inevitável a suspensão do procedimento executivo, pois, não fosse assim, haveria "um desperdício de atividade jurisdicional permitir o andamento da execução. Isso porque a matéria a ser decidida seria, ao menos em parte, idêntica à matéria que poderia ser suscitada mediante embargos, o que infringe o princípio da economia processual"[142]. Caso o incidente fosse proposto depois da penhora, veiculando matéria processual, não se poderia admitir a suspensão da execução[143].

Atualmente, após o novo regramento dos embargos à execução, esses não têm mais efeito suspensivo automático nem pressupõem a prévia penhora, motivo por que a discussão precisa ser retomada, agora sob outros matizes. Como a defesa do executado pode ter qualquer conteúdo, independentemente de prévia penhora, a discussão sobre se a exceção de não-executividade tem ou não efeito suspensivo perde um pouco de sua utilidade. Parece que a lógica do sistema é a seguinte: a defesa do executado, em qualquer de suas modalidades, pode ser oferecida sem prévia garantia do juízo, mas *não suspende* o procedimento executivo, salvo se forem preenchidos quatro pressupostos: requerimento do executado, garantia do juízo, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Não há razão para que o regramento da exceção de não-executividade fuja deste esquema.

d) Utilidade.

Já se viu que os embargos à execução e a impugnação, na sua feição atual, não dependem mais de penhora, depósito ou caução para o seu oferecimento. Em razão disso, parece, em princípio, que não há mais utilidade na oposição da exceção de não-executividade. Tendo em vista que agora qualquer defesa pode ser alegada sem a prévia garantia do juízo, mesmo aquelas que dependem de prova *casual* (não pré-constituída), não há mais utilidade no manejo de um instrumento de defesa com limitações probatórias como a exceção de não-executividade.

140. ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução.* 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, n. 3.1.6, p. 76-82.
141. ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 9ª edição. São Paulo: RT, 2005, n. 478, p. 1.028.
142. OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada.* São Paulo: RT, 2000, n. 4.4.5, p. 127.
143. OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada.*, cit., n. 4.4.5, p. 127-128.

A harmonização dos meios de defesa do executado, após as últimas reformas legislativas, definitivamente não é tarefa das mais fáceis.

Veja-se o seguinte caso.

O executado foi citado já sob a vigência da nova legislação. Em vez de embargar, opôs exceção de não-executividade, no prazo dos embargos, alegando questão que apenas por prova pericial poderia ser comprovada. O órgão jurisdicional *não conheceu* da *exceção*, sob o fundamento de que ela não comporta esse tipo de discussão, e entendeu que houve preclusão do direito de embargar. Parece que a melhor solução seria, realmente, considerar a *exceção de não-executividade*, neste caso, como *embargos à execução*, já que se trata de uma defesa apresentada pelo executado independentemente de penhora. Não conhecer a exceção, neste caso, é a pior solução, pois ignora o fato de que agora o executado pode apresentar *qualquer defesa*, mesmo aquelas que não se comprovam documentalmente, sem a prévia garantia do juízo.

Há, porém, alguns casos em que ela ainda pode ser útil.

Na execução, quando o executado perder o prazo para a defesa, a exceção de não-executividade ainda pode ser útil como instrumento para alegações de que questões que podem ser alegadas a qualquer tempo ou de questões supervenientes, aplicando-se o disposto no art. 303, CPC, desde que a prova seja pré-constituída.

Além disso, para quem defende que nas execuções especiais ainda se deve exigir a prévia garantia do juízo como requisito para a oposição da defesa, se houver regra nesse sentido, como na execução fiscal, a exceção de não-executividade mantém a sua utilidade[144]. O mesmo raciocínio se aplica a quem não aceite a apresentação de *impugnação* sem prévia penhora, o que não é a premissa deste *Curso*, como visto.

Eduardo Talamini ainda vê uma outra hipótese viável de utilização da exceção de não-executividade: o executado pode comprovar de plano defeitos da execução, embora não possa fazer o mesmo com as questões relacionadas ao mérito da execução. "Nesse caso, ele pode optar por apresentar a objeção imediatamente ao juiz da execução para assim obter, o quanto antes, a extinção da execução"[145]. A lição é coerente com a premissa do autor: não aceitar, como regra, a alegação de questões de mérito por exceção de não-executividade. Para Talamini, "as questões de mérito só são objeto de conhecimento na execução de uma forma *indireta* e *sumária* – e em casos extremamente restritos. (...) De uma forma *indireta*, porque são examinadas estritamente para o mero fim *processual* da extinção do processo. (...) De uma forma *sumária*, porque têm de estar evidenciadas *prima facie:* qualquer disputa mais

144. Assim, por exemplo, TALAMINI, Eduardo. "A objeção na execução ('exceção de pré-executividade') e as leis de reforma do Código de Processo Civil". *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Teresa Wambier, Emane Fidélis, Luiz Rodrigues Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 585.

145. TALAMINI, Eduardo. "A objeção na execução ('exceção de pré-executividade') e as leis de reforma do Código de Processo Civil", cit., p. 585.

profunda que se ponha acerca de sua ocorrência não poderá ser dirimida dentro do processo executivo" [146].

Como visto, para esse *Curso* não há qualquer limitação quanto ao objeto da *exceção de não-executividade*: a limitação é exclusivamente probatória.

5. AÇÕES AUTÔNOMAS (DEFESAS HETEROTÓPICAS)

O devedor/executado pode ainda defender-se com a propositura de ações autônomas em que se discute o título executivo ou a dívida. A ação rescisória da sentença, a ação de anulação/revisão de um negócio jurídico, a ação de consignação em pagamento, a ação declaratória de inexistência de relação jurídica, a ação de anulação de auto de infração são exemplos de demandas propostas pelo devedor/executado com o objetivo de discutir o título executivo ou a dívida. A essa forma de defesa deu-se o nome de *defesa heterotópica* (porque exercida fora do ambiente do procedimento executivo)[147] *do executado* ou *defesa do executado por meio de ação autônoma de impugnação*. Em todos esses casos, essas ações (defesas heterotópicas) são prejudiciais à execução[148].

O tema adquire grande relevância na execução de títulos extrajudiciais, já que a possibilidade de revisão de títulos judiciais é escassa e já foi examinada no v. 3 deste *Curso*. Daí se impor concentrar, aqui, os esforços no exame da defesa heterotópica na execução fundada em título extrajudicial.

Não há regramento legal do tema, embora haja previsão de sua ocorrência. O § 1º do art. 585 do CPC, inclusive, determina que o ajuizamento de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo extrajudicial não impedirá credor de promover-lhe a execução.

> O art. 98 da Lei n. 12.529/2011 regula expressamente a defesa do executado por meio de ação autônoma. O artigo é importante por servir como modelo para disciplina desta modalidade de defesa do executado em qualquer tipo de processo, individual ou coletivo. Isso porque, além do § 1º do art. 585 do CPC, já mencionado, é o outro único dispositivo que expressamente cuida deste assunto.
>
> Esse artigo determina que "o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, para que se garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias". Se o juiz determinar a suspensão da execução, deverá, concomitantemente, "para garantir o cumprimento das obrigações de fazer", fixar caução idônea (art. 98, § 1º). Revogada a decisão que suspendeu a execução, o depósito do valor da multa converter-se-á em renda do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 98, § 2º)[149].

---

146. TALAMINI, Eduardo. "A objeção na execução ('exceção de pré-executividade') e as leis de reforma do Código de Processo Civil", cit., p. 578.
147. MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002, passim.
148. PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001, passim.
149. Cumpre registrar o disposto no art. 98, § 3º: "O depósito em dinheiro não suspenderá a incidência de juros de mora e atualização monetária, podendo o CADE, na hipótese do § 2º deste artigo, promover a

> Mesmo que suspensa a execução da decisão do CADE, poderá o juiz, em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo (art. 99 da Lei n. 12.539/2011). Note-se que o legislador, no particular, confere em favor do exequente um contradireito ao direito do executado de suspender a execução. Esse contradireito do exequente precisa ser por ele exercitado; assim, não pode o juiz, de ofício, aplicar o disposto nesse art. 99: dependerá da provocação do exequente neste sentido.

Os dispositivos legais são insuficientes, porém, para resolver os diversos problemas que surgem na praxe forense em derredor do assunto.

Eis as perguntas que precisam ser respondidas: a) a defesa heterotópica pode ser exercida antes ou depois da execução?; b) a conexão por prejudicialidade que existe entre a ação autônoma e a execução impõe a reunião dos processos em um mesmo juízo?; c) a ação autônoma de impugnação pode suspender o procedimento executivo?; d) é possível cogitar de litispendência entre a ação autônoma e os embargos à execução?

a) A ação autônoma (defesa heterotópica) costuma ser proposta antes da execução do título executivo. É, sem dúvida, a sua hipótese mais freqüente e útil. Após a instauração do procedimento executivo, a defesa do executado far-se-á por meio de embargos à execução.

Após os embargos, não é lícito ao executado argüir questões de defesa que poderiam ter sido argüidas, mas não o foram, ressalvadas aquelas que, por expressa previsão legal, possam ser alegadas a qualquer tempo. Esse é o posicionamento adotado por esse curso. Assim, a *defesa heterotópica do executado* somente pode ser oferecida *após* a instauração do procedimento se tiver por conteúdo *fatos supervenientes*, que escaparam à preclusão. Obviamente, para quem defende que o prazo para o oferecimento de embargos não é preclusivo para o oferecimento de defesa pelo executado, será permitida a defesa heterotópica *ulterior* sem maiores limitações.

b) A conexão entre a ação autônoma e a execução impõe, sim, a reunião dos processos, salvo se houver modificação de competência absoluta, circunstância que impede a reunião dos processos em decorrência da conexão, como visto no capítulo próprio no v. 1 deste *Curso*.

Há nítida relação de prejudicialidade entre as duas causas (sobre a conexão por prejudicialidade, remete-se o leitor ao item respectivo do capítulo sobre competência, no v. 1 deste *Curso*). A conexão diz respeito tanto a processos de conhecimento como a processos de execução e cautelar, de sorte que pode haver conexão entre ação de conhecimento e execução. É bem verdade que não há decisão propriamente dita a ser proferida na execução, mas há um *resultado prático* que pode ser incompatível com

---

execução para cobrança da diferença entre o valor revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e o valor da multa atualizado, com os acréscimos legais, como se sua exigibilidade do crédito jamais tivesse sido suspensa".

a decisão a ser tomada no processo de conhecimento[150]. Segue um exemplo: uma vez revisto o contrato bancário de financiamento imobiliário, com o reajuste que equilibre as posições contratuais, o leilão extrajudicial do imóvel, que deu origem a pleito imissão de posse (Decreto n. 70/1966), será cancelado, perdendo o sentido, então, o prosseguimento desta execução[151-152].

As causas devem ser reunidas em um mesmo juízo: "os interesses em jogo (a certeza e a satisfação sobre a obrigação) permitem que haja a reunião dos feitos, até mesmo em homenagem ao princípio da economia processual, evitando-se, ainda, uma execução injusta"[153].

OLAVO DE OLIVEIRA NETO arremata a questão, em lição que merece transcrição integral:

> "Já entre as ações de conhecimento, e entre estas e as de execução, vislumbramos a existência de relação de prejudicialidade e, portanto, a espécie de que aqui se trata [conexão por prejudicialidade]
>
> (...)
>
> Já se viu que a conexão de causas, em que pese o teor do art. 103 do CPC, não deve ser aferida segundo a identidade de elementos da ação. A teoria tradicional está superada e não é a melhor forma de identificar o fenômeno. Aplicando ao caso a teoria materialista observamos que ambas as ações se fundam numa mesma relação

---

150. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Reflexos das ações procedimentais autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução". *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 725.

151. "Embora essa dificuldade não seja pressuposto da respectiva ação, fica fácil perceber que se de um lado pode desejar o consumidor discutir a parte da relação contratual que lhe desfavorece, de outro, o fornecedor pode buscar a execução do contrato (CPC, art. 585, II), em razão do inadimplemento que se verificou. É justamente em situações como essa que se evidencia a prejudicialidade entre uma ação de modificação ou revisão de cláusula contratual e a execução do mesmo contrato. A ação de modificação ou revisão de cláusula contratual é de natureza constitutiva e, quando diga respeito à parcela do contrato que disponha sobre as qualidades de certeza, liquidez ou exigibilidade da execução, fica ainda mais evidente a possibilidade de influência desta perante a execução. (...) Não há como negar, diante da evidente prejudicialidade, que podem essas ações de modificação ou revisão de cláusula contratual serem convertidas em embargos, servirem de defesa heterotópica ou, ainda, serem reunidas aos embargos, em razão da continência. É de se perceber, inclusive, que a discussão travada nessas ações pode implicar uma prejudicialidade total ou parcial, pois se pode extirpar por completo a cláusula objeto da ação e, por conseqüência, impedir ou extinguir a execução; ou, apenas, adequar a cláusula a uma nova realidade, limitando a atividade executiva". (MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002, p. 234-236.) Assim, também, OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, n. 4.4.3, p. 93-95.

152. "PROCESSO CIVIL – CONEXÃO DE AÇÕES – REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA JULGAMENTO SIMULTÂNEO – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – PREJUDICIAL DE PAGAMENTO. 1. A Primeira Seção pacificou a jurisprudência no sentido de entender conexas as ações de execução fiscal, com ou sem embargos e a ação anulatória de débito fiscal, recomendando o julgamento simultâneo de ambas. 2. Existindo em uma das demandas, anulatória ou embargos, questão prejudicial, como na hipótese dos autos, em que se alegou pagamento, cabe examinar, em primeiro lugar, a questão prejudicial, porque é ela que dá sentido ao que vem depois. 3. Recurso especial improvido." (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 603.311/SE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 14.6.2005, publicado no *DJ* de 15.8.2005, p. 249).

153. MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002, p. 128-129.

jurídica de Direito Material, havendo cisão de um conflito de interesses, já que numa ação se busca excutir o título e na outra torná-lo inexeqüível.

A diversidade de forma procedimental, por seu turno, também não é óbice para determinar a não união das causas em virtude da conexão, já que podem ter seguimento simultâneo, suspendendo-se a execução após a prática de todos os atos conservativos de direitos, ocasião em que se aguardará a decisão da ação declaratória, que poderá retirar do título sua força executiva.

Por derradeiro, o fato da execução não comportar julgamento, também não impede o reconhecimento da conexão, já que, por disposição legal, existem casos em que ações de conhecimento são apensadas com ações de execução, como é o caso dos embargos do devedor e dos embargos de terceiros".[154]

Tal reunião entre uma execução e uma ação autônoma pode gerar a suspensão daquela? A questão, aqui, é outra: pode a ação autônoma suspender o procedimento executivo? A resposta a esse questionamento é o objeto do próximo item.

c) O ajuizamento da ação autônoma não impede a execução do título executivo extrajudicial. Trata-se de regra clara prevista no § 1º do art. 585 do CPC.

É comum, porém, haver, na praxe forense, pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, formulados nesses processos, com o objetivo de retirar a eficácia executiva do título executivo, suspendendo o procedimento executivo já iniciado. De fato, se é possível suspender a execução de um título *judicial* transitado em julgado (art. 489 do CPC, examinado no capítulo sobre ação rescisória no v. 3 deste *Curso*), não seria razoável proibir *a priori* e de maneira absoluta *a possibilidade de, por intermédio da tutela antecipada na ação autônoma*, obter-se a suspensão do procedimento executivo. Note que a suspensão da execução não decorre da *propositura da ação de impugnação do título ou da dívida*, mas, sim, de uma determinação judicial. A regra do § 1º do art. 585 foi escrita no tempo em que os *embargos à execução* suspendiam o procedimento executivo automaticamente, o que não é mais o caso. O objetivo era deixar claro que, diversamente dos embargos, a ação autônoma *não* suspenderia *automaticamente* a execução. A obtenção do efeito suspensivo por decisão judicial, após verificado o preenchimento de alguns pressupostos, não poderia ser proibida *a priori*, pois seria ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça, que garante a proteção judicial nas situações de urgência. A regra deve ser aplicada, portanto, *cum grano salis*.

Assim, o ajuizamento da ação autônoma não *impede* a execução do título discutido; mas o juiz pode autorizar a *suspensão* da execução, preenchidos os pressupostos gerais da relevância do fundamento, do perigo, da garantia do juízo e do pedido da parte interessada.

O problema, então, é saber quais são os pressupostos para a concessão desse efeito suspensivo. Parece que a melhor solução é a de aplicar o regramento dos embargos à execução. É possível a concessão de efeito suspensivo, desde que preenchidos os pressupostos

154. OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 89-90.

gerais: requerimento, perigo, garantia do juízo (que não será a penhora, tendo em vista que ainda não há execução) e verossimilhança das alegações. Veja, ainda, que a ação autônoma pode ter conteúdo semelhante ao dos embargos à execução, o que autoriza a analogia. De resto, o § 1º do art. 739-A autoriza a suspensão da execução quando houver "penhora, depósito ou caução", deixando aberta a possibilidade de suspensão da execução por *caução*, não necessariamente penhora ou depósito.

> Há quem afirme que, "naturalmente, sempre será possível ao devedor a propositura de ação autônoma de impugnação – declaratória negativa da obrigação reconhecida no título judicial –, que poderá, por provimento de urgência (cautelar ou antecipatório), vir a suspender o curso da execução, sustando a prática de atos executivos"[155]. Conforme visto, para que haja essa suspensão é preciso que todos os pressupostos sejam preenchidos, sob pena de afronta ao princípio da isonomia pois, para obter efeito suspensivo nos embargos, o executado deveria garantir o juízo, enquanto, na ação autônoma, bastaria a obtenção de um provimento de urgência. Se os embargos suspendem a execução por haver penhora, não deve ser diferente numa ação autônoma, sob pena de permitir-se a concomitância de dois caminhos diversos a serem trilhados pelo executado: um repleto de restrições e dificuldades, e outro bastante cômodo, chegando-se, por ambos, ao mesmo resultado. Permitir o uso alternativo de ambas as medidas equivaleria, como se disse, a esgarçar o princípio da isonomia, na medida em que o uso dos embargos causaria restrição e dificuldades, enquanto aquele que se valesse da ação autônoma não precisaria segurar o juízo pela penhora. Haveria, enfim, um esvaziamento dos embargos, passando a ser utilizada a via das ações autônomas, com pedido de liminar para sustar o prosseguimento da execução[156].

d) Como visto, é possível que, antes da execução ou da penhora, tenha a ação autônoma sido ajuizada. Poderá, não raramente, ocorrer de o objeto dos embargos à execução coincidir com o da ação autônoma. Concretizada a hipótese, haverá *litispendência*, não podendo ser opostos os embargos com idêntico conteúdo[157]. Realmente, não é insólita a situação em que, antes mesmo da execução ou da penhora, o devedor proponha ação autônoma (defesa heterotópica) discutindo o valor ou a existência da própria dívida. Proposta a execução, fica-lhe vedado o manejo dos embargos, pois o que tem para alegar

---

155. YARSHELL, Flávio Luiz. "Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo". *Processo de execução*. SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 388.

156. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Reflexos das ações procedimentais autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução". *Processo de execução*. SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 732-735.

157. "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. PENDÊNCIA DE AÇÃO REVISIONAL PARALELA VISANDO À DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO. GARANTIA DO JUÍZO. SUSPENSÃO. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESACOLHIDO. (...) III – Segundo tem decidido este Tribunal, estando seguro o juízo da execução pela penhora de bens do devedor, não há razão para exigir-se a oposição de embargos sob iguais fundamentos da ação de conhecimento anteriormente ajuizada." (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 181.052/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.09.1998, publicado no *DJ* de 03.11.1998, p. 173).

é o mesmo que já se discute na ação autônoma. Nesse caso, diante da *litispendência,* são incabíveis os embargos. Naturalmente, serão admissíveis embargos à execução que possuam conteúdo distinto ao objeto da ação autônoma.

Em casos como esse, deve-se receber a ação autônoma como embargos, suspendendo-se, se preenchidos os pressupostos, a execução[158].

6. EMBARGOS DE SEGUNDA FASE

O executado defende-se, como se viu, por meio de impugnação ao cumprimento da sentença ou, tratando-se de execução fundada em título extrajudicial, por embargos à execução.

Tanto no cumprimento da sentença como na execução fundada em título extrajudicial existe a possibilidade de serem opostos embargos de segunda fase. No cumprimento de sentença, será "impugnação de segunda fase". No termos do art. 746 do CPC, o executado pode, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora.

O prazo de cinco dias para o ajuizamento dos embargos de segunda fase tem início a partir da assinatura do auto de adjudicação (CPC, art. 685-B), do termo de alienação (CPC, art. 685-C, § 2º) e do auto de arrematação (CPC, art. 694)[159]. No caso de usufruto de móvel ou imóvel, o prazo tem início da intimação que porventura se faça da decisão que o defere[160].

---

158. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. S.F.H. AÇÃO REVISIONAL PROPOSTA APÓS. SUSPENSÃO DO PRIMEIRO PROCESSO APÓS A PENHORA. CABIMENTO. CPC, ART. 585, § 1º. EXEGESE. I. Fixa-se o entendimento mais recente da 4ª Turma em atribuir à ação revisional o efeito de embargos à execução, de sorte que, após garantido o juízo pela penhora, deve ser suspensa a cobrança até o julgamento do mérito da primeira. (...). (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 486.069/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 03.02.2004, publicado no *DJ* de 08.03.2004, p. 259.); "- A ação revisional de contrato, cumulada com anulatória de título, segundo a jurisprudência do STJ, deve receber o tratamento de embargos à execução, com as conseqüências daí decorrentes." (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 435.443/SE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.08.2002, publicado no *DJ* de 28.10.2002, p. 327); "1. Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional. 2. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência. 3. Para dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos, no tocante ao efeito suspensivo da execução, é necessário que o juízo esteja garantido. 4. Inexistindo prova da garantia, é inviável a suspensão da exigibilidade do crédito exeqüendo". (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 677.741/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.02.2005, publicado no *DJ* de 07.03.2005, p. 167).

159. Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 12ª ed. São Paulo: RT, 2009, n. 502, p. 1220.

160. Idem, p. 1220.

Por aí já se percebe a existência de limitação cognitiva nos embargos de segunda fase: só cabem para alegação de nulidade ou extinção da obrigação[161]. Ademais, só cabem tais embargos de segunda fase se a nulidade ou extinção da obrigação for *superveniente* à penhora. Tudo que ocorreu antes da penhora e poderia ser alegado não pode mais ser objeto dos embargos de segunda fase, sendo matéria suscetível de alegação na impugnação (se se tratar de cumprimento da sentença) ou de embargos do executado (no caso de execução fundada em título extrajudicial).

Em outras palavras, o motivos que permitem o ajuizamento dos embargos de segunda fase devem ser *supervenientes à penhora*. O objetivo dos embargos de segunda fase é desfazer a arrematação, a adjudicação ou a alienação do bem [162]. Todas as exceções e objeções originadas anteriormente à penhora não podem mais ser alegadas, pois constituem matéria dos embargos de primeira fase (na execução de título extrajudicial) ou da impugnação (no cumprimento da sentença). Não se pode, nos embargos de segunda fase, atacar o título executivo, nem atos da fase formativa da execução [163].

Na verdade, os embargos de primeira fase, como já se viu, não precisam mais da garantia do juízo, devendo ser ajuizados no prazo de quinze dias, contado da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. É possível, então, que a penhora ocorra depois do ajuizamento dos embargos de primeira fase. A ilegalidade da penhora, nesse caso, poderá não ser alegada nos embargos de primeira fase, devendo, então, constituir matéria de simples petição.

Os embargos de segunda fase somente são cabíveis depois da adjudicação, alienação ou arrematação do bem penhora. Não parece adequado aguardar a alienação do bem para, somente depois, alegar a ilegalidade da penhora. Impõe-se invocar logo a ilegalidade da penhora. Realizada a adjudicação, a alienação ou a arrematação do bem, não se poderá mais, por meio de embargos de segunda fase, alegar ilegalidade ou impossibilidade da penhora. As matérias que podem ser alegadas nos embargos de segunda fase dizem respeito a questões *posteriores* à penhora. A ilegalidade ou impossibilidade da penhora não constitui uma questão *posterior* à penhora, mas anterior ou contemporânea à sua realização.

A impenhorabilidade do bem não pode ser alegada em embargos de segunda fase[164]. O STJ entende, entretanto, que é possível tal alegação, ao argumento de que se trata de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão, que acarreta a nulidade da execução, podendo tal nulidade ser reconhecida em embargos à arrematação ou à adjudicação (que são os embargos de segunda fase)[165].

---

161. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. cit., n. 488, p. 1202.
162. MARTINS, Antonio Carlos Garcias. *Dos embargos de segunda fase: aspectos relevantes*. São Paulo: LEUD, 2000, p. 39.
163. MARTINS, Antonio Carlos Garcias. *Dos embargos de segunda fase: aspectos relevantes*, cit., p. 38.
164. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. cit., p. 1203.
165. STJ, 4ª T, REsp 327.593/MG, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 19/12/2002, *DJ* 24/2/2003, p. 238. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp 467.246/RS, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 8/4/2003, *DJ* 12/8/2003, p. 236. Ainda no mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp 488.380/DF, rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 19/10/2006, *DJ* 16/11/2006, p. 217.

Na execução contra a Fazenda Pública não há adjudicação, alienação, nem arrematação. Logo, não cabem embargos de segunda fase na execução contra a Fazenda Pública, sendo, entretanto, perfeitamente cabível no âmbito da execução fiscal.

Oferecidos os embargos de segunda fase, o adquirente poderá desistir da aquisição, sendo, então, desfeita a arrematação, a adjudicação ou a alienação do bem. Nesse caso, o juiz homologará, desde logo, a desistência, deferindo a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente previsto no inciso IV do § 1º do art. 694 do CPC. Se os embargos forem considerados manifestamente protelatórios, o juiz deve impor multa ao embargos, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição.

O art. 746 do CPC dispõe que se aplica, "no que couber, o disposto neste Capítulo". Aplica-se, então, aos embargos de segunda fase o regime jurídico dos embargos de primeira fase ou da impugnação ao cumprimento da sentença. É questionável se se aplica aos embargos de segunda fase o disposto no art. 739-A do CPC. Considerada a finalidade das mudanças legislativas levadas a efeito na execução, conclui-se que tal dispositivo tem aplicação aos embargos de segunda fase, de sorte que estes não têm efeito suspensivo, a não ser que a parte requeira e demonstre relevância do argumento e risco de ineficácia.

Parte II

| Execução das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa distinta de dinheiro |

CAPÍTULO XIII

INTRODUÇÃO À EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO-FAZER E DE ENTREGAR COISA DISTINTA DE DINHEIRO

Sumário • 1. A tutela jurisdicional: 1.1. Acepções; 1.2. A tutela jurisdicional diferenciada; 1.3. Espécies de tutela jurisdicional: 1.3.1. Urgência e evidência; 1.3.2. Final e antecipada; 1.3.3. Repressiva (reparatória ou sancionatória) e preventiva; 1.3.4. Genérica (pelo equivalente em dinheiro) e específica – 2. Classificação da tutela específica: 2.1. A distinção entre ilícito e dano; 2.2. A tutela inibitória; 2.3. A tutela reintegratória (remoção do ilícito); 2.4. A tutela ressarcitória.

1. A TUTELA JURISDICIONAL

1.1. Acepções

A expressão tutela jurisdicional é polissêmica. Os doutrinadores atribuem-lhe três diferentes sentidos: *(i)* por vezes falam em tutela jurisdicional para referir-se ao procedimento jurisdicional de investigação do direito cuja proteção se busca em juízo (tutela como sinônimo de *procedimento*); *(ii)* às vezes utilizam a expressão para designar a decisão jurisdicional que aprecia este direito substancial deduzido (tutela como sinônimo de *decisão*); *(iii)* outros, por sua vez, a ela se referem como o resultado jurídico-substancial almejado, a atuação do direito material com a entrega do bem da vida em si (tutela como sinônimo de *resultado* ou tutela jurisdicional em sentido estrito).

> "(...) a tutela jurisdicional pressupõe a afirmação de uma situação material, pressupõe também seja a mesma objeto de investigação judicial, culminando com o reconhecimento da alegada situação jurídica material pelo pronunciamento judicial que decide a causa, proporcionando, assim, que o processo alcance seu intuito, que é a atuação do direito material".[1]

Analisando-se a tutela jurisdicional enquanto procedimento, sabe-se que a construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias da situação material a que servirá. É o que estabelece o princípio da adequação. Um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é uma das facetas desse fenômeno. A propósito, remetemos o leitor ao capítulo sobre princípios do processo, no v. 1 deste *Curso*.

Do mesmo modo, a decisão judicial deve ser adequada à tutela do bem da vida sobre o qual existe controvérsia. Não basta que o procedimento seja adequado ao direito material

1. MAFFINI, Rafael Da Cás. "Tutela Jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênesis, 1999, ano 4, n. 14, p. 725.

em torno do qual surge a discussão; é necessário que o vencedor, aquele em favor de quem esse direito material foi reconhecido, encontre no ordenamento meios idôneos que lhe permitam ter efetivo acesso ao bem da vida que buscava. É por isso que o sistema deve prever meios eficazes e idôneos de efetivação das decisões judiciais.

Por fim, o estudo da tutela jurisdicional sob a ótica do resultado a ser buscado é importante porque as técnicas processuais postas à disposição dos sujeitos do processo pelo legislador devem ser utilizadas no sentido de mais bem tutelar os direitos em jogo. De nada adianta o legislador lançar mão de procedimentos e meios executivos adequados, ou conferir ao magistrado liberdade para a adaptação do procedimento ou para utilização desses meios executivos, se o seu manejo não tiver por objetivo conferir maior proteção ao direito material vindicado no processo. Fundamental, pois, entender que *tipo* de tutela jurisdicional (resultado) se está buscando para que se saiba qual a técnica processual que permitirá a sua consecução.

É, basicamente, sob esta última perspectiva (tutela jurisdicional como *resultado*) que se estudará o tema doravante.

1.2. A tutela jurisdicional diferenciada

Nota-se que tutela jurisdicional é conceito que tanto se ocupa do direito material (cuja atuação busca), como do direito processual (que regulamenta os instrumentos predispostos para seu alcance). Por isso, o processo deve ser compreendido a partir das situações materiais que busca tutelar. Deve subsistir uma necessária adequação dos meios de obtenção da tutela jurisdicional às várias situações jurídicas substanciais possíveis.

Sucede que a tutela jurídica padrão (ordinária) nem sempre se mostrou adequada para atender à pretensão do indivíduo. Daí surgiu a noção de tutela jurisdicional diferenciada para designar a tutela que foge ao padrão com relação ao procedimento – casos em que temos os chamados procedimentos especiais – ou à decisão jurisdicional. É o que bem diz DONALDO ARMELIN, nas seguintes palavras:

> "(...) dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de 'tutela diferenciada'. Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular"[2].

2. ARMELIN, Donaldo. "Tutela Jurisdicional Diferenciada". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 65, p. 105. Sobre o assunto, ainda, PISANI, Andrea Proto. "Sulla tutela giurisdizionale differenziata". *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1979, n. 34, p. 536-591; MONTESANO, Luigi. "Luci ed ombre in leggi e proposte di 'tutele differenziate' nei processi civili". *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1979, n. 34, p. 592-603.

Toda vez que o legislador confere um tratamento diferente do tratamento padrão, seja no procedimento, na decisão ou no resultado, pode-se falar em *tutela jurisdicional diferenciada*. Toda vez que fizer previsão de um procedimento, decisão ou resultado distinto daquilo que é padrão, ele está conferindo uma tutela jurisdicional diferenciada.

É o caso, por exemplo, do mandado de segurança, que visa tutelar, com presteza, *direito líquido e certo* violado ou ameaçado por ato coator, cujos fatos jurídicos podem ser comprovados por prova pré-constituída. Trata-se de demanda judicial que, para atingir um específico resultado, possui rito próprio (procedimento distinto do padrão) ao fim do qual se pode proferir uma decisão que já faça previsão, em seu bojo, de uma medida executiva que leve à efetivação *sine intervalo* da ordem imposta (decisão distinta do padrão[3]), no intuito de salvaguardar de maneira célere e eficaz o bem da vida buscado pelo autor.

Essa expressão nasceu numa época em que o procedimento comum ordinário era precário e, por meio dele, nem sempre era possível prestar uma tutela jurisdicional eficaz. Na medida em que esse procedimento compreendia uma seqüência rígida (padrão) de atos processuais, sem levar em conta as peculiaridades do direito material que se discutia em seu bojo, naturalmente nem sempre o jurisdicionado encontrava aí uma via eficiente de tutela dos seus direitos.

Para remediar essa situação, o legislador, seja no próprio Código de Processo Civil, seja em legislação extravagante, lançou mão de procedimentos especiais, cujo *iter* foi amoldado às situações materiais que neles se discutiam, mediante uma seqüência diferenciada de atos processuais, inclusive, em alguns casos, com a previsão de provimento antecipatório (como ocorre nas ações possessórias, no mandado de segurança, na ação de despejo etc.). Além disso, fez previsão da possibilidade de o juiz valer-se de medidas executivas para efetivação das suas decisões (como ocorre na ação de busca e apreensão decorrente de contrato de alienação fiduciária em garantia, na ação de depósito etc.).

Com o passar do tempo, no entanto, o próprio *procedimento comum ordinário* foi sendo aperfeiçoado. A possibilidade, por exemplo, de concessão de tutela antecipada genérica (arts. 273 e 461, § 3º, CPC) e de tutela cautelar (art. 273, § 7º, CPC), e a valorização da chamada tutela específica, com a concessão ao magistrado de amplos poderes de efetivação de suas decisões (art. 461, § 5º, CPC) são avanços que vieram municiar o rito padrão de técnicas processuais mais adequadas à prestação de uma tutela jurisdicional de melhor qualidade.

Atualmente, diante da implementação dessas técnicas no próprio procedimento comum ordinário, é difícil enxergar nos procedimentos especiais (principais paradigmas de *tutela diferenciada*) a importância que um dia tiveram, porque muitas vezes o rito padrão os supera em eficiência. Pode-se dizer, pois, que perdeu um pouco a razão de se falar, hoje em dia, numa *tutela jurisdicional diferenciada*, ao menos com o sentido e a ênfase que,

3. Ao menos na época em que foi previsto o mandado de segurança, a possibilidade de efetivação *sine intervalo* da decisão nele proferida era algo absolutamente excepcional, representando um traço característico desse tipo de procedimento especial.

até então, se dava ao tema. A sua discussão tem, pode-se afirmar, um significado muito mais histórico.

É o caso, então, de repensar o que, atualmente, se deve entender por *tutela diferenciada*, bem como pensar quais são as situações materiais que a merecem. Talvez, por exemplo, seja o caso de pensar em técnicas diferenciadas de tutela para a solução dos conflitos multitudinários, praticamente ignorados pelo legislador, e dos conflitos coletivos. Em relação a esses últimos, diversamente do que ocorre em relação aos primeiros, já há um razoável "microssistema jurídico-processual" construído, mas é certo que ainda há muito por fazer, e as propostas de codificação da legislação coletiva que estão sendo discutidas corroboram essa afirmativa (sobre essas propostas, ver o capítulo 1 do v. 4 deste *Curso*, dedicado ao estudo do processo coletivo).

1.3. Espécies de tutela jurisdicional

1.3.1. Urgência e evidência

Essa classificação não diz respeito a noções contrapostas: urgência não é o contrário de evidência: elas até podem conviver (p. ex., a concessão da tutela cautelar exige a presença de ambos). Na verdade, aqui se tem a tutela de determinadas situações processuais que exigem tratamento específico.

A urgência é o perigo, que é uma situação fática que exige tratamento célere e enérgico. O perigo pode decorrer da iminência ou do agravamento de um dano irreversível ou de difícil reparação, mas pode decorrer também – e isso é quase sempre esquecido – da iminência ou da continuação de um ato contrário ao direito (ato ilícito), ainda que dele não decorra instantaneamente um dano[4].

A tutela da urgência normalmente é prevista para situações em que também há evidência, como é o caso da possibilidade de concessão da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Há, porém, hipóteses em que se tutela apenas a urgência, como é caso da *produção antecipada de provas*, que basicamente só a tem como pressuposto.

A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado.

São exemplos de tutelas de direito evidente: a tutela antecipada com prova inequívoca da verossimilhança dos fatos e demonstração do abuso do direito de defesa (art. 273, *caput* e II, CPC); a ação monitória, em que o mandado monitório é expedido com base em cognição sumária fundada em prova escrita sem eficácia de título executivo; a ação cautelar, que exige a apuração do chamado *fumus boni iuris*; a tutela prestada no mandado de segurança, que exige a demonstração dos fatos através de prova pré-constituída etc.

---

4. Sobre a separação que deve ser feita entre o ilícito e o dano, ver item específico, mais adiante.

1.3.2. Final e antecipada

Como o próprio nome sugere, a tutela jurisdicional final é aquela a que se chega após todo o trâmite processual, mediante um juízo de cognição exauriente.

Já a tutela antecipada é aquela que é concedida no curso do procedimento, como forma de viabilizar a tutela de urgência e/ou a tutela de evidência. Funda-se num juízo de cognição sumária e, por isso mesmo, é provisória[5].

1.3.3. Repressiva (reparatória ou sancionatória) e preventiva

Fala-se em tutela preventiva quando o jurisdicionado vai ao Estado para obter um resultado que vise a impedir a consumação de um ato contrário ao direito (ilícito) ou a consumação de um dano. Daí a idéia de preventividade: o jurisdicionado se antecipa à lesão. Essa espécie de tutela ganhou *status* constitucional, pela primeira vez, quando o legislador afirmou que o jurisdicionado tem o direito de ir ao Judiciário sempre que houver *ameaça* de lesão a direito.

Fala-se, por outro lado, em tutela repressiva quando o jurisdicionado vai ao Estado buscar a aplicação da sanção a algo que já aconteceu. Ela pressupõe a consumação do ato ilícito ou do dano.

1.3.4. Genérica (pelo equivalente em dinheiro) e específica

A tutela jurisdicional como resultado pode ser subdividida em tutela específica e tutela pelo equivalente em pecúnia.

Quando o resultado alcançado pelo processo corresponder exatamente ao resultado previsto pelo direito material, ou seja, corresponder àquilo que seria obtido se não houvesse a necessidade de ir ao Poder Judiciário, diz-se que há tutela específica. Trata-se da tutela pela qual se dá a quem tem razão exatamente aquilo a que ele tem direito.

Na tutela pelo equivalente não se entrega a quem tem razão exatamente o bem da vida que lhe foi tirado, mas sim um equivalente em dinheiro. A idéia da tutela jurisdicional pelo equivalente em dinheiro repousa nos ultrapassados pilares do liberalismo exagerado dos séculos XVIII e XIX – pelos quais converter a prestação em seu equivalente em pecúnia era expediente comum e juridicamente satisfatório.

Sucede que a concepção liberal do processo tornou-se, ao menos neste aspecto, obsoleta, na medida em que não municiava o jurisdicionado de instrumentos hábeis para garantir-lhe a satisfação *in natura* do bem da vida almejado. Assim, adveio a concepção da tutela jurisdicional específica, como resultado das necessidades da sociedade moderna de um processo mais justo e efetivo.

A tutela específica sobreveio como meio apto a conferir ao jurisdicionado a tutela do adimplemento da obrigação *in natura*, e não só o ressarcimento pecuniário pelo seu descumprimento. Com isso, conferiu-se maior segurança jurídica às relações humanas.

---

5. Para maiores informações, ver, neste mesmo volume, o capítulo sobre tutela antecipada.

Em nosso ordenamento, as obrigações de pagar quantia sempre foram tuteladas especificamente. O problema morava nas outras prestações (fazer, não fazer e entregar coisa certa distinta de dinheiro), quando o credor era compelido a anuir com a conversão das obrigações inadimplidas em perdas em danos, ou seja, com o recebimento do seu equivalente em pecúnia.

Hoje, porém, como adiante se verá mais minuciosamente, instituiu-se a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa distinta de dinheiro (art. 461, 461-A do CPC e art. 84 do CDC). E tamanha é sua relevância que atualmente se pode falar na existência de um verdadeiro princípio da *primazia da tutela específica*[6]. A busca por uma tutela jurisdicional específica é, atualmente, um dos valores que orientam o processo civil contemporâneo.

Sobre esse assunto, trataremos mais detidamente nos itens seguintes.

2. CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

2.1. A distinção entre ilícito e dano

É antiga a confusão entre ato ilícito e dano, inclinando-se a doutrina tradicional – com honrosas exceções, como PONTES DE MIRANDA e seus seguidores – a dizer que este é um elemento essencial daquele, de modo que, sob esta ótica, a violação a um dever jurídico que não causasse dano não poderia ser considerada um "ato ilícito".

Sucede que a prática de um ato contrário ao direito não implica necessariamente o surgimento de um dano, o que torna inconfundíveis os conceitos de ato ilícito e de dano[7]. O ato ilícito é qualquer conduta contrária ao Direito; é, por exemplo, a violação de um dever jurídico, que pode gerar, ou não, um dano. Exemplo disso pode ser encontrado no caso da empresa mineradora que, mesmo expirada a sua autorização de funcionamento, continua operando, sem, contudo, causar qualquer tipo de dano. Há aí um ilícito que não gera dano.

Já o dano é o prejuízo material ou moral que pode decorrer *(i)* da prática de um ato ilícito (como, por exemplo, o descumprimento de uma cláusula contratual ou a violação de um dever legal), *(ii)* do exercício abusivo de um direito (como, por exemplo, a despedida indireta ou o abuso do direito de demandar, que gera o dano processual), que também é um ato ilícito, *(iii)* de um fato da natureza (como ocorreu em New Orleans, EUA, atingida pelo furacão Katrina) *(iv)* ou mesmo da prática de um ato lícito (construção, pelo Estado, de viaduto que passa em frente à janela de um determinado apartamento, reduzindo-lhe o valor de mercado em razão do desassossego causado).

---

6. Ou princípio da maior coincidência possível, suscitado por José Carlos Barbosa Moreira em inúmeras obras de sua autoria.
7. O Direito Penal já há muito percebeu a diferença entre os institutos, tanto que distingue os chamados crimes de mera conduta (ex. omissão de socorro) dos crimes de resultado (ex. homicídio).

O art. 186 do CC[8] erra ao confundir as duas idéias, exigindo, para conformação do ato ilícito, a existência do dano – usa a preposição "e", como se a superveniência do dano fosse elemento indissociável à idéia de ilicitude do ato. Talvez a confusão se dê porque o dano é a prova da violação da norma, é o seu sintoma sensível, embora não necessário nem suficiente.

O problema é que, por conta da confusão entre os institutos, o ordenamento processual sempre esteve impregnado de um dogma, segundo o qual a única forma de prestar a tutela contra o ato ilícito seria através da reparação do dano que eventualmente lhe acompanhasse, mediante a chamada tutela ressarcitória – ou tutela de reparação do dano. A conhecida classificação trinária dos provimentos jurisdicionais (declaratório, constitutivo e condenatório) era insuficiente para inibir o ilícito antes mesmo que ele causasse dano, submetendo-se o jurisdicionado a uma inexplicável espera até que pudesse ser compensado, em pecúnia, pelo prejuízo sofrido. Desse modo, não se buscava evitar o dano, mas apenas repará-lo através do seu equivalente em pecúnia.

A necessidade de mais bem prestar a tutela jurisdicional (prestá-la de forma mais adequada) fez com que se isolassem as tutelas dirigidas contra o ilícito das tutelas dirigidas contra o dano. Esse movimento tomou corpo no século XX, a partir da década de 50, na Itália. Dessa forma, poder-se-ia prestar ao jurisdicionado uma tutela mais efetiva, que lhe garantisse a entrega do bem da vida pretendido, e não a sua substituição pelo equivalente em pecúnia. Assim, não se exigiu mais dele que aguardasse pela superveniência do dano para que pudesse agir em juízo: a só existência do ilícito ou a sua iminência já seria suficiente para que o interessado pudesse deflagrar a atividade jurisdicional.

> CARLOS YOUNG TOLOMEI, embora reconhecendo a dissociação entre ilícito e dano, se opõe às críticas feitas à clássica noção de ilícito. Eis as suas palavras: "A rigor, antes da preocupação com a efetividade de tutelas processuais, esta discussão revela problemas de simples retórica, acerca do *nomen iuris* (já consolidado, repita-se) de determinadas categorias jurídicas materiais. Afinal, ninguém ousaria imaginar que a noção clássica de ato ilícito tivesse por si o condão de obstaculizar o exercício de qualquer das formas (hoje certamente indispensáveis) de tutela específica, expressamente positivadas em nossa legislação. (...) Em resumo, as recentes críticas de processualistas contra a clássica noção de ilícito encerram, em si, grave petição de princípio. Inexiste qualquer incompatibilidade entre as modernas formas de tutela e a assunção – reforçada mais uma vez no novo Código, na esteira de sua consolidação doutrinária – do dano como elemento do ato ilícito. A justa e louvável preocupação em promover instrumentos processuais destinados a permitir a chamada tutela específica dos direitos não encontra qualquer obstáculo na noção de ato ilícito e na disciplina do Código civil que a acolheu"[9].

8. Eis a sua redação: "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. TOLOMEI, Carlos Young. "A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil (arts. 186 a 188)". *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 371.

> Longe, porém, de representar mera discussão acerca do *nomen iuris*, como sugere o autor, a exclusão do dano como elemento do ato ilícito se impõe por uma questão lógica que deita raízes na própria teoria do fato jurídico. Ora, se o ilícito nem sempre causa um dano, não se pode pensar que o dano configure elemento nuclear para a caracterização do ilícito; por outro lado, se o ilícito causar um dano, deve-se ver que o dano aí seria *conseqüência* do ilícito, e o *efeito* obviamente não pode ser confundido com a sua *causa*. Não bastasse isso, essa dissociação tem profunda repercussão prática, na medida em que, na ação em que apenas se discute o *ilícito* (como nas ações inibitória ou reintegratória, conforme se verá adiante) não há que se alegar ou comprovar o *dano*, o que limita o objeto cognitivo do magistrado.

É com base na distinção entre ilícito e dano, e com os olhos postos na tutela jurisdicional que pode ser utilizada contra cada um deles, que se promove a divisão da tutela específica em *inibitória*, *reintegratória*[10] e *ressarcitória*.

O art. 12 Código Civil[11], que se encontra no capítulo que trata dos direitos da personalidade, é bastante didático em sua redação e dá uma boa visão das três espécies de tutela jurisdicional específica de que ora se fala: ao referir-se à "ameaça", prevê a possibilidade do manejo da tutela inibitória para evitar a prática do ilícito; ao referir-se à "lesão", alude à tutela reintegratória, que visa remover o ilícito já consumado; e ao referir-se às "perdas e danos", faz clara menção à tutela ressarcitória, que visa à busca da reparação pelo dano eventualmente decorrente do ilícito praticado.

Eis cada uma delas, numa análise mais detida.

2.2. A tutela inibitória[12]

A tutela inibitória é uma tutela dirigida contra o ilícito. Ela visa impedir que o ilícito ocorra. Atua no intuito de obstar, evitar, prevenir a prática do ato contrário ao direito ou, quando antes já praticado, impedir sua reiteração ou continuação. Trata-se, pois, de tutela preventiva[13], que encontra respaldo constitucional no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, que garante o acesso à justiça em razão de "ameaça de violação a direito".

É o que diz JOAQUIM FELIPE SPADONI:

> "O ajuizamento de uma ação inibitória visa evitar a violação de um direito do autor, pelo réu, a ser efetivada pelos atos que estejam em desacordo com o existente dever

10. Conforme se verá, há quem fale também numa tutela do adimplemento contratual, que nada mais é que uma forma de tutela reintegratória utilizada quando ocorre um ilícito contratual.
11. Art. 12. "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".
12. Sobre o tema, mais profundamente, o monumental trabalho de Luiz Guilherme Marinoni: *Tutela inibitória*. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.
13. Por ser típica espécie de tutela preventiva, distingue-se da tutela repressiva ou sancionatória. Sua adoção como forma de tutela genérica dos direitos pelo nosso CPC/73 já era defendida por Barbosa Moreira no ano de 1978, quando contrapunha a efetividade de uma tutela sancionatória (ou repressiva) com a de uma tutela preventiva, sustentando que "se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade de tutela tradicional

de conduta. Tem em vistas atos futuros do sujeito passivo da obrigação, desejando que esses atos, quando praticados, o sejam na forma devida legal".[14]

Exemplo disso ocorreu recentemente em Rondônia, em que o Tribunal de Justiça proibiu que uma emissora de televisão veiculasse, num programa dominical de ampla audiência, determinada matéria jornalística em que se faziam acusações a membros da Assembléia Legislativa daquele Estado. É o que se dá também quando, por ordem judicial, uma indústria é impedida de entrar em funcionamento por não ter atendido às exigências inerentes à proteção ambiental.

Mais corriqueiramente, é o que se dá nos pedidos veiculados em mandado de segurança preventivo, em interdito proibitório, em ação de nunciação de obra nova, ou mesmo quando se pede uma decisão que obste a concretização de protesto de título ou de inclusão do nome de determinada pessoa em cadastro de proteção ao crédito.

A tutela inibitória independe da alegação ou da prova do dano; para que seja deferida, basta que haja uma *ameaça* de lesão. Do mesmo modo, independe da demonstração de culpa. A culpa somente é importante para imputação de responsabilidade, nos casos em que a lei não dispensa o elemento volitivo.

A relevância prática do estudo da tutela inibitória está na conscientização de que, em casos tais, a cognição judicial será, necessariamente, limitada, não tendo que se expandir para a perquirição do dano ou da culpa. Com um objeto cognitivo mais restrito, naturalmente será possível a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere.

Grande problema é a aferição do *interesse de agir* em uma ação inibitória. Como se trata de ação preventiva, é necessário que o demandante alegue, além do fato constitutivo do direito, a ameaça/risco/perigo de violação a esse direito. Há uma dificuldade muito grande de, nas ações inibitórias, discernir se a "ameaça" é condição da ação ou o próprio mérito – tendo em vista que a ameaça é a causa de pedir da demanda preventiva. Essa dificuldade, contudo, ocorre em qualquer demanda, já que o exame do interesse de agir faz-se à luz da causa de pedir, elemento que compõe o objeto litigioso do processo. Ressurge a dificuldade de separar o mérito causa das condições da ação. O exame do interesse de agir, se se quiser seguir a opção do código brasileiro, somente poderá ser feito *in statu assertionis*. Explica o tema SÉRGIO CRUZ ARENHART[15]:

---

consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer *antes* de consumada a lesão, com fito de impedi-la, ou quando menos de atalhá-la de *incontinenti*, caso já se esteja iniciando. Em vez de tutela *sancionatória*, a que alguns preferem chamar de *repressiva*, o que pressupõe a violação ocorrida, uma tutela preventiva, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos da iminência desta". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela sancionatória e tutela preventiva". *Temas de Direito Processual Civil*. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21-29).

14. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. São Paulo: RT, 2002, p. 45.

15. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 234.

> "Se, de um lado, a parte autora não narra, em sua petição inicial, situação que indique a presença de uma situação concreta de ameaça a lesão a direito seu, então, mesmo sem qualquer exame de prova, poderá o magistrado tomá-la por carente de ação, na medida em que não tem necessidade na tutela pretendida; se, por outro ângulo, estiver o magistrado a analisar questões atinentes à prova, então a discussão a propósito da ameaça de lesão transfere-se para o domínio do mérito da pretensão, resultando em uma sentença definitiva, e não apenas terminativa".

Assim, para ser admitida a ação inibitória, é preciso alegar situação que indique a ameaça; superada a análise da admissibilidade, para lograr êxito na concessão desta medida preventiva, o requerente deve comprovar a existência de fatores objetivos que conduzam à conclusão de existência da ameaça de lesão. Não basta o receio subjetivo da prática do ilícito. Necessário é que o demandante deixe provado que o perigo de ilicitude é sério e iminente, justificando-se pela conduta pretérita ou atual do requerido – que pratica atos preparatórios do ilícito ou que já praticou o mesmo ilícito em outras oportunidades etc.[16]

A tutela inibitória poderá ser efetivada mediante provimento mandamental ou executivo. Ambas as técnicas processuais são eficientes para que se alcance o seu resultado, embora a doutrina e a jurisprudência tenham preferido o uso da técnica mandamental, tendo em vista a preventividade da tutela: considerando que o ilícito ainda não foi praticado, dá-se a oportunidade, ainda que sob coerção indireta, de que o réu não o pratique.

> LUIZ GUILHERME MARINONI organizava de forma diversa sua classificação da tutela específica que visa inibir a prática ou reiteração do ilícito, de acordo com a técnica de efetivação implementada, subdividindo-a em: *(i) tutela preventiva-executiva*, que nada mais é do que a tutela inibitória efetivada pela técnica executiva; *(ii)* e *tutela inibitória*, que seria a tutela inibitória efetivada pela técnica mandamental.[17]

2.3. A tutela reintegratória (remoção do ilícito)

A tutela reintegratória volta-se contra o ilícito já praticado (olha para o *passado*, diferentemente da *inibitória* que se volta ao *futuro*). Pouco importa a culpa, pouco importa o dano. Enquanto a tutela inibitória visa impedir que o ilícito seja praticado, a tutela reintegratória visa impedir que o ilícito continue; ela visa a removê-lo, apagá-lo, fazê-lo desaparecer. Busca a reintegração do direito violado, seja com o retorno ao estado de licitude antes vigente, seja com o firmamento do estado de licitude que deveria estar vigendo.

> "Qualificamos a tutela destinada a restabelecer a situação que era anterior ao ato contrário ao direito ou a estabelecer a situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada, porque um não-fazer ou um fazer, não foi observado de 'uma tutela de remoção do ilícito' (...). A tutela de remoção do ilícito é uma tutela reintegratória, no sentido que reintegra, forçadamente, o direito que foi violado"[18].

16. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*, ob. cit., p. 46-47.
17. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 82 e seguintes.
18. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, ob. cit., p. 139.

Daí se vê que a tutela reintegratória é modalidade de tutela repressiva, vez que se volta contra o ilícito já consumado. Mas não deixa de ter também um caráter preventivo, visto que, nos casos em que a ocorrência do ilícito ainda não gerou dano algum, ela visa a impedir a consumação do dano[19].

Exemplo de tutela reintegratória se dá quando uma sociedade empresária se apropria de marca pertencente a outra sociedade empresária, passando a dela utilizar-se na comercialização dos seus produtos; o efetivo dono da marca poderá pedir que cesse o ilícito, com a retirada de circulação dos produtos postos à venda. É o que se dá também quando alguém pede em juízo uma ordem que impeça a continuação de veiculação de propaganda televisiva ou a manutenção, em *sites* de relacionamento, de página contendo informações pessoais ou difamatórias[20]. Outro exemplo corriqueiro desse tipo de tutela é o que se tem na ação de reintegração de posse e no pedido de *retirada* do nome de alguém de um cadastro de proteção creditícia (SPC, Serasa etc.).

Do mesmo modo que a tutela inibitória, a concessão da tutela reintegratória prescinde da demonstração de dano ou de culpa. Isso gera uma limitação à cognição judicial, o que, igualmente, favorece a celeridade da prestação da tutela jurisdicional.

Há ainda a chamada *tutela do adimplemento contratual*. É considerada por alguns como uma classificação autônoma da tutela específica[21], mas ela não passa de uma tutela reintegratória, só que o ilícito cuja remoção opera é o inadimplemento de uma prestação pactuada em negócio jurídico (ilícito contratual). Volta-se ela para a realização de uma obrigação contratual assumida, nos casos em que houver mora do devedor (mora relativa, eis que a mora absoluta impede a prestação).

São exemplos: *(i)* mutuário que deixa de devolver, na data avençada, a quantia tomada por empréstimo ao mutuante; *(ii)* execução específica de obrigação assumida em termo de ajustamento de conduta (TAC).

---

19. Marinoni afirma que essa preventividade é apenas indireta, porque o objetivo desse tipo de tutela não é, propriamente, prevenir o dano, mas remover o ilícito já consumado. A remoção do ilícito, contudo, por excluir a fonte do dano potencial, acaba por prevenir o próprio dano (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 271).
20. Já se tem tornado comum – no *Orkut*, por exemplo – a criação de páginas ou de comunidades que visam a ultrajar a intimidade de terceiros, numa clara demonstração de que a ferramenta tecnológica, justamente por ser de fácil acesso e por representar um meio de comunicação de massa, vem se tornando um campo aberto para a prática de ilicitudes. Os autores desses ilícitos, em razão da fragilidade do controle que se pode fazer dos usuários do sistema, terminam por permanecer impunes, não se lhes podendo imputar qualquer tipo de responsabilidade, seja civil ou criminal, por não ser possível, no mais das vezes, a sua correta identificação. Nesse contexto, a tutela reintegratória se mostra ainda mais importante, porque por meio dela se pode, ao menos, fazer cessar o ilícito, removendo a fonte do dano efetivo ou potencial.
21. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 439-442. Os autores justificam a diferenciação sob o fundamento de que "a tutela da obrigação contratual inadimplida distingue-se da tutela contra o ilícito precisamente porque há distinção entre ilícito e inadimplemento" (p. 441).

2.4. A tutela ressarcitória

É a tutela contra o dano. O seu objetivo é promover a reparação do dano já causado, recompondo o patrimônio jurídico do ofendido à sua situação anterior. Trata-se, portanto, de tutela repressiva, eis que se dirige contra o dano já consumado.

Nem sempre o dano será resultado de um ato ilícito (p. ex., a legítima defesa, embora conduta lícita, pode causar danos em relação aos quais o agente pode ser responsabilizado – ver art. 188 c/c arts. 929 e 930, todos do CC). Nem sempre também haverá discussão sobre a culpa do infrator (p. ex., é prescindível a sua demonstração nos casos de responsabilidade do Estado, do fornecedor, do poluidor etc.).

A tutela ressarcitória pode ser *(i) pelo equivalente em pecúnia* – o que é a hipótese mais corriqueira –, quando se atribui ao lesado o valor em dinheiro correspondente à diminuição patrimonial sofrida, *(ii)* ou *específica*, quando se proporciona ao lesado o estabelecimento da situação que deveria estar vigendo acaso o dano não houvesse ocorrido, ou seja, o firmamento do estado de coisas que subsistiria se a lesão não tivesse sido perpetrada – ou, ao menos, o resultado o mais próximo possível disso.

Um bom exemplo de tutela ressarcitória específica é o caso em que um empregado que tenha sido vítima de um acidente de trabalho que leva à amputação de um dos seus membros inferiores pede, como forma de reparação específica, que o empregador seja compelido a custear e entregar-lhe uma prótese. Entende-se como ressarcimento na forma específica tanto a reparação *in natura* como a reparação através de um meio não-pecuniário[22].

Outros exemplos de tutela específica ressarcitória: a veiculação de pedido público de desculpa nos casos em que se causou à vítima um dano moral decorrente de ofensa à sua honra (é o chamado desagravo público); o reflorestamento como forma de ressarcir na forma específica o dano ambiental causado com o desmatamento não autorizado de árvores nativas; o direito de resposta, previsto na lei eleitoral.

22. "É certo que, em alguns casos, não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano através de um meio não pecuniário. Assim, por exemplo, no caso de lesão à honra, quando se pensa na publicação ou transmissão da retificação. Parece-nos, entretanto, que a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como a tutela que objetiva estabelecer uma situação equivalente ou o mais perto da equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou ainda como a tutela que visa reparar o dano através de um meio diferente do pecuniário" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, ob. cit., p. 158).

CAPÍTULO XIV

EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA DISTINTA DE DINHEIRO FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

Sumário • 1. Execução das obrigações de fazer e de não fazer (art. 461 do CPC): 1.1. Evolução histórica; 1.2. Abrangência do art. 461 do CPC; 1.3. A primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer e a obtenção do resultado prático equivalente; 1.4. A conversão da obrigação em perdas e danos (art. 461, § 1º, CPC): 1.4.1. Introdução: a tutela específica como direito do credor; 1.4.2. Os limites da opção pela conversão em perdas e danos; 1.4.3. A conversão nos casos de impossibilidade de cumprimento na forma específica; 1.4.4. Incidente cognitivo para apuração das perdas e danos; 1.5. As técnicas processuais adequadas à tutela das obrigações de fazer e de não fazer: 1.5.1. Introdução; 1.5.2. A execução como fase do procedimento; 1.5.3. As técnicas de execução direta (ou por sub-rogação) e de execução indireta; 1.5.4. A atipicidade dos meios executivos e o poder geral de efetivação (art. 461, §5º, CPC); 1.5.5. A não-adstrição da decisão judicial ao pedido quanto à medida coercitiva a ser imposta; 1.5.6. A possibilidade de alteração da medida coercitiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária; 1.6. A multa coercitiva: 1.6.1. Natureza jurídica e valor da multa; 1.6.2. Periodicidade da multa e a multa fixa; 1.6.3. Destinatário da multa; 1.6.4. Imposição da multa à Fazenda Pública; 1.6.5. Possibilidade de cumulação com a multa do art. 14, p. único, do CPC; 1.6.6. Execução da multa: forma, momento de exigibilidade e vinculação ao resultado final do processo; 1.6.7. Crítica à utilização inadequada da multa como medida coercitiva; 1.6.8. Aumento do valor da multa, dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*"duty to mitigate the loss"*) e o princípio da boa-fé processual: possibilidade de supressio; 1.7. A utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica; 1.8. A defesa do devedor durante a fase de execução – 2. Execução das obrigações de entrega de coisa (art. 461-A do CPC): 2.1. Evolução histórica e abrangência do art. 461-A do CPC; 2.2. Forma de efetivação (art. 461-A, caput e § 2º, CPC) e aplicação dos mecanismos previstos para o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer (art. 461-A, § 3º, CPC); 2.3. A prisão civil como medida coercitiva para efetivação das obrigações de entrega de coisa; 2.4. A efetivação da decisão nos casos em que houve alienação da coisa litigiosa para terceiro; 2.5. Incidente de individualização da coisa a ser entregue (art. 461-A, § 1º, CPC); 2.6. A conversão do dever de entregar coisa em perdas e danos (art. 461-A, § 3º, c/c art. 461, § 1º, CPC): 2.6.1. Regra geral; 2.6.2. Os casos em que é possível a opção pela conversão em perdas e danos; 2.6.3. Deterioração ou perda da coisa e possibilidade de conversão em perdas e danos: 2.6.3.1. Introdução; 2.6.3.2. Obrigação de dar ou de restituir coisa certa; 2.6.3.3. Obrigação de entregar coisa incerta; 2.6.3.4. Obrigação de entregar a coisa nos casos em que se discute posse; 2.6.4. Incidente cognitivo para apuração das perdas e danos; 2.7. A defesa do executado; 2.7.1. Regra geral; 2.7.2. Desnecessidade de prévio depósito da coisa; 2.7.3. Impossibilidade de alegar, na fase de execução, direito de retenção por benfeitorias, acessões, melhoramentos e acréscimos – 3. Execução das obrigações de emitir declaração de vontade (arts. 466-A a 466-C, CPC).

1. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER (ART. 461 DO CPC)

1.1. Evolução histórica

Historicamente, o grande problema para a obtenção da tutela específica sempre se verificava nos casos de obrigações que tinham por objeto um fazer, não fazer ou a entrega de coisa distinta de dinheiro. Elas tinham um sistema de tutela bastante deficiente, em

virtude do estímulo que se dava à sua conversão em dinheiro no caso de inadimplemento. E essa conversão se dava por opção do devedor. Ele tinha uma espécie de direito de não cumprir o próprio dever, desde que pagasse por isso. Tinha o direito de, por assim dizer, *comprar* o seu dever, como se toda prestação pudesse ser convertida em dinheiro.

Isto se dava basicamente porque o ordenamento jurídico do fim do século XIX e da primeira metade do século XX era amplamente influenciado pelo pensamento do chamado Estado liberal, que partia de duas premissas: *(a)* a de que não se podia obrigar ninguém a fazer o que não quer, preservando-se ao máximo a liberdade do indivíduo (era a chamada incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, *nemo praecise potest cogi ad factum*) e *(b)* a de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro.

> O brocardo *nemo praecise potest cogi ad factum, quia sine vi et impressione id fieri no posset* foi cunhado por Favre, no século XVI, e, em tradução livre, significa que ninguém pode ser coagido precisamente a realizar um facto contra a sua vontade, porque isso não pode ser feito sem violência ou opressão. De acordo com JOÃO CALVÃO DA SILVA, a *ratio* do brocardo é "evitar constragimentos físicos e imorais sobre a pessoa do devedor, atentados odiosos e intoleráveis aos direitos de personalidade, a fim de proteger a liberdade e a dignidade do homem".[1] Não impede, porém, a execução específica da obrigação de fazer e de não fazer.

Essas eram as duas premissas que baseavam a tutela das obrigações de fazer, não fazer e de dar coisa distinta de dinheiro. Premissas, aliás, totalmente equivocadas, senão vejamos.

A idéia da intangibilidade da vontade humana passa, como se disse, pelos princípios liberais que influenciaram a formação do direito civil dos séculos XVIII e XIX. A disciplina das obrigações de fazer no Código Civil brasileiro de 1916 assentava-se nos princípios derivados do sistema do Código Civil francês, de incoercibilidade das obrigações e da liberdade humana, derivados do liberalismo econômico, do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista, todos vigentes em certa época da história da humanidade.

> De acordo com a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "o dogma da intangibilidade da vontade humana, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas, fazia o mundo aceitar que 'toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout en dommages et intérêts, en cas d'inexecution de la part du débiteur" (art. 1142 do Código Civil Francês)'.[2]

Era ínsita ao Estado liberal a clássica visão de que não poderia conceber-se um juiz que detivesse o poder de ordenar alguém a fazer algo sob pena de coerção, já que, pelos ideais deste tipo de Estado, havia uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção sobre a esfera jurídica dos particulares. Era defeso, para os ideais liberais, invadir a liberdade humana. Ademais, achar que a vontade humana é intangível, sendo impossível o Estado

1. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 225-226.
2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 152.

compelir alguém a fazer algo, é pensamento dos juristas de antanho, despreocupados em conferir o bem da vida ao litigante que demonstrou ter razão.

Eis a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

> "O certo é que hoje está integrada em nossa cultura, como observa DINAMARCO, a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e a produção, mediante elas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer deveria ter conduzido"[3].

Por acharem que a liberdade humana é valor maior, a resolução em perdas e danos seria a única conseqüência para o descumprimento das obrigações de fazer ou não-fazer, eis outra falsa e vetusta idéia, que não se coaduna com o direito brasileiro de hoje.

Imaginava-se, de um lado, que toda espécie de obrigação poderia ser convertida em dinheiro, acaso descumprida. A par do manifesto equívoco deste pensamento, que olvidava os hoje inquestionáveis direitos não-patrimoniais, como os personalíssimos e os transindividuais (esses últimos de avaliação pecuniária bastante difícil exatamente em razão do caráter difuso dos seus elementos e caracteres), a tese ainda padecia de terrível enfermidade: autorizava, simplesmente, o descumprimento contratual, privilegiando a parte mais rica da relação, apta que estaria a arcar com perdas e danos existentes – se existentes, pois danos materiais não se presumem.

O tempo foi passando e se começou a perceber que, em alguns casos de obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, era imprescindível a imposição da tutela específica. O legislador, atento a esta circunstância, começou a relativizar o princípio do *nemo precise cogit potest ad factum* (ninguém pode ser compelido a prestar um fato contra a sua vontade).

O primeiro exemplo notável, no direito brasileiro, foi o da instituição do direito real de aquisição, com o regulamento do denominado compromisso irretratável de compra e venda, em que se obrigava o promitente-vendedor à prestação de fazer consistente na transferência definitiva da propriedade, uma vez pago totalmente o preço, sob pena de adjudicação judicial compulsória.

Vejamos as lições de SÍLVIO RODRIGUES sobre o assunto, que servem para aclarar a evolução do pensamento a respeito do inadimplemento dos antigos contratos preliminares (que redundavam, uma vez inadimplidos, em perdas e danos) para o direito real de aquisição, criado com o Decreto-lei 58/37:

> "Por outro lado, a valorização das terras, não apenas provocada pela inflação então incipiente, como também por razões históricas capazes de influir decisivamente na conjuntura econômica, apresentou-se como razão importante do inadimplemento das obrigações por parte dos promitentes vendedores. Pois estes, após receberem o preço pelo qual haviam prometido vender lotes de terreno, percebiam que os mesmos

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer", in *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 254.

> valiam importância dez ou vinte vezes maior do que aquela pela qual haviam sido alienadas. E, como se tratava de alienação de bens imóveis, cuja eficácia dependia de instrumento público, permitia a lei o arrependimento, contanto que se sujeitasse o arrependido ao pagamento das perdas e danos.
>
> Recorrer àquele arrependimento lícito constituía, assim, um meio de enriquecimento para os promitentes vendedores, porque a indenização a que ficavam sujeitos, quando a ela condenados, era sempre inferior ao proveito auferido.
>
> (...)
>
> No passo, o contrato preliminar de compra e venda de bem imóvel gerava ordinariamente, para o vendedor, apenas uma obrigação de fazer, consistente em prestar declaração de vontade, ou seja, obrigação de outorgar escritura de venda e compra. Dessa convenção surgia, para o comprador, mero direito pessoal de reclamar a execução do ajuste, com a conseqüência de ficar o vendedor, em caso de recusa, sujeito a perdas e danos, em respeito à idéia de que *nemo praecise potest cogi ad factum*.
>
> (...)
>
> O Decreto-lei n.º 58/37, com as modificações trazidas pela Lei de 1949, alterou este panorama, pois determinou que, inscrito o contrato, surgia para o promissário comprador um direito real oponível a terceiros, e capaz de lhe conferir a prerrogativa de obter a adjudicação compulsória".[4]

Percebia-se, pois, que a referida intangibilidade não era absoluta. A evolução – ainda, até aqui, restrita às obrigações de prestar declaração de vontade – deveu-se, sobretudo, à influência de CHIOVENDA e CALAMANDREI, que reverberou na obra pioneira de LUIS EULÁLIO BUENO VIDIGAL[5], seguido por SIDNEY SANCHES[6] e FLÁVIO LUIZ YARSHELL[7], este mais recentemente.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/1990) estabeleceu, em seu art. 213[8], o direito à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. Naquele mesmo ano, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990) também veio tocar no assunto, ao afirmar, em diversos dos seus artigos, o direito do consumidor à tutela específica – inclusive a tutela específica do adimplemento contratual, obviamente, em razão da natureza obrigacional inerente às lides individuais consumeristas. Seguiu-se a linha preconizada pelo Anteprojeto de Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de 1985, da qual faziam parte CALMON DE PASSOS, SÉRGIO BERMUDES e KAZUO WATANABE, este último o grande responsável pelo ingresso da medida

4. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 298-302.
5. VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Saraiva, 1965.
6. SANCHES, Sidney. *Execução Específica*. São Paulo: RT, 1978.
7. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*. São Paulo: RT, 1995.
8. Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

no CDC. A impossibilidade de cumprimento forçado do contrato, portanto, em se tratando de relação de consumo, deixara de existir (cf. os arts. 18, 19, 35 e 84 do CDC). Em 1994, a chamada Lei Antitruste (Lei Federal n. 8.884/1994) fez previsão do direito à tutela específica nesses casos.

No entanto, essas importantes inovações ficavam restritas às demandas que envolvessem as matérias tratadas em cada um desses diplomas legais: as outras ainda estavam ao desabrigo, havendo de conformar-se com a solução da tutela reparatória em dinheiro, prevalecendo a vontade humana de descumprir o pactuado.

A discussão acabou, entretanto, com o advento da Reforma Legislativa de 1994 (Lei Federal n. 8.952/1994), que culminou com a modificação de mais de cem artigos do Código de Processo Civil, implementando a tutela específica das obrigações, contratuais ou legais, de fazer ou não fazer. Ampliou-se a possibilidade da mencionada modalidade de tutela de forma a alcançar o ideal chiovendiano da maior coincidência possível.

De acordo com o sistema implementado em 1994, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer somente não poderia ser concedida em duas situações: *(a)* se o credor não quiser e preferir o ressarcimento pecuniário ou *(b)* se for impossível a prestação na forma específica.

Inverteu-se, portanto, o quadro: em vez de o devedor ter o poder de dizer se iria, ou não, cumprir o dever, o credor que passou a poder optar, em caso de descumprimento, entre a exigência específica do cumprimento ou a exigência de ressarcimento pecuniário. A partir de 1994, estabeleceu-se o que se convencionou chamar de *primazia da tutela específica*. A partir de 2002, conforme se verá mais adiante, todo esse regramento foi estendido às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro.

1.2. Abrangência do art. 461 do CPC

O *caput* do art. 461 limita o seu âmbito de incidência às obrigações de fazer e de não fazer. A rigor, *obrigação* é apenas uma espécie do gênero *dever jurídico*. Trata-se de dever que tem sua gênese vinculada ao chamado direito obrigacional, no que se distingue de outros tipos de deveres, como aqueles vinculados aos direitos reais, aos direitos de família e aos direitos sucessórios. Assim, segundo PONTES DE MIRANDA, "em sentido estrito, 'obrigação' é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação"[9].

A despeito disso, a menção que se faz no art. 461 deve ser interpretada da forma mais ampla possível, estendendo-se a todos os deveres jurídicos que tenham por objeto um fazer ou um não fazer, ainda que não tenham propriamente natureza obrigacional.

> De acordo com a lição de EDUARDO TALAMINI, "o art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003, t. 22, p. 36.

> personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas (de locomoção, associação, crença, empresa, profissão...), a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc. – todos considerados em vários desdobramentos. (...) É viável o emprego da tutela *ex* art. 461 inclusive para impedir o início ou a continuidade de condutas também tipificadas como crime. A tutela civil independe da penal. A circunstância de determinados comportamentos, em tese, poderem ser evitados ou reprimidos diretamente pela ação policial não obsta o recurso à tutela jurisdicional civil, que se mostrará, por vezes, mais eficiente".[10]

> Não se pode deixar de fazer menção à crítica de MARCELO LIMA GUERRA, que afirma que "esse conceito de 'obrigação' como uma figura jurídica que se caracteriza como uma 'espécie' de um gênero mais amplo a ser denominado 'dever jurídico', mesmo que de alta relevância em *algum* contexto, não é necessariamente relevante em *todos* os contextos (...). É suficiente, e mesmo fundamental, que o intérprete *redefina* o termo legal 'obrigação', sempre que ocorrente no contexto da tutela executiva, como significando toda e qualquer imposição de conduta a alguém, em benefício de outrem, qualquer que seja a origem da imposição, no plano do direito material: estritamente legal, contratual, responsabilidade por ato ilícito, direito de família, sucessões, direto real etc.".[11]

Feita esta ponderação inicial, cumpre esclarecer que, doravante, será utilizado o vocábulo "obrigação" em sentido amplo. Cumpre, pois, entender o que se deve entender por obrigação de *fazer* e *não fazer*.

Um dos elementos que compõem a noção de obrigação, ao lado dos *sujeitos* (elemento subjetivo) e do *vínculo jurídico* (elemento abstrato), é o seu *objeto* (elemento objetivo). Costuma-se cindir o objeto da obrigação em *(i)* objeto *imediato*, consistente na conduta do devedor (é a chamada prestação debitória), que pode ser positiva (obrigações de dar e de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), e *(ii)* objeto *mediato*, consistente na coisa a ser entregue nas obrigações de dar ou no fato (ação ou omissão), nas obrigações de fazer e de não fazer (é o chamado objeto da prestação debitória)[12].

As obrigações (repita-se: em sentido amplo) tuteladas pelo art. 461 do CPC são aquelas que têm por objeto imediato uma conduta positiva ou negativa do devedor e que têm por objeto mediato uma *prestação de fato*, assim entendida aquela que exige uma atividade pessoal do devedor[13].

Quanto à distinção entre as *obrigações de dar* e as *de fazer*, vale lembrar o ensinamento de ORLANDO GOMES:

---

10. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 128.
11. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 65.
12. Essas noções foram extraídas de CALIXTO, Marcelo Junqueira. "Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes". *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8-9.
13. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

> "A distinção entre as *obrigações de dar* e as *de fazer* deve ser traçada em vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fatos exigem dação. Nas *obrigações de dar*, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas *obrigações de fazer*, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e *vice-versa*".[14]

Embora cientificamente importante, essa distinção perdeu muito da sua significação prática. Isto porque, como será visto, desde 2002 as técnicas processuais aptas à prestação da tutela jurisdicional das obrigações de dar coisa se aproximaram muito das técnicas empregadas para a tutela jurisdicional das obrigações de fazer, esvaziando bastante a importância prática da diferenciação que até então se fazia.

Ainda hoje, porém, essa distinção merece algum relevo nos casos em que se está diante de obrigações infungíveis – isto é, contraídas *intuitu personae* e que somente podem ser cumpridas pelo próprio devedor. Como em casos tais não se pode falar em cumprimento da obrigação por terceiro, é natural que as medidas coercitivas de que se poderá valer o magistrado para impor o cumprimento da prestação não poderão ser sub-rogatórias, mas apenas indiretas. Nessas situações, portanto, mostra-se importante distinguir as obrigações infungíveis das demais obrigações (de fazer ou de dar) fungíveis.

> Assim, por exemplo, se alguém contratou um famoso escultor para que ele modelasse uma peça em mármore, tem-se aí uma obrigação principal de fazer, a despeito de existir também uma obrigação de entregar a obra de arte. O interesse do credor concentra-se na atividade do artista, no seu talento, na sua técnica e no seu trabalho pessoal, de modo que a entrega da peça modelada é uma conseqüência da obrigação contratada. Trata-se, mais ainda, de obrigação de fazer infungível, porquanto personalíssima. Em caso de descumprimento, pois, eventual decisão judicial que impusesse ao devedor a ordem de fazer somente se poderia valer de medidas coercitivas indiretas para forçar o seu cumprimento, jamais de medidas sub-rogatórias.

Uma última observação se impõe: o art. 461 cuida da tutela *específica* das obrigações de fazer e de não-fazer, *sendo possível retirar de sua hipótese de incidência qualquer das modalidades de tutela específica: inibitória, reintegratória ou ressarcitória.*

1.3. A primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer e a obtenção do resultado prático equivalente

De acordo com a redação do art. 461 do CPC, "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". Esse dispositivo, já se viu, trazido pela Reforma Legislativa de 1994, veio deixar clara a opção do legislador de privilegiar a tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, seja ela legal ou contratual, fungível ou infungível.

---

14. GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 48. Os grifos são do texto original.

É o que, repita-se, passou a ser chamado de princípio da *primazia da tutela específica* das obrigações de fazer e de não fazer, segundo o qual se deve buscar dar ao credor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele obteria se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação que lhe cabia, isto é, tudo aquilo e exatamente aquilo que o credor obteria se não fosse necessário provocar a atividade jurisdicional para imposição da ordem.

O *caput* do art. 461 autoriza também que o magistrado tome providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Resta, então, saber qual o *alcance* dessa disposição: *(i)* ela autoriza que o magistrado tome providências no sentido de permitir ao credor obter, na prática, um bem da vida *equivalente*, embora não-coincidente, àquele que obteria com o cumprimento espontâneo ou *(ii)* simplesmente ratifica o poder geral de efetivação do magistrado na busca por um resultado *coincidente* com aquele que o credor obteria acaso a obrigação fosse espontaneamente cumprida?

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO entende que "a diferença entre a tutela específica e o resultado prático equivalente ao do adimplemento repousa muito mais nos mecanismos a serem empregados jurisdicionalmente para obtenção do cumprimento da obrigação (pedido imediato) do que, propriamente, no bem da vida pretendido pelo autor (pedido mediato)"[15].

Para o autor, portanto, o que o *caput* do art. 461 autoriza, ao tratar do *resultado prático equivalente*, é que o julgador tome providências executivas que garantam a obtenção da tutela específica, isto é, que garantam ao credor a obtenção do bem da vida coincidente com aquele que obteria acaso a obrigação fosse espontaneamente cumprida (hipótese "ii", acima).

EDUARDO TALAMINI tem entendimento semelhante. Para ele, o termo "tutela específica" a que faz referência o *caput* do art. 461 tem um sentido bastante restrito em relação à expressão normalmente utilizada pela doutrina. O termo aí, segundo diz, foi utilizado para designar a busca do resultado final através da própria conduta do demandado, no que se distingue da "obtenção de resultado prático equivalente", que consiste, ainda de acordo com o seu entendimento, na busca do resultado final através da imposição de medidas sub-rogatórias. Em sua opinião, a diferenciação anunciada no *caput* "presta-se a evidenciar que a 'tutela especifica' de que trata o art. 461 (*rectius*: obtenção de conduta do próprio réu) implica a eficácia mandamental (...), ao passo que a 'produção do resultado prático equivalente' associa-se à eficácia executiva *lato sensu* do provimento"[16].

Parece-nos, contudo, que, ao autorizar o magistrado a tomar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, o *caput* do art. 461 vai além de simplesmente permitir que o julgador se valha de medidas coercitivas diretas adequadas à obtenção do resultado final almejado. Pelo que se vê, o legislador autoriza aí que se chegue a um resultado *equivalente* ao do adimplemento, ainda que não totalmente

15. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.404.
16. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A, CDC, Art. 84)*, cit., p. 231-232. A ressalva consta no texto original.

coincidente. Não se trata, porém, de equivalente *pecuniário*, mas, sim, de equivalente em *fazer* ou *não-fazer*.

Assim entendemos pelos seguintes motivos.

a) Ao lançar mão da conjunção "ou" para definir as possíveis atitudes do juiz[17], o legislador parece tê-la utilizado como conjunção coordenativa *alternativa*, no intuito de conjugar orações que encerram idéias alternadas. Embora seja possível, em tese, a utilização dessa conjunção como coordenativa *explicativa* (no sentido de "isto é", "ou seja" etc.), este é um uso excepcional e incomum[18]; definitivamente, a leitura do dispositivo dá a idéia de alternatividade das medidas a serem tomadas pelo juiz.

b) Sendo alternativas as idéias, a obtenção do *resultado prático equivalente ao do adimplemento* é coisa distinta da obtenção da *tutela específica*, e com ela não se confunde.

c) A possibilidade de o julgador tomar medidas coercitivas diretas ou indiretas adequadas à obtenção da tutela específica (poder geral de efetivação) está prevista no § 5º do próprio art. 461, sobre o qual se falará mais adiante; não se pode, pois, entender que esse § 5º simplesmente veio repetir uma noção que já estaria inserida no *caput* do dispositivo legal; assim, a caracterização do provimento judicial – se mandamental ou executivo – vai depender da medida coercitiva adotada pelo magistrado conforme autorização contida no § 5º do art. 461, e não no seu *caput*.

Como já foi dito, a regra é que o magistrado deve ter como meta a busca da tutela específica. Esta deve ser a sua prioridade. Essa busca, no entanto, deve pautar-se na ordem constitucional e é natural que o julgador se depare com situações em que haja necessidade de ponderar os valores e os interesses subjetivos em jogo. Se é verdade que o credor tem direito fundamental à tutela específica – isso como um corolário do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) –, não é menos verdade que o devedor tem direito, também fundamental, de que a efetivação da tutela jurisdicional se faça do modo que lhe for menos gravoso. Trata-se de conseqüência do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

Sobre esse assunto falaremos mais adiante, mas desde já é preciso pontuar que o princípio da proporcionalidade (ou da ponderação de interesses) tanto deve ser observado no momento de escolha, pelo magistrado, da medida coercitiva adequada à obtenção do cumprimento forçado, como no momento da própria imposição do dever a ser cumprido.

Por esse princípio, três sub-princípios devem ser observados na escolha, pelo magistrado, da providência material tendente a tutelar o bem da vida buscado pelo credor: *(i)* a *adequação*, segundo a qual o fazer ou não fazer imposto pelo juiz não pode infringir o ordenamento jurídico, devendo ser adequado a que se atinja o bem da vida almejado; *(ii)* a

---

17. Eis, novamente, a redação do art. 461, *caput*: "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".

18. ALMEIDA, Napoleão Mendes de. *Gramática metódica da língua portuguesa*. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 351, nota de rodapé 573.

necessidade (ou *exigibilidade*), segundo a qual a ação material eleita deve ter a capacidade de realizar, no plano dos fatos, a tutela do direito, causando a menor restrição possível ao devedor; *(iii)* e a *proporcionalidade em sentido estrito*, segundo a qual o magistrado, antes de eleger a ação material a ser imposta, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito[19].

> Vale pensar num exemplo: um vizinho move ação judicial contra o outro, ao fundamento de que este último construíra uma varanda cujo telhado lançava as águas da chuva sobre a garagem da residência do primeiro, causando danos ao imóvel, e pede que o magistrado determine o desfazimento (demolição) daquela obra. Averiguando que o autor tem razão, pode o magistrado julgar procedente o seu pedido, mas determinar que, em vez de demolir a sua varanda, o vizinho-réu tome providência no sentido de construir uma canaleta por onde possam escoar as águas da chuva sem que haja prejuízo ou risco para o imóvel do demandante. Trata-se de decisão que não concede *exatamente* o que pretendia o autor, mas lhe defere um resultado prático *equivalente*, atendendo às sub-regras do princípio da proporcionalidade: *(i)* é medida *adequada*, eis que tem aptidão para permitir que se atinja o bem da vida buscado pelo autor; *(ii)* é medida *necessária*, eis que é a que causa menor restrição ao direito do réu; *(iii)* e é medida *proporcional*, eis que concilia perfeitamente os valores em jogo, sem causar a nenhum deles uma restrição irrazoável.

Daí se vê que, embora haja uma prioridade na busca e na concessão da tutela específica, o *caput* do art. 461 do CPC autoriza que o magistrado, à luz do caso concreto, ponderando os valores em jogo, tome providências no sentido de garantir ao credor um resultado prático *equivalente* ao que obteria com a tutela específica ou com o adimplemento voluntário da obrigação imposta. Essa via alternativa – que sempre deve ser trilhada como rota *subsidiária* e *excepcional* – configura exceção legal ao princípio da congruência objetiva, segundo o qual a decisão deve ficar adstrita ao pedido formulado pela parte, na medida em que permite ao magistrado desbordar-se dos limites objetivos fixados até mesmo no *pedido mediato* (bem da vida) formulado pelo demandante[20].

No sentido do texto, LUIZ GUILHERME MARINONI afirma que

> "está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não-fazer pedido, ou melhor, *impor outro* fazer ou não-fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da *'obrigação originária'*. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), *outro fazer* deve ser imposto"[21].

---

19. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 127; MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237-238.
20. Ver, sobre o assunto, o capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no item que trata da congruência da decisão.
21. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 136.

Em sentido contrário, aderindo ao ponto de vista dos doutrinadores citados nos parágrafos acima, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma o seguinte:

> "Não se trata de criar ou determinar a criação de uma *situação final* diferente daquela que desde antes já constituía objeto da obrigação de fazer ou de não fazer: determinar em sentença um resultado que não estava na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Const., art. 5.º, inc. II), além de, provavelmente, transgredir os limites do objeto do processo (CPC, arts. 128 e 460). Ao determinar essas providências, o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do pedido feito pelo autor na inicial, sempre tendo em mira o *resultado final* a que ele tinha direito"[22].

A despeito dos argumentos contrários, o STJ já decidiu no sentido da tese ora defendida, senão vejamos:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. PERDAS E DANOS. 1. Sentença que, ao julgar procedente o pedido e, com apoio no art. 461, segunda parte, do Código de Processo Civil, determina a adoção de providências tendentes a assegurar o resultado prático da obrigação postulada na inicial, não afronta as disposições dos arts. 128 e 460 do mesmo código. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido"[23].

Na íntegra do acórdão, pode-se ver que o STJ confirma uma decisão que defere o pedido do autor (proteção ao meio ambiente), mas impõe aos réus providências distintas daquelas requeridas inicialmente, embora igualmente adequadas à consecução do resultado almejado (por exemplo, em vez de impor a demolição de obras, determina a substituição dos materiais impermeáveis por outros permeáveis). Tudo isso com base na segunda parte do *caput* do art. 461.

Resta, agora, analisar as situações em que não é possível alcançar a *tutela específica* da obrigação, nem mesmo o seu *resultado prático equivalente*, casos em que a obrigação imposta deve ser convertida em perdas e danos.

1.4. A conversão da obrigação em perdas e danos (art. 461, § 1º, CPC)

1.4.1. Introdução: a tutela específica como direito do credor

Como já se viu, a obrigação imposta somente será convertida em prestação pecuniária *(i)* se o credor optar por esta conversão ou *(ii)* se não for possível a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento voluntário. É o que diz o art. 461, § 1º, do CPC.

---

22. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, Ed., 1997, n. 112, p. 156.
23. STJ, 2.ª T., REsp 332.772/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.05.2006, publicado no DJ do dia 28.06.2006, p. 225.

> LUIZ GUILHERME MARINONI fala ainda na conversão em prestação pecuniária quando a execução na forma específica se mostrar excessivamente onerosa para o devedor[24]. A observação é pertinente, mas deve ser vista com cuidado, visto que, à luz do art. 313 do Código Civil, "o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa". Assim, não se pode admitir a conversão em perdas e danos de uma obrigação somente porque, embora *possível* a realização do seu objeto, seria *menos gravoso* para o devedor convertê-la em prestação pecuniária[25]. Além disso, nos casos em que o cumprimento específico da prestação se torna *impossível* por fato superveniente que gera *onerosidade excessiva*, sequer se pode falar em inadimplemento culposo do devedor e, pois, em dever de indenizar, já que se trata de causa que exclui a responsabilidade do devedor pelo inadimplemento[26].

Esse dispositivo legal, associado à noção contida no próprio *caput* do art. 461, veio estabelecer, conforme já foi dito, um novo paradigma em matéria de cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, transferindo para *o credor* (não mais para o devedor) a opção de converter o seu crédito em prestação pecuniária, salvo nos casos em que a prestação da obrigação na forma específica se mostrasse impossível, caso em que a conversão seria determinada pelo magistrado.

A despeito da evolução experimentada com a inserção do art. 461 e seus parágrafos no sistema, o Código Civil de 2002 terminou por lançar mão de regramento retrógrado, ressuscitando dispositivos fundados em velhos ideais.

Com efeito, repetiu, em seu art. 389, norma em tudo semelhante à prevista no defasado art. 1.056 do Código Civil de 1916, afirmando que "não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". Tratando especificamente sobre o inadimplemento das obrigações de fazer, insistiu no equívoco ao estabelecer que "incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível" (art. 247, CC).

Apesar de a sua redação estar defasada nesses pontos, tem-se tentado dar ao Código Civil de 2002 uma interpretação conforme o regramento previsto no art. 461 do CPC e conforme o próprio ideal de tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 5º, XXXV, da CF. Sendo assim, costuma-se dizer que as obrigações de fazer e de não fazer deverão, inicialmente, ser objeto de tutela específica, mas poderão ser convertidas em prestação pecuniária, tal como autoriza o art. 389 do CC, nos casos previstos no § 1º do art. 461[27]. Isto é: os arts. 389 e 247 do CC funcionam simplesmente como dispositivos de autori-

---

24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 424.
25. Concordamos, nesse aspecto, com TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, ob. cit., p. 327-328.
26. Nesse sentido: GOMES, Orlando. *Obrigações*, ob. cit., 178; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2, p. 243.
27. Nesse sentido, BIRENBAUM, Gustavo. "Classificação: Obrigações de dar, fazer e não fazer (arts. 233 a 251)". *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 139.

zação para a conversão de tais obrigações em prestação pecuniária, desde que presentes os pressupostos para essa conversão, não revelando uma opção legislativa pela tutela do equivalente pecuniário.

A tutela específica, como se vem dizendo, é um direito subjetivo do credor.

1.4.2. Os limites da opção pela conversão em perdas e danos

Questão interessante a ser enfrentada é a de saber se o credor pode optar pela conversão da obrigação em perdas e danos ainda quando seja possível o seu cumprimento na forma específica. Haveria nisso uma novação objetiva unilateral? Vale aqui o princípio segundo o qual o devedor tem o direito a que a execução se dê da forma que lhe for menos gravosa?

Entendemos que o credor pode optar pela conversão da obrigação em prestação pecuniária mesmo que ainda seja possível o cumprimento na forma específica. Não há nisso qualquer ofensa ao princípio da menor onerosidade possível, tampouco se pode dizer que isso representaria, nos casos em que a obrigação decorre de convenção das partes, uma novação objetiva unilateral.

Com efeito, embora o credor não possa, em regra, exigir do devedor prestação diversa daquela que fora pactuada (interpretação *a contrario sensu* do art. 313 do CC), pode-se dizer que, ocorrido o inadimplemento, surge para esse credor o direito potestativo de optar entre o seu cumprimento na forma específica ou a sua conversão em pecúnia – é o entendimento que se pode extrair da leitura dos arts. 247, 251 e 389, todos do CC, e do art. 461, § 1º, do CPC.

O que lhe é vedado é exigir a prestação pecuniária antes de haver o inadimplemento – seja porque inexigível a prestação, seja porque a outra parte não é obrigada a prestar coisa diversa – ou exigir um outro fazer ou não fazer, distintos daquele originariamente pactuado ou imposto por lei. Considerando, porém, que a tutela específica é um direito subjetivo *do credor*, sobrevindo o inadimplemento ele pode perfeitamente abrir mão desse direito, optando pela conversão do fazer ou não fazer em prestação pecuniária.

Obviamente que, conquanto lhe surja essa possibilidade de escolha, a opção há de ser feita dentro dos limites do exercício regular de um direito, revelando-se abusivo esse exercício nos casos em que a conversão se fizer apenas com espírito emulativo (art. 187, CC)[28].

A possibilidade de escolha conferida ao credor não tem o condão de infirmar o princípio da menor onerosidade possível, eis que esse princípio se aplica prioritariamente aos *meios executivos* de que o magistrado vai lançar mão para impor ao devedor o cumprimento

28. Tanto que Talamini, valendo-se de exemplo de contrato de prestação de serviços em que o devedor dos serviços não os prestou a tempo, afirma o seguinte: "conforme as circunstâncias concretas, poder-se-á considerar com razoável segurança que o credor da prestação do serviço não poderá pretender, a título de perdas e danos, ressarcimento de prejuízos que não teria sofrido, se houvesse aceito o cumprimento específico, conquanto tardio" (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, cit., p. 332).

do seu dever. Quanto ao objeto da prestação imposta, o princípio somente se aplica nos casos em que o magistrado vislumbra a possibilidade de impor um outro fazer ou não fazer, no intuito de deferir à parte o resultado prático equivalente à tutela pretendida, nos termos do *caput* do art. 461.

Casos há, porém, em que essa opção conferida ao credor sofre limitações. Isto se dá quando o direito que lhe fora certificado é da categoria dos indisponíveis e ainda é possível a sua realização na forma específica. É o que se dá, por exemplo, nos casos em que se busca o ressarcimento de um dano ambiental. Sobre o ponto, vale transcrever a lição de LUCIANE GONÇALVES TESSLER:

> "*Para o ressarcimento do dano ambiental não existe o direito de opção*: a tutela ressarcitória deve ser prestada, prioritariamente na forma específica. Entretanto, o fato de o ressarcimento na forma específica configurar a regra geral não significa que não possa ser excepcionado. Logicamente que, *sendo impossível* o ressarcimento na forma específica, não se pode deixar de reparar o dano; não se dispondo *de* (...) *alternativa*, recorre-se ao ressarcimento pelo equivalente pecuniário"[29].

1.4.3. A conversão nos casos de impossibilidade de cumprimento na forma específica

Independentemente da vontade do credor, impõe-se também a conversão da obrigação em prestação pecuniária nos casos em que for *impossível* o seu cumprimento na forma específica. É necessário, porém, investigar com cuidado esse assunto, pois a impossibilidade de cumprimento da prestação, nos casos em que ela decorre de negócio jurídico, a depender da situação, pode ser causa de invalidação ou mesmo de resolução do negócio.

Nesse ponto, é importante relembrar que a *possibilidade* é uma característica de que se deve revestir o *objeto* de uma obrigação para que ela seja válida. Aferir, portanto, se o objeto de uma prestação é, ou não, possível é requisito para que se possa afirmar a validade da própria obrigação.

Não bastasse isso, se a impossibilidade decorre de fato alheio à vontade e à conduta do devedor (caso fortuito ou força maior, por exemplo), ela dá causa à extinção da obrigação, sem que se possa falar em perdas e danos.

A impossibilidade capaz de gerar a conversão da obrigação em prestação pecuniária há de ser *(i)* superveniente, *(ii)* absoluta e *(iii)* imputável ao devedor. Vejamos, uma por uma, as características que devem qualificar a impossibilidade para que disso se possa extrair a conseqüência da conversibilidade em pecúnia:

(i) Inicialmente, deve-se constatar se a impossibilidade é *originária* ou *superveniente*, isto é, se desde a constituição do vínculo o objeto já era impossível ou se assim se tornou posteriormente. Segundo a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA,

> "enquanto a impossibilidade *simultânea* à constituição da obrigação obsta a que validamente se forme, e, pois, leva à sua *nulidade*, a impossibilidade *superveniente*

29. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*. São Paulo: RT, 2004, p. 358.

> não embaraça a criação da relação obrigacional, porém, atém-se ao seu cumprimento e torna a obrigação *inexeqüível*, com as conseqüências liberatórias se se impossibilitar a prestação por força maior ou caso fortuito, ou carregando na responsabilidade daquele que para isto houver concorrido, na falta desta escusativa"[30].

Disso se pode compreender que o que pode levar a obrigação de fazer ou de não fazer a ser convertida em prestação pecuniária é a *impossibilidade superveniente* de seu cumprimento. Se desde o seu nascedouro o seu objeto já era impossível, o ato jurídico que deu causa à obrigação é nulo e, por isso, não há que ser imposto ao réu o cumprimento da prestação. Obviamente que, neste último caso (obrigação decorrente de negócio nulo por impossibilidade originária), pode o réu ser condenado ao pagamento de indenização por conta de dano que, por dolo ou culpa, tenha causado à outra parte. Deve-se atentar, porém, para o fato de que não necessariamente essa indenização equivalerá à expressão pecuniária da própria obrigação cujo objeto era impossível.

> Por exemplo: uma determinada empresa se compromete perante uma outra a desenvolver certa ferramenta num certo lapso de tempo; sucede que, desde a data da constituição do vínculo, já se sabia ser impossível cumprir a obrigação no prazo ajustado, tendo em vista a inexistência, no meio científico, de determinada tecnologia que seria fundamental para o desenvolvimento do produto contratado. Considerando tratar-se de impossibilidade *originária*, a avença seria nula, cabendo à empresa contratante cobrar da contratada tão-somente o ressarcimento pecuniário, por exemplo, da quantia investida no projeto.
>
> Se, porém, a tecnologia poderia ter sido desenvolvida, mas não o foi porque a empresa contratada foi negligente nas pesquisas científicas que empreendeu, dando azo à impossibilidade *superveniente* de cumprimento da prestação no prazo ajustado, admite-se que a empresa contratante não só lhe cobre o ressarcimento pelos prejuízos que eventualmente teve que suportar, como também que, sendo impossível o cumprimento na forma específica do objeto contratado, cobre da devedora quantia em dinheiro suficiente à aquisição, no mercado, do produto cujo desenvolvimento contratara.

(ii) O credor, de uma maneira geral, somente pode ser compelido a aceitar a conversão da obrigação em prestação pecuniária nos casos em que um fato superveniente tornar *absolutamente impossível* o seu cumprimento na forma específica, isto é, quando a obrigação não puder ser cumprida pelo devedor nem por qualquer outra pessoa – é o que muitos doutrinadores chamam de *impossibilidade objetiva*[31]. A impossibilidade absoluta se distingue da relativa (ou subjetiva), na medida em que, neste último caso, a prestação se torna impossível apenas para a pessoa do devedor.

A impossibilidade *relativa* (ou subjetiva) somente vai gerar a conversibilidade em pecúnia da obrigação originária quando esta obrigação tiver caráter *infungível*, isto é, tiver de ser cumprida pessoalmente pelo devedor. Sendo *fungível* a obrigação originária, somente poderá ser forçosamente convertida em pecúnia nos casos de impossibilidade absoluta de cumprimento.

---

30. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 14-15.
31. GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 44.

Pode-se incluir como uma das hipóteses que evidenciam a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação (seja ela absoluta, quando se tratar de obrigação fungível, ou relativa, sendo infungível) o desaparecimento do interesse/utilidade para o credor quanto ao seu cumprimento na forma específica. Importante observar que, para que se possa enquadrar a situação nesta hipótese – e com isso compelir o credor a aceitar a conversão em perdas e danos – é importante que o desaparecimento desse interesse/utilidade possa ser aferido *objetivamente*[32], como ocorre quando uma agência de publicidade é contratada para cuidar do *marketing* promocional de um evento realizado por determinada empresa, mas não cumpre a sua obrigação contratual, deixando passar a data de realização do evento.

Somente nesse caso é que o desaparecimento do interesse/utilidade pode ser utilizado como fundamento pelo magistrado para impor ao credor a conversão da obrigação em prestação pecuniária. Nos casos em que, objetivamente, ainda pode existir *algum* interesse para o credor na obtenção da tutela específica, somente ele poderá dizer se prefere este caminho ou a sua conversão em pecúnia, por perda de interesse *subjetivo*.

(iii) Por fim, a impossibilidade de realização da prestação na forma específica deve ser imputável ao devedor. Essa imputabilidade tanto pode decorrer de inadimplemento culposo do devedor (imputabilidade subjetiva) quanto pode decorrer de uma imposição normativa, independentemente de o devedor ter concorrido com culpa para o inadimplemento (imputabilidade objetiva). Se o fazer ou o não fazer tornou-se impossível sem que para isso tivesse concorrido a vontade ou a conduta (comissiva ou omissiva) do devedor, resolve-se a obrigação, em regra, sem que se possa falar em perdas e danos.

Sobre o assunto, diz o art. 248 do CC que, se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação. Do mesmo modo, o art. 250 diz que se extingue a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato que se obrigou a não praticar.

> "Assim, por exemplo, o ator que fica impedido de se apresentar em um determinado espetáculo por ter perdido a voz ou em razão de acidente a que não deu causa, ocorrido no trajeto para o teatro, sendo hospitalizado, não responde por perdas e danos. Mas a resolução do contrato o obriga a restituir eventual adiantamento da remuneração.
>
> Responde, no entanto, o devedor pelos prejuízos acarretados ao outro contratante se a impossibilidade foi por ele criada, ao viajar para local distante, por exemplo, às vésperas da apresentação contratada"[33].

Não se exige, porém, a demonstração de culpa do devedor nos casos em que ele está em mora, porque aí há regra de imputação objetiva. Em outras palavras, se o devedor está em mora, responde pela impossibilidade superveniente da prestação, ainda que sem culpa. É o que diz o art. 399 do CC:

---

32. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, ob. cit., p. 330.
33. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 74.

> Art. 399. "O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulta de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".[34]

Pode-se dizer, portanto, que a culpa do devedor somente é requisito para a conversão da prestação em pecúnia, se a impossibilidade da prestação ocorreu *após* a celebração do negócio (portanto, é *superveniente*), mas *antes* do momento a partir do qual o devedor passou a estar em mora; estando em mora o devedor, responderá por perdas e danos independentemente de culpa (art. 399, CC).

Não custa lembrar que a citação no processo judicial, ainda que ordenada por juízo incompetente, constitui em mora o devedor (art. 219, CPC[35]), se nenhum outro evento anterior já o fizera (art. 397, CC[36]). Por conta disso, a impossibilidade absoluta e superveniente à citação no processo judicial dá ensejo à conversão da prestação em indenização por perdas e danos, mesmo que não haja culpa do devedor.

1.4.4. Incidente cognitivo para apuração das perdas e danos

A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos exigirá, necessariamente, a instauração de um incidente cognitivo durante a fase de execução do julgado. É nesse incidente cognitivo que deverão ser apuradas as questões relativas à superveniência e relatividade da impossibilidade de realização do objeto obrigacional, bem como será aferida, a partir das circunstâncias concretas, a existência de culpa (*lato sensu*) do devedor. É também nesse incidente que deverá ser apurado o valor relativo à conversão da prestação em perdas e danos.

Naturalmente, poderão ser produzidos todos os meios de prova necessários à resolução dessas questões. A discussão sobre o *valor pecuniário* do objeto obrigacional é incidente que se aproximará bastante da liquidação de sentença, podendo o juiz valer-se do seu procedimento como parâmetro, inclusive com a possibilidade de nomeação de perito para apuração desse valor ou a análise de fatos novos, acaso necessário.

Concluindo-se pela responsabilidade do devedor/executado e apurado o valor da indenização a ser paga, seguir-se-á o procedimento de efetivação das decisões que impõem obrigação de pagar quantia (art. 475-J e seguintes, CPC).

---

34. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, "a expressão 'salvo se provar isenção de culpa' é defeituosa, pois se o devedor provar tal isenção não haverá mora, e, portanto, estará livre das conseqüências desta. Ademais, se a impossibilidade da prestação resulta de caso fortuito ou de força maior, é porque não houve culpa do devedor. (...) Na realidade, a única *escusa* admissível é a de que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse desempenhada em tempo". (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*, cit., p. 366).
35. Art. 219, CPC. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
36. Art. 397, CC. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

1.5. As técnicas processuais adequadas à tutela das obrigações de fazer e de não fazer

1.5.1. Introdução

Os pronunciamentos judiciais que impõem obrigações de fazer e de não fazer sempre se notabilizaram – sobretudo após a ampliação, em 1994, do âmbito de incidência da tutela específica dessas obrigações – pela eficiência com que eram (e são) efetivados. Isto se deve, sobretudo, às técnicas processuais de que o legislador lançou mão para que esses comandos pudessem ser executados no plano dos fatos.

As técnicas processuais de efetivação de tais decisões aliam cinco importantes fatores de aceleração e de obtenção de um resultado prático satisfatório: *(i)* a dispensa do ajuizamento de um novo processo para buscar a execução do direito a uma prestação já certificado judicialmente, *(ii)* o fato de a efetivação dessas decisões poder contar, ou não, com a participação direta do devedor; *(iii)* a concessão de um poder geral de efetivação ao magistrado, mediante a ampliação do leque das possíveis medidas executivas de que se pode utilizar para concretização de suas decisões; *(iv)* a não-adstrição da decisão judicial ao pedido quanto à medida coercitiva a ser imposta; *(v)* e a possibilidade de alteração da medida que se mostrou ineficaz.

É sobre essas técnicas processuais que passamos a falar nos itens seguintes.

1.5.2. A execução como fase do procedimento

As sentenças que impõem o cumprimento de uma prestação de fazer e de não-fazer efetivam-se no mesmo procedimento em que são proferidas. Seguem, pois, a regra geral: todas as decisões que impõem prestação (seja ela um fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia)[37] podem ser efetivadas *sine intervalo*, é dizer, podem ser executadas no mesmo processo em que foram proferidas, mediante a tomada de providências executivas numa fase complementar à fase de certificação do direito. É preciso destacar, porém, que essa característica já fora generalizada, para essas sentenças, desde 1994, com a reformulação do art. 461 do CPC. Sobre o tema, ver o item dedicado à distinção entre execução e processo de execução, no capítulo sobre a teoria da execução, neste volume do *Curso*.

> Como já se viu no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*, isso fez ruir a distinção que se fazia quanto ao *conteúdo* das decisões condenatória, mandamental e executiva, podendo-se dizer que hoje todas são *decisões condenatórias* (em sentido amplo), na medida em que impõem uma prestação e autorizam a tomada de providências executivas em caso de inadimplemento do devedor. Permanece, contudo, o interesse prático em manter a divisão das decisões condenatórias em duas espécies, quais sejam, as *decisões mandamentais* e as *decisões executivas*, que guardam diferença quanto aos seus *efeitos*, tendo em vista que, nestas últimas, a providência prevista para a execução da obrigação imposta não conta com a participação do devedor, enquanto que naquelas ainda

37. Deve-se ressalvar aqui a decisão que impõe obrigação de pagar quantia à Fazenda Pública, que ainda se sujeita ao velho regime, exigindo a instauração de um novo processo, com feição predominantemente executiva.

se conta com a sua participação, conforme foi visto no capítulo sobre a teoria da decisão, no v. 2 deste Curso.

1.5.3. As técnicas de execução direta (ou por sub-rogação) e de execução indireta

A execução pode ocorrer com ou sem a participação do executado. A depender do *tipo* de providência executiva estabelecida pelo magistrado na sua decisão – se ela depende, ou não, da participação do devedor – é que se pode estabelecer uma diferença entre a decisão executiva e a decisão mandamental.

Como já afirmamos no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*, a decisão *executiva* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *direta*, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto. Ela está fundada, portanto, na noção de *execução direta* (ou execução *por sub-rogação*), assim entendida aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro.

Já a decisão *mandamental* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *indireta* que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Nestes casos, o Estado-juiz busca promover a execução com a "colaboração" do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio de coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação.

A decisão fundada no art. 461 do CPC, que impõe o cumprimento de uma prestação de fazer ou de não-fazer pode ser mandamental ou executiva. Há, no entanto, uma tendência de conferir à tutela das obrigações de fazer e não fazer a técnica de execução indireta, segundo a qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida de coerção indireta. Conforme se verá mais adiante, à tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, inicialmente, reservava-se a execução por sub-rogação, que se dava pelo desapossamento. Após a última reforma processual, entretanto, estendeu-se a estas obrigações a possibilidade de serem efetivadas por coerção indireta, conforme faz ver o art. 461-A do CPC. O caso concreto revelará qual a forma mais adequada de execução.

Sobre a distinção entre execução direta e indireta, conferir o capítulo sobre a introdução à tutela jurisdicional executiva, neste volume do Curso.

1.5.4. A atipicidade dos meios executivos e o poder geral de efetivação *(art. 461, §5º, CPC)*

O art. 461, § 5º, do CPC, consagra o poder geral de efetivação, cláusula geral de atipicidade dos meios executivos:

> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias,

> tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma *cláusula geral executiva*[38], na qual estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Claramente, ao lançar mão dessa cláusula geral executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi o de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões. Trata-se de noção já assente na doutrina a de que todo jurisdicionado tem o direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF)[39].

O § 5º do art. 461 do CPC tem por objetivo permitir a concretização do direito fundamental à tutela executiva e é com essa finalidade que deve ser interpretado e aplicado, exigindo-se do magistrado – destinatário que é da determinação legal – que atue no sentido de garantir à parte o acesso à tutela jurisdicional (resultado) efetiva[40].

Com os olhos postos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado.

É possível, por exemplo, que o juiz *(i)* obste a divulgação de matéria jornalística na imprensa falada ou escrita nos casos em que a veiculação da matéria configurar ato ilícito ou puder causar dano a alguém; *(ii)* imponha a veiculação de anúncio em jornal ou *outdoor* no sentido de que uma determinada empresa está descumprindo ordem sua; *(iii)* determine a interdição de estabelecimento comercial por não atendimento às normas de segurança do trabalho, ou por causar danos ao meio ambiente; *(iv)* determine a retirada das prateleiras de produtos expostos ao consumidor em desconformidade com as regras de informação publicitária ou de segurança e conservação, além de outras medidas possíveis.

> Uma medida executiva atípica de coerção direta é a *intervenção judicial na empresa*. Trata-se de medida que pode ser muito eficiente para a tutela de direitos difusos

38. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 231.
39. WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.
40. Para Marinoni, "o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada, afastando o princípio da tipicidade e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz" (MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 231).

e coletivos. Pode ser utilizada, como paradigma normativo para a aplicação desta medida, a disciplina constante da Lei n. 12.529/2011, que a regula como *medida típica* para a execução das decisões do CADE – típica para esse caso, atípica como medida executiva para as causas em geral (arts. 102-111 da Lei 12.529/2011). Esse regramento funciona como modelo para *todo o processo civil brasileiro*, individual ou coletivo.

É ainda possível que, em se tratando de obrigação fungível, o magistrado determine que um terceiro a cumpra, em lugar do devedor. Nesse caso, já não mais é necessário observar o vetusto procedimento entalhado nos parágrafos do art. 634 do CPC – os quais, aliás, em bom tempo, foram todos revogados pela Lei Federal n. 11.382/2006[41]. Sobre o assunto, remetemos à leitura do capítulo seguinte, relativo à execução das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa fundadas em título executivo extrajudicial.

Dentro do rol exemplificativo do § 5º do art. 461, EDUARDO TALAMINI fala na possibilidade de cominação da chamada *sanção premial*, que é aquela por meio da qual, em vez de se buscar o cumprimento da obrigação incutindo o medo ao devedor, a satisfação é buscada com a imposição de uma "sanção positiva", que *incentive* o cumprimento, tal como ocorre na ação monitória, em que o pagamento feito à luz do mandado monitório libera o réu dos honorários advocatícios e das custas do processo (art. 1.102-C, § 1º, CPC)[42].

Admitiu-se também, ainda que em situação excepcional, o bloqueio de verbas públicas para assegurar a efetividade de um direito fundamental do particular. Vale conferir o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.", DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS

41. Eis o texto dos parágrafos do art. 634 do CPC, que foram revogados pela Lei Federal n. 11.382/2006: "§ 1º O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias. § 2º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução. § 3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa. § 4º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigar-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada. § 5º Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato. § 6º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor. § 7º O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita". Eis, agora, o atual art. 634 do CPC, com redação dada pela Lei Federal n. 11.382/2006: "Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exeqüente, decidir que aquele o realize à custa do executado. Parágrafo único. O exeqüente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado".

42. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, ob. cit., p. 179-180.

DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO.DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

1. É cediço na Corte que: 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'. (Súmula n.º 168/STJ).

2. Recurso de embargos de divergência que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos à pessoa hipossuficiente acometida de osteoporose, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

3. Depreende-se do art. 461, § 5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a 'imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial', não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável (Precedentes: AgRg no AG n.º 738.560/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU de 22/05/2006; AgRg no AG n.º 750.966/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19/05/2006; AgRg no AG n.º 734.806/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 11/05/2006; e AgRg no REsp n.º 795.921/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 03/05/2006).

4. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

5. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: 'Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recurso indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.' 6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

> 7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.
>
> 8. In casu, a decisão ora hostilizada pelo embargante importa na disponibilização em favor da parte embargada da quantia de R$ 345,00 (trezentos e quarenta e cinco reais), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de subrogação.
>
> 9. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.
>
> 10. Precedente da Primeira Seção: ERESP n.º 787.101/RS, deste relator, publicado no DJ de 14.08.2006 11. Agravo Regimental desprovido".[43]

No entanto, a medida mais difundida é, sem dúvida alguma, a *multa coercitiva*. Em virtude da sua larga utilização, falaremos sobre esta técnica mais adiante, em item próprio e dedicado exclusivamente a ela. Discute-se ainda se é possível a utilização, em vista da cláusula aberta contida no art. 461, § 5º, do CPC, da *prisão civil* como técnica de coerção. A matéria requer uma análise mais cuidadosa e, por isso mesmo, também será tratada com mais vagar a seguir, em item próprio.

Essa *cláusula geral* pode revelar-se muito útil e adequada para a efetivação de decisões judiciais em causas de família, como, por exemplo, na ação para efetivação do poder familiar (chamada comumente de "ação de busca e apreensão de menor"), em que pode substituir a medida de coerção direta "busca e apreensão" por uma medida de coerção indireta, como a multa, cuja implementação é certamente menos traumática para a criança[44].

Para finalizar este tópico, cumpre alertar que a atividade judicial não pode ficar imune a qualquer tipo de controle, sob pena de, aí sim, abrir-se uma brecha para o cometimento de arbitrariedades. Se essa atividade, à época da vigência do princípio da tipicidade dos meios executivos, era controlada pelo princípio da legalidade, agora esse poder geral de efetivação é controlado pelo *princípio da proporcionalidade*. Esse princípio tanto vai servir de controle para a escolha, pelo magistrado, da *providência material destinada a*

---

43. STJ, 1.ª Seção, AgRg nos EREsp 796.509/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 11.10.2006, publicado no DJ de 30.10.2006, p. 233.
44. MONTEIRO, Alessandra. "A aplicação da tutela específica no Direito de Família". *Temas atuais de direito e Processo de Família*. 1ª série. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 456-457.

tutelar o bem da vida (isto é, o próprio fazer ou não fazer), como para a escolha do *meio executivo que objetiva implementá-la*[45].

Tal como ocorre na escolha da providência material tendente a tutelar o bem da vida buscado pelo credor (visto acima), o princípio da proporcionalidade aqui se revela através de três sub-princípios: *(i) sub-princípio da adequação*, segundo o qual o meio executivo escolhido pelo juiz deve ser adequado a que se atinja efetivação buscada; *(ii) sub-princípio da necessidade* (ou da exigibilidade), segundo o qual o meio executivo deve causar a menor restrição possível ao devedor; *(iii) sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, segundo o qual o magistrado, antes de eleger o meio executivo, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito[46].

Já se vê que a fundamentação da decisão é essencial para a aferição da observância a esses limites. Conforme ensina LUIZ GUILHERME MARINONI,

> "as sub-regras da proporcionalidade, embora façam parte do raciocínio decisório, pois viabilizam a decisão, obviamente não podem ser ignoradas quando da justificativa. Até porque tais regras não servem apenas para facilitar a decisão, mas muito mais para que possa justificá-la de modo racional, permitindo-se o seu controle pelas partes".[47]

1.5.5. A não-adstrição da decisão judicial ao pedido quanto à medida coercitiva a ser imposta

Além de poder conceder o resultado prático equivalente ao do adimplemento, nos casos em que isso é mais conveniente que a concessão da tutela específica (v. acima), o magistrado também não se adstringe ao pedido formulado pelo autor quanto à escolha da medida coercitiva que tenha por escopo dar efetividade ao comando decisório. Em outras palavras, o julgador pode determinar que a prestação seja cumprida (fazer ou não fazer) e, para buscar a sua efetivação, impor providência executiva não requerida pela parte ou mesmo distinta da que foi requerida.

Esta é a noção que se pode extrair da leitura do § 5º do art. 461 do CPC [48].

> O §4º do art. 461 traz noção bem semelhante, mas que se aplica à antecipação da tutela regulada no §3º daquele mesmo dispositivo. Com efeito, diz o §4º que "o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária

---

45. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 237.
46. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 127.
47. MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, ob. cit., p. 245.
48. Vale repetir a redação do art. 461, §5º, CPC: "Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, *de ofício ou a requerimento*, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial". (Acrescentamos o grifo)

> a o réu, *independentemente de pedido do autor*, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito" (acrescentamos o grifo).
>
> Embora o dispositivo somente faça alusão à multa diária, o entendimento que daí se pode extrair, considerando os amplos poderes do magistrado quanto às medidas que podem e devem ser tomadas para a efetivação de suas decisões, é o de que toda e qualquer providência executiva pode ser determinada independentemente de pedido da parte ou mesmo de forma distinta daquela requerida pela parte. Não fosse essa a interpretação a ser dada, cairia por terra o chamado poder geral de efetivação previsto no §5º do próprio art. 461. Ademais, a interpretação ampliativa é mais consentânea com o texto constitucional, na medida em que favorece a realização do direito fundamental à tutela executiva.

Já se pode ver que a regra da congruência objetiva, construída a partir da análise sistemática dos arts. 128 e 460 do CPC[49], é mitigada neste particular, admitindo-se a atuação oficiosa do juiz[50]. Quebra-se, com isso, o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º, CPC) e isso tem uma razão de ser: considerando que, em nome do direito fundamental à tutela executiva, o legislador abriu mão da tipicidade dos meios executivos, possibilitando a imposição, pelo magistrado, da providência que, à luz do caso concreto, se revele mais apropriada à efetivação da sua decisão, naturalmente que essa sua atuação não poderia ficar sujeita aos limites do pedido formulado pelo autor.

Basta pensar na situação em que o autor deixa de requerer a imposição de medida coercitiva ou naquela em que ele requer uma medida flagrantemente ineficaz (p. ex., imposição a réu insolvente de multa diária de valor expressivo). Tivesse o juiz que ficar adstrito ao seu pedido, decerto que seria letra morta o poder geral de efetivação conferido pelo próprio § 5º do art. 461.

> "Note-se que superação dessa idéia é uma conseqüência lógica da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, uma vez que todas elas se destinam a dar maior mobilidade ao juiz – e assim maior poder de execução. A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que

49. Ver, sobre o assunto, o capítulo sobre teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.
50. Entendendo não haver aqui, propriamente, exceção ao princípio da congruência, por se tratar, o requerimento de imposição de medida coercitiva, de mero pedido acessório, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 250-251. Entendemos, no entanto, que há, sim, uma mitigação ao princípio da congruência objetiva, pelo simples fato de que esse princípio abrange não só os pedidos ditos principais como também os acessórios, além de outros elementos da demanda, conforme visto no capítulo sobre a teoria da decisão judicial. Calmon de Passos afirma que não se trata de pedido implícito, mas de medida que o magistrado toma se compatível e suficiente para assegurar a tutela específica (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 63).

sua finalidade é evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade"[51].

Embora isso seja facilmente dedutível de tudo o que se disse acima, não é demais lembrar que a desnecessidade de o juiz ater-se ao pedido da parte lhe permite impor ao réu uma medida coercitiva *direta* (ou *sub-rogatória*), mesmo quando o autor tenha requerido a imposição de uma medida coercitiva *indireta*. O contrário também é verdadeiro. Assim, considerando que as decisões mandamental e executiva se distinguem uma da outra exatamente pela natureza da medida coercitiva imposta pelo julgador, pode-se concluir que, se a parte pleiteou, por exemplo, a concessão de uma sentença executiva (efetivada por meio de medida coercitiva sub-rogatória), é possível ao magistrado proferir uma sentença mandamental (efetivada por meio de medida coercitiva indireta), mostrando-se possível também, e por óbvio, a hipótese inversa.

Não se pode confundir a não-adstrição do juiz ao pedido mediato da parte – isto é, a própria prestação perseguida; o *fazer* ou o *não fazer* cuja imposição se requer – com a sua não-vinculação ao pedido de imposição de determinada medida para a *efetivação* dessa prestação.

São coisas distintas.

A distinção é importante porque há autores que defendem que não é possível que o juiz julgue em desacordo com o pedido mediato da parte, impondo um fazer ou não fazer diversos do que foi pleiteado[52]. Como já exposto em item anterior, entendemos que é, sim, possível ao magistrado, com base no *caput* do art. 461, deferir à parte uma prestação distinta daquela inicialmente pedida, desde que isso seja suficiente para se alcançar o resultado prático equivalente ao do adimplemento[53].

Um ponto, contudo, é pacífico: quanto às medidas de apoio (medidas coercitivas), o juiz não está vinculado ao pedido da parte. Por isso é importante fazer a distinção entre essas duas situações.

1.5.6. A possibilidade de alteração da medida coercitiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária

Por último, é lícito ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte interessada, alterar a medida coercitiva imposta quando ela se mostrar ineficaz para a efetivação da decisão judicial ou quando se mostrar excessiva para a obtenção do resultado almejado.

É possível a substituição de uma medida indireta por uma sub-rogatória, e vice versa, bem como, e obviamente, uma indireta por outra, ou uma sub-rogatória por outra. É possível, ainda, a cumulação posterior de medidas, sejam elas sub-rogatórias ou indiretas, ou

51. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 134.
52. Por exemplo: BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, ob. cit., p. 1.404; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 286-287.
53. A questão foi enfrentada anteriormente, no tópico relativo à tutela específica e a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento.

a cessação de uma delas, se já haviam sido impostas em cumulação. Essa possibilidade decorre do próprio *poder geral de efetivação* previsto no §5º do art. 461, como também do seu §6º, cuja redação é a seguinte:

> Art. 461. (...)
>
> § 6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Apesar de referir-se unicamente à possibilidade de alteração da *multa*, o dispositivo deve ser interpretado de forma ampla, para abranger também toda e qualquer medida coercitiva, seja ela direta ou indireta.

Na verdade, e como se disse, essa é uma decorrência lógica do próprio *poder geral de efetivação* previsto no § 5º do art. 461, na medida em que, se o juiz pode, de ofício ou a requerimento, adotar as medidas de apoio necessárias à obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento, é certo que aí se inclui, por identidade de razão, o poder de modificar a medida adotada nos casos em que ela se mostrar insuficiente ou excessiva. Afinal, pensar que, uma vez imposta a medida, ela seria inalterável mesmo quando se mostrasse ineficaz, é esquecer-se do objetivo final desse dispositivo, que consiste em garantir o direito fundamental à tutela executiva.

No entanto, impedir a modificação da medida nos casos em que ela passa a mostrar-se excessiva é esquecer do direito que assiste ao devedor, sobretudo aquele relativo à garantia do devido processo legal substancial, calcado que está na noção de proporcionalidade.

> Assim, pode o magistrado, por exemplo, impor ao réu que instale filtros de ar nas chaminés da sua unidade de produção industrial num determinado prazo, sob pena de multa diária (medida indireta). Se a ordem não for cumprida no prazo estabelecido e a multa diária se mostrar ineficaz para induzir psicologicamente ao cumprimento, pode o juiz majorar essa multa, pode ainda substituí-la por uma outra medida indireta (p. ex., a paralisação, se necessário, das atividades daquela unidade até que os filtros sejam instalados), ou mesmo pode determinar que um terceiro promova a instalação dos equipamentos às custas do réu (medida sub-rogatória).
>
> Por outro lado, é possível ao magistrado atenuar a medida imposta se, por exemplo, o devedor já cumpriu parte da obrigação e as circunstâncias concretas já não mais justificam a manutenção daquela providência de apoio nos mesmos moldes e com a mesma gravidade antes necessária.

A alteração da medida de coerção deve ser devidamente justificada pelo magistrado e, sempre que possível, deve submeter-se ao contraditório das partes, a fim de que elas opinem sobre a conveniência e possibilidade da mudança. Naturalmente, essa alteração se submete a todos os parâmetros de controle a que se submetem as medidas originariamente impostas pelo magistrado (princípio da proporcionalidade, em sentido amplo). É sempre possível à parte valer-se da via recursal para buscar esse controle junto aos órgãos de segunda instância de julgamento[54].

54. Parece-nos que, em se tratando, como é a regra, de decisões interlocutórias, o recurso cabível aqui, ao menos nas causas que tramitam pelo procedimento comum ordinário, seria o agravo de instrumento, tendo em vista

Não se pode dizer que a possibilidade de alteração posterior da medida de apoio representa ofensa à coisa julgada material, ou mesmo que configura uma exceção a essa imutabilidade. Quando o magistrado julga procedente o pedido formulado pela parte, impondo ao adversário um fazer ou não fazer, fica desde já autorizado a tomar todas as providências cabíveis para torná-lo efetivo, podendo, inclusive, alterá-las posteriormente, se isso for necessário. Assim, essa alteração das medidas de efetivação não implica alteração da norma jurídica individualizada contida no comando decisório. Não se pode alterar o fazer ou não fazer impostos, mas nada impede que se alterem as medidas de apoio à sua efetivação.

> É importante destacar a opinião de LUIZ GUILHERME MARINONI, que entende possível a alteração do próprio fazer ou não fazer quando a obrigação imposta deixar de ser a mais idônea por culpa do próprio devedor. Eis as suas palavras:
>
> "Considerado o fazer (ou o não-fazer) imposto na sentença, o juiz não pode, na fase de execução, considerá-lo: i) não adequado para a tutela do direito, ii) que não representa o meio *mais* idôneo, ou iii) que constitui algo desproporcional. Tudo isso foi passível de discussão na fase de conhecimento, tendo ficado acobertado pela coisa julgada material.
>
> Ao juiz deve ser permitido inovar, na fase executiva, *somente quando o réu não atender à sentença, e assim o fazer não se configurar como meio mais idôneo por sua própria culpa*"[55].

Outra questão muitas vezes discutida é a de saber se, com a substituição de uma medida sub-rogatória por uma indireta, ou vice-versa, há alteração na *natureza* da sentença (executiva ou mandamental).

Como já se viu, a única relevância de se classificar de uma ou de outra forma essas sentenças está na definição do tipo de providência que será tomada para a sua efetivação. Apesar da possibilidade de alteração posterior da providência, parece-nos que isso não descaracteriza a decisão, que continuará sendo uma sentença de prestação (condenatória). Isto porque não há substituição *da sentença*, mas apenas da medida anteriormente imposta, ainda que essa medida pudesse, se prevista originariamente, alterar a própria natureza da sentença[56]. Essa é, porém, uma discussão mais acadêmica que propriamente prática, já que o que importa mesmo não é a *natureza* da decisão proferida – tampouco se essa natureza é, ou não, passível de alteração posterior –, mas a eficácia da medida adotada

---

a ausência de interesse na interposição do agravo retido: seja porque normalmente essas são decisões que envolvem situações de urgência, o que é incompatível com o procedimento do agravo retido, seja porque, por se tratar de fase de execução, a única sentença *possível* após aquela que certificara o direito à prestação seria a de extinção do feito nos termos dos arts. 794 e 795 do CPC, contra as quais dificilmente se vai interpor um recurso de apelação – o que, como cediço, é requisito para a admissibilidade e análise do agravo retido.

55. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 139. Os grifos constam no original.

56. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. "As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva". *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.). 3 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, p. 349-350.

pelo magistrado no intuito de obter o bem da vida certificado em favor de uma das partes. Sempre será *condenatória* a sentença, ao menos no sentido adotado neste *Curso*: sentença que reconheça e imponha o cumprimento de uma prestação.

1.6. A multa coercitiva

1.6.1. Natureza jurídica e valor da multa

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta, de ofício[57] ou a requerimento, no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante ás *astreintes* do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única.

A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva. Isso significa que o seu valor reverterá à parte adversária, mas não a título de perdas e danos[58]. O seu valor pode, por isso mesmo, cumular-se às perdas e danos (art. 461, § 2º, CPC[59]). A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação[60].

---

57. STJ, 3ª T., REsp n. 1.198.880/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20.09.2012, publicado no DJe de 11.12.2012.

58. O STJ reconheceu, por maioria, que o autor é o destinatário da multa, mas afirmou que ela tem "natureza híbrida", dadas as suas funções processual e material. Eis a notícia constante do Informativo STJ n. 497, de maio de 2012: "ASTREINTES. DESTINATÁRIO. AUTOR DA DEMANDA. A Turma, por maioria, assentou o entendimento de que é o autor da demanda o destinatário da multa diária prevista no art. 461, § 4º, do CPC fixada para compelir o réu ao cumprimento de obrigação de fazer. De início, ressaltou o Min. Marco Buzzi não vislumbrar qualquer lacuna na lei quanto à questão posta em análise. Segundo afirmou, quando o legislador pretendeu atribuir ao Estado a titularidade de uma multa, fê-lo expressamente, consoante o disposto no art. 14, parágrafo único, do CPC, em que se visa coibir o descumprimento e a inobservância de ordens judiciais. Além disso, consignou que qualquer pena ou multa contra um particular tendo o Estado como seu beneficiário devem estar taxativamente previstas em lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade estrita. Cuidando-se de um regime jurídico sancionatório, a legislação correspondente deve, necessária e impreterivelmente, conter limites à atuação jurisdicional a partir da qual se aplicará a sanção. Após minucioso exame do sistema jurídico pátrio, doutrina e jurisprudência, destacou-se a natureza híbrida das astreintes. Além da função processual instrumento voltado a garantir a eficácia das decisões judiciais, a multa cominatória teria caráter preponderantemente material, pois serviria para compensar o demandante pelo tempo em que ficou privado de fruir o bem da vida que lhe fora concedido seja previamente, por meio de tutela antecipada, seja definitivamente, em face da prolação da sentença. Para refutar a natureza estritamente processual, entre outros fundamentos, observou-se que, no caso de improcedência do pedido, a multa cominatória não subsiste. Assim, o pagamento do valor arbitrado para compelir ao cumprimento de uma ordem judicial fica, ao final, dependente do reconhecimento do direito de fundo. REsp 949.509-RS, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 8/5/2012". No entanto, em julgado posterior, o mesmo STJ dispôs sobre a "possibilidade de cumulação de astreintes com encargos contratuais devido à natureza distinta dos dois institutos. Natureza processual das astreintes e de direito material dos encargos contratuais. Doutrina e jurisprudência" (3ª T., REsp n. 1.198.880/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20.09.2012, publicado no DJe de 11.12.2012).

59. Art. 461. (...) § 2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

60. "Com efeito, a importância de realçar-se o caráter acessório das *astreintes* está diretamente ligada aos efeitos que alterações no *status* da obrigação principal ou na possibilidade de seu cumprimento podem provocar na eficácia da decisão que as fixa, bem como na incidência e exigibilidade das mesmas" (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Li-

Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento[61]. Também por ser coercitiva, *a priori* ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado. Se fosse punitiva, teria, como ocorre com a cláusula penal (art. 412 do Código Civil[62-63]).

Embora não exista, a princípio, um limite máximo para a multa, é possível que, no caso concreto, quando a medida se mostrar desproporcional em relação ao bem da vida que com ela se pretende resguardar, o seu montante seja adequado a parâmetros razoáveis[64]. Cabe, pois, ao magistrado esse controle. Foi o que já decidiu o STJ, em acórdão assim ementado:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. EXCESSO. REDUÇÃO. A multa pelo descumprimento de decisão judicial não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido"[65].

Eis o que levou o STJ a decidir dessa forma:

> "Logo em sede de antecipação de tutela, o juízo determinou, sob pena de multa diária, que a seguradora providenciasse o desembaraço administrativo do veículo sinistrado, pois, apesar da perda total, continuava cadastrado no Detran local, causando ao ora recorrido despesas tributárias e administrativas. Fixada no valor de R$ 200,00 em 2001, época da cominação, houve o acolhimento de pedido em 2004, para elevar aquela multa diária a R$ 1 mil, resultando, já em sede de execução, valor próximo a R$ 2 milhões, contados aí R$ 20 mil de indenização por danos morais. Diante disso, a Turma firmou que houve mesmo o desvirtuamento da cominação, visto que o valor da multa em muito ultrapassou o da intempérie administrativa e tributária provocada pela recalcitrância da seguradora, algo em torno de R$ 600, mesmo quando considerado o valor total do veículo sinistrado, de R$ 5 mil. Daí que se tem por certa a punição

---

vraria do Advogado Editora, 2004, p. 65). Assim, por exemplo, se a obrigação principal já não mais subsiste (porque foi cumprida ou porque a decisão foi reformada em grau de recurso) ou se se tornou inviável o seu cumprimento na forma específica, não se pode mais falar na incidência da multa coercitiva.

61. "A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário – ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos, prévios e abstratos para sua definição (...). O julgador há de estabelecê-los levando em conta as duas balizas, 'suficiência' e 'compatibilidade', e sempre com o preciso exame do caso concreto" (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 248-249).
62. Art. 412, Código Civil. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.
63. Apesar disso, há decisões que vêm aplicando ao montante da multa diária o regramento da cláusula penal, no intuito de limitar o valor total das *astreintes* ao teto dos juizados especiais (p. ex., Turmas Recursais Cíveis da Bahia, Recurso Inominado n.º 2.587-9/2005, rel. Juiz Baltazar Miranda Saraiva, publicado no DJ de 18.10.2005).
64. Limitando a possibilidade de ganho do adversário, tem-se a segunda parte do texto do enunciado n.º 132 do XXVI Encontro Nacional dos Juizados Especiais (que incorpora a redação do enunciado n.º 25), estabelecendo que "(...) Na execução da multa processual (astreinte), que não tem caráter substitutivo da obrigação principal, a parte beneficiária poderá receber até o valor de 80 salários mínimos. Eventual excedente será destinado a fundo público estabelecido em norma estadual". A medida soa interessante, porquanto evite o enriquecimento sem causa da parte adversa.
65. STJ, 4ª T., REsp 793491/RN, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 06.11.2006, p. 337.

> imposta à seguradora; certo, também, que essa não se pode dar de forma desmesurada, sob pena de gerar o enriquecimento sem causa e ferir a própria lógica do razoável. Assim, a Turma fixou o montante da multa em cinco mil reais".[66]

Posteriormente, o mesmo STJ, no entanto, decidiu que "se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação" (REsp 1192197/SC, rel. Min. Massami Uyeda, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 07/02/2012, DJe 05/06/2012). Nesse mesmo sentido: REsp 1229335/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 17/04/2012, DJe 25/04/2012.

Questão importante que surge é a de saber se há limitação, no procedimento adotado nos Juizados Especiais, quanto ao montante do valor da multa coercitiva. Estaria ela sujeita ao teto pecuniário que serve de parâmetro para a utilização daquele rito?

O enunciado n. 132 do XXVI Encontro Nacional dos Juizados Especiais (que incorpora a redação do enunciado n.º 25), em sua primeira parte, determina que "A multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixada pelo Juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor. (...)".

Esta parece ser, efetivamente, a orientação correta. Embora a multa coercitiva configure um *meio*, um *instrumento* de viabilização da tutela jurisdicional, parece possível que o seu montante ultrapasse o teto fixado para as causas que tramitam perante aquele micro-sistema. Assim o é porque, sendo uma técnica de coerção psicológica do devedor, a sua limitação prévia a um determinado teto poderia levar à sua ineficácia como instrumento de efetivação da decisão judicial, na medida em que esse teto não viesse a gerar no devedor o temor necessário para levá-lo ao cumprimento forçado.

Não bastasse isso, a prévia limitação a um teto tolheria o magistrado dos juizados especiais quanto ao exercício de um poder que é inerente ao seu ofício jurisdicional: o poder geral de efetivação, previsto no art. 461, § 5º, do CPC[67].

Vale ressaltar ainda que, mesmo ultrapassando o valor de alçada, a execução do montante pecuniário caberia ao próprio juizado, por força do inciso I do § 1º do art. 3º da Lei Federal n. 9.099/1995.

Para finalizar este tópico, deve-se lembrar que é possível, como se viu anteriormente, ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte interessada, alterar o valor da multa, caso ela se mostre insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, CPC). É possível ainda que, na própria decisão, o juiz já estabeleça um cronograma de aumento ou redução progressivos da multa, a depender da obediência, ou não, do devedor ao comando decisório[68].

---

66. Informativo n.º 298 do STJ.
67. Também nesse sentido, AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*..., ob. cit., p. 149.
68. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 249.

1.6.2. Periodicidade da multa e a multa fixa

Apesar de ser muito comum a utilização da multa *diária*, deve-se ver que a periodicidade de sua incidência nem sempre será essa. Pode ser. Mas a multa também pode ser horária, semanal, mensal, anual ou até mesmo fixa. O caso concreto é que vai dizer. Basta pensar num exemplo: há um carnaval fora de época marcado para um determinado dia e a associação de moradores do bairro onde o evento vai ser realizado entra com uma ação para impedir que a festa ocorra; consegue uma liminar na véspera da festa; de que adianta, nesse caso, multa diária para convencer o organizador a não realizar a festa?

> Segundo conhecida lição de MARINONI, "a multa na forma diária não é adequada para evitar violações de natureza instantânea; quando se teme, por exemplo, que alguém pratique um ato ilícito ou mesmo volte a praticá-lo, não é adequado pensar em uma multa que passará a ter o seu valor aumentado após a prática do ato contrário ao direito. A incidência da multa em momento posterior ao do ilícito de eficácia instantânea não tem, como é evidente, o poder de inibir a sua prática".[69]

Vale salientar que, em virtude do seu caráter acessório, a multa *diária* imposta para evitar um ilícito *instantâneo* deixaria de incidir na exata medida em que, descumprida a ordem judicial, não mais fosse viável a obtenção da tutela específica. Assim, voltando ao exemplo citado, realizada a conduta que se queria evitar, a multa diária incidirá apenas uma vez (é dizer, um dia), em função da sua incidência automática decorrente do descumprimento. A partir daí, considerando que o objetivo da multa é forçar o cumprimento de uma obrigação, a medida não deverá incidir nos dias subseqüentes, porque já não mais será possível o cumprimento, na forma específica, da prestação que se pretendia ver satisfeita (no exemplo dado, um não fazer).

Mostrando-se insuficiente ou excessiva a multa periódica imposta ao devedor, é possível ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte interessada, alterar a periodicidade da sua incidência (art. 461, § 6º, CPC) – por exemplo, fazer que deixe de ser mensal para ser diária.

1.6.3. Destinatário da multa

A análise literal do art. 461 do CPC, visto em seu conjunto, faz concluir que somente *à parte* se pode impor a multa coercitiva.

Efetivamente, de uma maneira geral, o destinatário da multa é o demandado, eis que, como se viu, ela serve de técnica para a tutela do interesse do demandante, nos casos em que o seu direito subjetivo a um fazer, não fazer ou à entrega de coisa é judicialmente reconhecido.

---

69. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica: arts. 461, CPC, e 84, CPC. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 107. Nesse mesmo sentido, admitindo a imposição de multa fixa: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 242-244; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 504; AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*..., ob. cit., p. 121-126.

Mas não se pode negar que também *o demandante* possa ser destinatário da multa. Isso pode acontecer, por exemplo, nos casos em que o réu deduz demanda reconvencional, formula pedido contraposto ou mesmo quando a demanda em análise tem caráter dúplice. Tendo em vista que, nesses casos, o réu assume também uma situação jurídica *ativa* no processo, é possível que o provimento judicial, reconhecendo o seu direito a uma prestação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, imponha à parte adversária uma ordem sob pena de multa coercitiva. Nessa hipótese, o descumprimento da ordem implicará a necessidade de pagamento da multa em benefício do réu.

Resta saber, no entanto, se é possível que a multa seja imposta contra o autor mesmo nas hipóteses em que o réu é titular, simplesmente, de uma situação jurídica *passiva*.

JOAQUIM FELIPE SPADONI entende que "qualquer uma das partes, inclusive o autor, pode ser, no curso do processo, submetida a uma ordem judicial, tendo o dever de seu cumprimento incondicionado"[70]. Sob este fundamento, entende que também o autor pode ser destinatário da multa.

GUILHERME RIZZO AMARAL critica essa opinião, chamando atenção para a confusão que se faz entre a função exercida pelas *astreintes* (compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação em favor do credor) e pela multa por *contempt of court* (punir o sujeito que atenta contra a dignidade da justiça). O referido autor entende que o simples fato de alguém poder se submeter a uma ordem judicial não significa, necessariamente, que será possível a utilização das *astreintes*[71]. Nesse sentido, conclui que, embora se possa, no curso do processo, impor ao autor uma ordem judicial – por exemplo, exibir documentos em juízo –, o seu cumprimento não implicará, necessariamente, a incidência da multa, mas sim uma sanção por *contempt of court* (art. 14, inciso V e p. único, CPC).

Efetivamente, a multa coercitiva não se confunde com a multa punitiva por *contempt of court* – sobre esse assunto se falará mais adiante, em item próprio. Ainda assim, porém, parece-nos possível que as *astreintes* sejam impostas ao autor, para cumprimento de ordem judicial, sem que isso se confunda com a multa imposta ao *contemnor*.

Basta pensar nas situações em que é possível a antecipação dos efeitos da tutela em favor do réu, mesmo quando ele é titular tão-somente de uma posição passiva no processo, situação que nos parece possível[72]. Por exemplo: numa ação de cobrança de quantia, ao contestar o pedido formulado na inicial, o réu nada mais está fazendo que pedir que em seu favor seja deferida uma tutela declaratória de inexistência da dívida que lhe é cobrada; dessa forma, pode ele, demonstrando o preenchimento dos requisitos legais, pleitear a antecipação de algum dos efeitos dessa futura tutela declaratória que lhe seria deferida pelo provimento final – p. ex., impedimento de inscrição do seu nome em cadastros de

70. SPADONI, Joaquim Felipe. "A multa na atuação das ordens judiciais". *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 504.
71. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*..., ob. cit., p. 101.
72. Ver, sobre o assunto, o capítulo dedicado à antecipação dos efeitos da tutela.

proteção ao crédito. Nesse caso, nada impede que a tutela antecipada lhe seja deferida, impondo-se ao autor, ainda que provisoriamente, um dever de não fazer, sob pena de multa.

Ainda dentro deste tópico, vale indagar se é possível que o destinatário da multa seja um *terceiro* (é dizer, sujeito estranho ao processo). É possível que, por exemplo, o magistrado imponha ao réu, *pessoa jurídica*, um dever de fazer ou não fazer, fazendo previsão de multa a ser imposta à *pessoa física* (presentante, representante, preposto, agente etc.) que tem poderes para determinar o cumprimento daquela ordem?

Parece-nos que a resposta é positiva. Se a multa é uma técnica de efetivação da tutela jurisdicional e se o magistrado tem autorização legal (calcada num direito fundamental constitucionalmente assegurado) para impor qualquer medida que se mostre *necessária* à obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento (art. 461, § 5º, CPC), decerto que a imposição de multa a terceiro não pode ser excluída, *a priori*, do rol de providências que podem ser adotadas pelo juiz[73].

Não se diga que, com isso, se está confundindo a multa coercitiva com a punição por *contempt of court*. Bem se sabe que têm elas caráter distinto – e sobre o assunto falaremos mais adiante. Se a multa é prevista no provimento judicial com o objetivo de obter o cumprimento do comando decisório, inegável é o seu caráter coercitivo. Por isso mesmo, acaso descumprida a obrigação principal, nada impede que a esse terceiro se imponha, além da multa (que visa a forçar o cumprimento), a sanção por prática de ato atentatório à dignidade da justiça (que visa a punir a desobediência já praticada).

Para bem diferenciar uma hipótese da outra, basta ver que, se esse terceiro deixa de ter poderes para efetivar o dever imposto ao réu (p. ex., se ele deixa de ser funcionário ou preposto da empresa devedora), a multa coercitiva cessará sua incidência em relação a ele, passando a incidir quanto àquele que vier a ocupar a sua posição; a despeito disso, o terceiro continuará responsável pelo pagamento da multa pelo *contempt of court*, por ter ela caráter sancionatório.

> Admitindo a possibilidade de cominação de multa a terceiro, e tratando de hipótese em que esse terceiro é um agente público, EDUARDO TALAMINI faz importante alerta: "Obviamente, a cominação da multa diretamente ao agente público deve cercar-se de cautelas ainda maiores do que as que se deve ter na cominação da multa contra a própria parte. Por exemplo, em muitos casos, é razoável que tal medida seja deixada para um segundo momento, quando se evidenciar a injustificável resistência do agente público. Além disso, deverá sempre ficar claro no ato da intimação do agente que a multa lhe está sendo cominada pessoalmente"[74]. Naturalmente, o mesmo raciocínio se aplica ao terceiro que não é agente público.

Um exemplo prático muito freqüente no foro talvez ajude a compreensão do problema. Determinado consumidor vai a juízo discutir a existência de uma dívida em face de

73. Em sentido contrário, AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*..., cit., p. 102.

74. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., cit., p. 450.

um fornecedor, pedindo providência judicial que determine a retirada de seu nome de um cadastro de proteção creditícia. A administradora deste cadastro não é parte no processo, mas será intimada a retirar o nome do demandante dos seus registros; essa ordem pode vir acompanhada, e muita vez isso ocorre, de medida de coerção indireta, normalmente a multa.

1.6.4. Imposição da multa à Fazenda Pública

Uma questão que já foi objeto de discussão é a de saber se é possível a imposição da multa como técnica coercitiva indireta quando o devedor é a Fazenda Pública. Tratando do tema, VICENTE GRECO FILHO manifesta entendimento no sentido de

> "serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo".[75]

Sucede que, como bem pontua EDUARDO TALAMINI, a má conduta do administrador público é aspecto patológico que não pode, nem deve, servir de argumento para eximir os entes públicos da submissão a esse tipo de coerção processual. Em casos tais, cumpre ao poder público responsabilizar o servidor renitente nas esferas administrativa, civil e criminal, se for o caso, cabendo-lhe ressarcir o erário quando verificada atuação dolosa ou culposa[76].

O foco do problema é outro: não é combater a multa coercitiva como técnica a ser utilizada contra a Fazenda Pública, mas combater a má conduta do agente público que descumpriu ordem judicial por saber que a multa recairia sobre o erário.

Assim, considerando que a multa se reveste de caráter coercitivo e que o seu objetivo é servir de instrumento à efetivação de uma decisão judicial – o que, aliás, representa também medida de interesse público –, poderá ser utilizada mesmo quando o devedor for a Fazenda Pública. É o que se vem entendendo nos tribunais, senão vejamos:

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA.
>
> ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.
>
> 1. Ação ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado, objetivando o fornecimento dos medicamentos Interferon Alfa e Ribavirina 250mg, indicados para paciente portador de Hepatite Crônica.
>
> 2. A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

---

75. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 68-69.
76. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer...*, cit., p. 247.

3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

4. 'Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.' (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min.ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005.

6. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde.

7. Agravo Regimental desprovido".[77]

De qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu *poder geral de efetivação*, imponha as *astreintes* diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação[78]. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada.[79]

1.6.5. Possibilidade de cumulação com a multa do art. 14, p. único, do CPC

Questão interessante é saber se é possível a cumulação da multa do art. 461, CPC, com a multa do parágrafo único do art. 14[80], também do CPC.

---

77. STJ, 1ª T., AgRgno REsp 855.787/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 14.11.2006, publicado no DJ de 27.11.2006, p. 258. Nesse mesmo sentido, por exemplo: REsp 778217/BA, REsp 840782/RS, AgRg no REsp 796255/RS e REsp 738511/RS.
78. Também nesse sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer...*, ob. cit., p. 449-450.
79. Com visão contrária, o julgamento do REsp n. 747.371/DF, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 06.04.2010, ao estabelecer que, nada obstante a jurisprudência do STJ permita a imposição de multa diária à Fazenda Pública na execução de obrigação de fazer, não é possível sua cominação ao agente público, ainda que amparada na necessidade de dar efetividade à ordem mandamental, seja por não haver norma que autorize sua imposição pessoal ao agente estatal, seja por haver norma que limita ao réu (no caso, o ente federado) a imposição das referidas *astreintes* (art. 461, § 4º, do CPC).
80. Art. 14. "São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:" (...) V – "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final". Parágrafo único. "Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido,

A resposta é positiva: é possível essa cumulação. Há um sem-número de diferenças entre as duas modalidades de cominação pecuniária, o que torna perfeitamente compatível sua imputação simultânea. Distinguem-se *(i)* quanto à sua natureza, *(ii)* quanto à sua finalidade, *(iii)* quanto ao seu beneficiário, *(iv)* quanto à sua forma de fixação e incidência e, enfim, *(v)* quanto à natureza da decisão que as cominou.

Vejamos cada um deles.

(i) Quanto à *natureza*, fácil pontuar que, enquanto a multa do art. 461, do CPC, é estritamente processual, vez que atua com escopo único de obter a efetivação, pelo seu destinatário, da decisão mandamental concedida, a multa do art. 14, CPC, é de cunho nitidamente administrativo, tratando-se de reprimenda pecuniária imposta pelo magistrado (no exercício de seu atípico poder de polícia ou *contempt power*), a todos aqueles que descumpram ou atrapalhem o cumprimento dos provimentos judiciais (ato atentatório ao exercício da jurisdição) – uma punição ao *contempt of court*.

(ii) Daí já se torna ainda mais simples concluir que, no que tange às suas diversas *finalidades*, a primeira (multa do art. 461) visa coagir, pressionar psicologicamente o destinatário da ordem para que a cumpra, ao tempo em que a segunda (multa do art. 14, parágrafo único) pretende, tão-somente, punir o *contemnor* (sujeito que desobedece ou embaraça cumprimento de medida judicial).

> "Temos, assim, que é essencial a diferenciação entre os correspondentes pátrios das *astreintes* e do *contempt of court*, podendo afirmar que aquelas estão caracterizadas nos artigos 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, e este no artigo 14 do *Codex* Processual. Se este visa a proteger a dignidade e a autoridade do Poder Judiciário como instituição responsável pelo exercício da jurisdição, aquelas têm como único objetivo dar força aos provimentos mandamentais, de forma a proporcionar ao autor a tutela específica, mediante o cumprimento da decisão judicial pelo próprio réu"[81].

(iii) O *beneficiário* do numerário decorrente da imposição pecuniária do art. 461 do CPC é a parte adversa, ou seja, aquela favorecida pelo decisório desrespeitado, enquanto o beneficiário do valor da sanção administrativa do art. 14, parágrafo único, do CPC é o Estado.

(iv) Quanto à *forma de fixação e incidência* da multa, tem-se que, no caso daquela prevista no art. 461, CPC, o valor pode ser fixo ou pode incidir de forma periódica, e o valor a ser arbitrado fica a critério do magistrado. Já no caso do art. 14, par. ún., CPC, seu valor é sempre fixo e não pode ser superior a 20% do valor da causa.

(v) Por fim, tem-se que a decisão que comina a multa do art. 461, CPC, tem *natureza* jurisdicional, enquanto que a que comina a multa do art. 14, p. ún, tem natureza administrativa.

---

contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado".

81. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*..., ob. cit., p. 61.

Vale ressaltar que somente no caso de descumprimento direto dos provimentos mandamentais, pelo próprio destinatário da ordem, encontramos a possibilidade de cumulação de *contempt* coercitivo e punitivo – ou seja, da multa do art. 461 com a multa do art. 14, ambos do CPC.

É que a execução específica da ordem judicial, além de autorizar a cominação da multa do art. 461, CPC, pode culminar, outrossim, na punição, com imputação da multa do art. 14, parágrafo único, CPC, do *contemnor* (desobediente) recalcitrante e contumaz que descumpre ordem coativa aí proferida – seja por descumprimento voluntário, seja pela demora intencional do renitente que gera ou o cumprimento tardio (e, muitas vezes, inócuo) ou o não-cumprimento em virtude da superveniente incapacidade de se efetivar o preceito judicial –, ou daquele que, além de não tê-la cumprido, ainda embaraça a sua efetivação a ser praticada por outro sujeito judicialmente designado (no caso de obrigações fungíveis).

> LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER posicionam-se no mesmo sentido, admitindo a cumulação das duas sanções pecuniárias, "já que têm diferentes razões de ser".[82]

1.6.6. Execução da multa: forma, momento de exigibilidade e vinculação ao resultado final do processo

Outra questão interessante, e de grande relevância prática, está em saber como se opera a execução da multa imposta como medida coercitiva em decisão que antecipou a tutela. Na verdade, a questão pode ser desdobrada em três outras: *a)* de que modo se dá a execução da multa pecuniária; *b)* qual o momento da sua exigibilidade; e *c)* mesmo vencido, o seu beneficiário pode exigi-la?

O art. 461 do CPC é silente em todos os aspectos.

Quanto à primeira indagação – relativa ao modo de execução da multa –, não há aí maiores problemas: por se tratar de satisfação de prestação pecuniária, deverá seguir o rito próprio da execução por quantia certa, isto é, o Capítulo X do Título VIII do Livro I do CPC, que versa sobre o cumprimento da sentença. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que a decisão que impõe a multa, bem como o mandado de intimação da parte do teor dessa decisão, devem definir o prazo dentro do qual ela começará a incidir, sob pena de invalidade da decisão, por violação aos artigos 225, VI, e 247 do Código de Processo Civil, e inexigibilidade do valor da multa (STJ, 4ª T., REsp. n. 620.106-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 18.08.2009, publicado no DJ*e* de 28.09.2009). Esse, aliás, é o entendimento que se consolidou no enunciado 410 da súmula do STJ, que assim estabelece: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer." Tal entendimento consolida, no âmbito da execução, os princípios do contraditório substancial e da cooperação, impondo ao juiz obediência ao dever de prevenção, advertindo o executado antes

82. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da reforma do CPC*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

de puni-lo. Enfim, cabe ao juiz, ao impor o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, fixar prazo para atendimento da ordem, com a determinação de intimação prévia do executado para cumprimento, contendo a expressa advertência de que, não atendida a determinação, a parte expõe-se ao pagamento da multa fixada na própria decisão.

A controvérsia reside, basicamente, nas respostas às questões subseqüentes: qual o momento em que se torna exigível e se pode o beneficiário-vencido exigi-la.

EDUARDO TALAMINI entende que a multa é exigível "assim que eficaz a decisão que a impôs – ou seja, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo *ex lege*"[83]. Com base nessa premissa, a multa fixada em decisão antecipatória da tutela seria exigível desde logo, pois o agravo não tem, em regra, efeito suspensivo, por expressa disposição de lei (a menos que, excepcionalmente, o relator do recurso lhe atribua tal efeito, na forma dos arts. 527, III, e 558, do CPC). Sendo assim, caberia, em sua opinião, execução provisória do crédito.

O citado autor reputa que a inexeqüibilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retiraria boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação, pois não haveria ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu. Em sua opinião, a perspectiva de remota execução não pressiona nem impressiona[84].

Ainda segundo TALAMINI, se ao final do processo se concluir que o autor não tinha direito à tutela específica (foi vencido), "ficará sem efeito o crédito derivado da multa que eventualmente incidiu"[85], perdendo o objeto a execução provisória eventualmente iniciada. Se o beneficiário da multa teve negado o seu direito à tutela específica após o trânsito em julgado (por ação rescisória, por exemplo), o crédito eventualmente executado e satisfeito deverá ser devolvido ao vencedor, eis que a multa não vem resguardar a autoridade jurisdicional, não vem punir, e sim serve para resguardar o direito da parte que pediu sua imposição. Assim, se ao final não viu certificado o direito que pretendia fosse resguardado, não há porquê receber o valor da multa.

No sentido do seu entendimento, eis o que já se decidiu:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Nos termos do § 3º do art. 273 do CPC, a execução da decisão proferida em sede de tutela antecipada pode e deve ser feita de acordo com o sistema da execução provisória do art. 588, II e III. (I)LIQUIDEZ. AUSÊNCIA DE MEMÓRIA DO CÁLCULO ATUALIZADO. Sendo o quantum do valor devido apurável mediante mero cálculo aritmético, que consiste em contar os dias de descumprimento do comando judicial, aferido pelas certidões dos oficiais de justiça, multiplicado pelo valor de um salário mínimo ao dia,

83. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., cit., p. 258.
84. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., cit., p. 259.
85. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., cit., p. 259.

não se mostra ilíquida a execução pela ausência de memória do cálculo atualizado. AGRAVO IMPROVIDO".[86]

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MULTA. EXECUÇÃO. Impossível discutir no âmbito do agravo de instrumento outra questão além da que constitui objeto da decisão agravada. Preclusa a decisão que antecipou os efeitos da tutela, não há como examiná-la. Nada impede a instauração de processo de execução provisória para cobrança do valor da multa cominada pelo eventual descumprimento da tutela antecipada, desde que respeitado o devido processo legal. A ausência de prova neste recurso quanto à alegação de nulidade da execução por falta de citação regular para iniciar o transcurso de prazo destinado a adimplir a obrigação objeto da tutela antecipada desautoriza acolher o pedido. Recurso desprovido".[87]

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE MULTA FIXADA EM AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE, O QUE CARACTERIZA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, ANTERIORMENTE A DECISÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. OBSERVAMOS OS PRECEITOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. I- A decisão do juiz ao conceder a liminar para que cessasse turbação à posse do Agravante, sob pena de multa diária, reveste-se de caráter executivo, pedagógico, independente de apreciação do mérito do pedido, substituindo enquanto se verificar o inadimplemento do devedor; II- Assim, a constituição do título se materializa na apuração do valor da multa até o dia de início da execução e se torna líquido, certo e exigível por força da liminar concedida e diante da qual não houve qualquer recurso; III- É cabível a comutação da multa por descumprimento de decisão judicial concessiva de liminar, tanto por ser de aplicação apenas condicional como por haver previsão legal para a sua imposição, conforme o art. 461, §§ 3º e 4º do CPC. Ademais, a multa, no caso, possui caráter garantidor e a sua exclusão importa em incentivo ao descumprimento da decisão judicial.; IV- A execução provisória da multa não deixa de ser uma forma de tornar efetiva a liminar concedida. Do contrário, estaria de alguma forma empalidecida a medida judicial, com o desprestígio da própria decisão antecipatória que estabeleceu a penalidade; V- Provimento parcial do recurso no sentido de que se possibilite o início da execução, observada as disposições do art. 588, II e III do CPC".[88]

JOAQUIM FELIPE SPADONI sustenta que "a exigibilidade da multa pecuniária não recebe nenhuma influência da relação jurídica de direito material"[89]. Para ele, o que autoriza a incidência da multa é a violação a uma ordem do juiz, a violação de uma obrigação processual, e não da obrigação de direito material. E continua:

"A constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor é irrelevante para a exigibilidade de multa pecuniária, justamente porque esta não leva

86. TJRS, 17.ª Câm. Cível, Agravo de Instrumento Nº 70003603743, rel. Des. Eduardo Uhlein, j. em 02/04/2002.
87. TJRJ, 17ª Cám. Cível, AI 2006.002.01184, rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, j. em 29/03/2006.
88. TJRJ, 13ª Câm. Cível, AI 2004.002.19626, rel. Des. Ademir Pimentel, j. em 27/04/2005.
89. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 182.

> em consideração eventual violação da obrigação de direito material, mas de uma obrigação processual, de todo independente daquela"[90].

Por conta disso, o autor sustenta a possibilidade de execução imediata e definitiva do montante da multa, independentemente do resultado final do processo[91].

LUIZ GUILHERME MARINONI, por outro lado, afirma que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão final e desde que esta confirme a antecipação em que se cominou a medida coercitiva. Entende, pois, ao contrário de TALAMINI e de SPADONI, que a coerção pretendida pela imposição da multa está na ameaça de pagamento e não na sua cobrança imediata, razão por que não caberia execução provisória[92], nem tampouco definitiva. Noutro ponto, porém, concorda com TALAMINI: somente o beneficiário-vencedor terá direito a embolsá-la. Daí entender que não é possível a execução provisória, sendo necessário esperar o resultado final do processo para, só então, poder-se exigir o valor da multa[93].

Adota-se o pensamento de EDUARDO TALAMINI, pois, se a decisão que impôs a multa pode produzir efeitos imediatos, em razão da não atribuição de efeito suspensivo ao recurso contra ela interposto, não há como impedir a execução provisória do julgado, que, porém, fica condicionada à vitória do beneficiário da multa.

Efetivamente, somente quando o beneficiário da multa se tornar, ao fim do processo, o vencedor da demanda é que fará jus à execução definitiva do montante. Assim o é porque a multa é apenas um *meio*, um *instrumento* que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio).[94] Como bem pontua GUILHERME RIZZO AMARAL, "seria admitir-se a adoção de técnica para o alcance do nada"[95].

> Parece-nos equivocada a opinião de JOAQUIM FELIPE SPADONI, citada linhas atrás, no sentido de que a multa estaria desvinculada da obrigação material imposta, configurando uma resposta à violação de uma obrigação processual (ordem judicial). Parece que o autor faz aqui uma confusão entre as *astreintes* e a multa por *contempt of court*, que, como já se viu acima, são coisas diferentes.

Esse entendimento tem assento em outros dispositivos legais, distintos do art. 461 do CPC, senão vejamos.

---

90. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*..., cit., p. 184.
91. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*..., cit., p. 180-185.
92. "Se a multa dependesse, para ter efetividade, da cobrança do seu valor, a cobrança faria parte dos instrumentos indispensáveis à efetividade da própria tutela jurisdicional. Contudo não é assim" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*..., ob. cit., p. 109).
93. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*..., ob. cit., p. 111.
94. Neste sentido, acolhendo expressamente nossa argumentação, STJ, 2. T., MC n. 14.186/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 02.06.2009, publicado no DJe de 17.06.2009.
95. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*..., ob. cit., p. 68.

Antes mesmo da atual redação do art. 461 e dos seus parágrafos, a Lei n. 7.347/85, que regula a ação civil pública, já dispunha, em seu art. 12, § 2º, que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento".

> Comentando esse dispositivo, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY afirmam que "a multa é devida desde o descumprimento da liminar, mas exigível somente após o trânsito em julgado da sentença de procedência do pedido. Sendo este improcedente, não mais será devida a multa, por força da eficácia *ex tunc* da sentença, retroagindo a liberação do pagamento à data da concessão da liminar revogada pela sentença".[96]

Aplicando este dispositivo, eis o que já decidiu o STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CÍVEL PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO "PARQUET" COMO FISCAL DA LEI: DESNECESSIDADE. CONCESSÃO DE LIMINAR "IN INITIO LITIS". IMPOSIÇÃO DE MULTA INICIAL: CONVENIÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> I – Tratando-se de ação cível proposta pelo Ministério Público, é desnecessária a intervenção do "parquet" como fiscal da lei.
>
> II – A multa diária prevista no art. 11 da Lei nº 7.437/85 não pode ser confundida com a multa liminar inserta no art. 12 do mesmo diploma.
>
> III – Tratando-se de ação civil pública, é conveniente que a decisão concessiva de liminar seja acompanhada de imposição de multa, a qual, entretanto, só poderá ser cobrada após a formação da coisa julgada.
>
> IV – Recurso especial conhecido e parcialmente e provido".[97]

Também o art. 213, § 3º, da Lei nº 8.069/1990 (ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente), prevê expressamente que "a multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento".

> TALAMINI acha que não é possivel invocar o § 2º do art. 12 da Lei n.º 7.347/85 para dar suporte à tese de que a multa somente é exigível após o trânsito em julgado, se vencedor o seu beneficiário, porque *a)* seria regra especial e expressa nesse sentido, não se aplicando à tutela específica em geral, e *b)* a vigência do dispositivo é questionável, ante a inexistência de semelhante limitação no CDC, que lhe é posterior e, à luz do art. 21 da LACP, é-lhe aplicável[98]. Conquanto não trate expressamente do ECA, seus argumentos poderiam ser erigidos também contra essa legislação.

---

96. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagente em vigor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1550.
97. STJ, 2.ªT., REsp 156291/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 09.10.1998, publicado no DJ de 01.02.1999, p. 149.
98. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, ob. cit., p. 258-259.

> Ao contrário do que o aludido autor pensa, no entanto, entendemos que esses dois dispositivos, conquanto específicos e anteriores ao CDC e ao atual art. 461 do CPC, podem ser encaixados perfeitamente no regramento mais recente, mormente porque com ele não se mostram incompatíveis. Ao revés, configuram um coerente método de integração da lacuna legislativa presente nos arts. 84 do CDC e 461 do CPC.

Deve-se acrescentar ainda que a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), em seu art. 83, § 3º, veio corroborar esse entendimento, trazendo redação idêntica àquelas da LACP e do ECA: "a multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado". Parece que, com isso, a questão está sendo, pouco a pouco, superada.

No sentido do que se defende, eis o que diz a jurisprudência:

> "APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ASTREINTES. INEXIGIBILIDADE. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO. As astreintes fixadas para cumprimento de tutela antecipada somente são exigíveis depois do trânsito em julgado da sentença de mérito que confirme o provimento liminar que as arbitrou. Não tendo as astreintes finalidade ressarcitória, descabido falar-se na sua exigibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, notadamente porque a eventual revogação da tutela antecipada gerará, em princípio, a inexigibilidade da multa arbitrada pela decisão interlocutória. Doutrina e jurisprudência. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME"[99].

> "APELAÇÃO CÍVEL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTE FIXADA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO DECISUM. Não é possível a execução provisória de multa, que tem função de astreintes, fixada em sede de antecipação de tutela. A execução da multa somente é possível após o trânsito em julgado da sentença, embora se possa exigir sua incidência a partir da data de descumprimento da ordem. As duas coisas não se confundem. Uma é a execução e a outra é o *dies a quo* de exigibilidade. Precedentes deste Tribunal. RECURSO DESPROVIDO".[100]

> "PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA DIÁRIA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O objetivo buscado pelo legislador ao prever a pena pecuniária nas ações de obrigação de fazer, nos termos do art. 644, do CPC, se destina a coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa. De qualquer modo a multa só pode ser exigida após o trânsito em julgado da sentença. RECURSO IMPROVIDO".[101]

1.6.7. Crítica à utilização inadequada da multa como medida coercitiva

A multa é a medida coercitiva mais utilizada na prática forense.

---

99. TJRS, 18.ª Câm. Cível, Apelação Cível Nº 70017344631, rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. em 16/11/2006.
100. TJRS, 2.ª Câm. Cível, Apelação Cível Nº 70012173563, rel. Des. Arno Werlang, j. em 12.04.2006.
101. TJRJ, 12ª Câm. Cível, AI 2004.002.23119, rel. Des. Gamaliel Q de Souza, j. em 07.06.2005.

É preciso, por isso mesmo, alertar para o risco de sua utilização inadequada: muita vez, o magistrado impõe a multa para a efetivação de obrigações de pequeno valor ou em face de um demandado que não tem condições financeiras de suportá-la. Num e noutro caso a utilização da multa como medida coercitiva não é recomendável.

Se a obrigação é de pequeno valor, a multa coercitiva pode transformar-se no *principal* objetivo do demandante, que passa a "*torcer*" para que a outra parte não cumpra a decisão. É freqüente a situação, normalmente em Juizados Especiais Cíveis, em que o autor, objetivando ver restabelecido o fornecimento de energia elétrica de sua residência, obtém decisão liminar favorável, com imposição de multa diária, que, após certo tempo, se transforma em vultosa quantia, totalmente desproporcional com o valor patrimonial da obrigação que se buscava efetivar – situação que redundará em enriquecimento injustificado do demandante.

Se o demandado é pessoa sem condições econômicas de suportar a multa, a coerção torna-se inócua.

É preciso, assim, que o magistrado se lembre da *cláusula geral de efetivação*, e "descubra" a medida executiva mais adequada à efetivação da sua decisão. É preciso que o magistrado exercite, com a têmpera necessária, a criatividade judicial autorizada pelo § 5º do art. 461 do CPC. A multa não é a *única* medida coercitiva.

1.6.8. Aumento do valor da multa, dever do credor de mitigar o próprio prejuízo ("duty to mitigate the loss") e o princípio da boa-fé processual: possibilidade de supressio

Há uma interessante questão sobre a *multa coercitiva* (*astreinte*, prevista no § 4º do art. 461 do CPC) que merece exame cuidadoso: a parte, em cujo favor se destina a multa, tem o *dever* de impedir o aumento desnecessário e irrazoável do seu montante? De que maneira incide sobre a posição jurídica do credor o princípio da boa-fé processual?

O tema é instigante e complexo. Tivemos acesso a dois casos concretos, que podem servir como bons pontos de partida para a solução do problema.

a) A autora de uma demanda, em cujo favor se destinava a multa fixada em uma decisão liminar, fez carga dos autos em novembro de 2002, devolvendo-os ao cartório em janeiro de 2007 – cinqüenta e um meses depois, portanto. A devolução dos autos judiciais veio acompanhada de petição contendo pedido de execução de multa diária, em valor superior a R$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais), por suposto descumprimento de ordem judicial que determinava a retirada do nome da autora dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

b) Autor de demanda proposta perante os Juizados Especiais, em que pleiteava o retorno do fornecimento de energia elétrica à sua residência e perdas e danos decorrentes da indevida interrupção na prestação do serviço, obteve decisão liminar, com ordem de *reintegratória*, para que o ilícito fosse removido e o serviço voltasse a ser prestado. Houve fixação de multa diária pelo descumprimento. A sentença ratificou a decisão provisória. Houve recurso da empresa-ré. O autor não noticiou o descumprimento da liminar nem

pediu a execução provisória da sentença. Anos depois, após o trânsito em julgado do acórdão da turma recursal que confirmou a sentença, o autor pediu a execução da multa, cujo montante já se aproximava do primeiro milhão de reais.

Em ambos os casos, como se vê, o valor da multa atingiu valor altíssimo, muito por força do comportamento omissivo do credor-autor.

É preciso investigar primeiro alguns aspectos do direito civil.

O direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*)[102]. Esse dever decorre do princípio da boa-fé (art. 422 do Código Civil)[103], sendo um dos deveres anexos que o tratamento cooperativo do vínculo obrigacional impõe ao credor[104]. Ao não diligenciar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, o credor cometeria abuso de direito, ferindo, portanto, o princípio da boa-fé.

> Nesse sentido, foi aprovado o enunciado n. 169 da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: *"Princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo"*.
>
> É muito importante perceber que o nosso direito positivo contém norma da qual se permite extrair o *dever de mitigar o prejuízo*. Esse "esforço" hermenêutico deve "valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro, com situações em que o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda"[105].
>
> A previsão de *deveres jurídicos para o credor* é uma das principais manifestações do princípio da boa-fé. Como ensina CLÓVIS DO COUTO E SILVA, não caberá ao credor a efetivação da obrigação principal; "caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor"[106].

Segundo VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA, a jurisprudência francesa ora enquadra o dever de mitigar o próprio prejuízo como corolário da boa-fé, ora se vale da proibição de *venire contra factum proprium* como fundamento para punir "o comportamento do

---

102. Ver, a propósito, o art. 77 da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias, de 1980; art. 88 da Convenção de Haia a respeito da lei uniforme sobre venda internacional de objetos móveis corpóreos, de 1964; art. 7.4.8 (1) dos princípios UNIDROIT relativos aos contratos de comércio internacional, publicados em Roma, 1994; art. 9: 505 do Código Europeu de contratos etc. Sobre o tema, FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?" *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004, n. 19, p. 112-113.
103. Assim, FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?", cit., p. 116-117; TARTUCE, Flavio. "A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor." Disponível em http://www.direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1684, acesso em 12.12.2008, às 15h33.
104. Sobre a relação obrigacional como uma relação de cooperação em razão da incidência do princípio da boa-fé, SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Jose Bushastky, 1976, p. 117-120.
105. FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?", cit., p. 110.
106. SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. cit., p. 120.

credor faltoso" [107]. A autora cita como exemplo o caso de um locador, que permaneceu onze anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória do contrato, acabou por ser privado de exercer esse direito, com fundamento na proibição de comportamento contraditório[108].

Parece, porém, que, tendo em vista que o comportamento abusivo é *omissivo* (não evitar o aumento exagerado dos prejuízos), talvez fosse mais adequado referir à *supressio*, e à sua correlata *surrectio*, e não à proibição do *venire contra factum proprium*. Como se sabe, a *supressio* é a perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo *não* exercício em certo lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida[109]; o exercício tardio seria, portanto, contrário à boa-fé[110] e abusivo; a *surrectio* é exatamente a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omisso.

> A *supressio* nasceu na jurisprudência alemã, a partir da aplicação da cláusula geral da boa-fé prevista no § 242 do BGB. Em alemão chama-se *Verwirkung*. *Supressio* é a designação sugerida por MENEZES CORDEIRO, de modo a evitar confusão com institutos semelhantes como a caducidade, preclusão, prescrição, decadência, renúncia etc. [111]

> A consagração dogmática da *supressio* deu-se por ocasião dos problemas econômicos derivados da primeira grande guerra, sobretudo a inflação. Com aumentos imprevisíveis de preço e as dificuldades na realização de certos fornecimentos, o "exercício retardado de alguns direitos levava a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes"[112]. Ao lado disso, havia o direito à correção monetária, construção jurisprudencial, hoje consagrada em lei, que serve, essencialmente, a proteção do credor, como homenagem à boa-fé, que requer, "pela equivalência das prestações e pelo equilíbrio das situações das partes, que se proceda a reajustamentos destinados a compensar a depreciação monetária"[113]. A *supressio* serve como um "contrapeso dessa proteção": "a mesma boa fé exige que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com que o devedor não poderia contar" [114].

O descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo é ato ilícito que viola a cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva, como visto. Como se trata de cláusula geral, não há previsão para a conseqüência decorrente de sua violação. A cláusula geral, como se sabe, é espécie normativa, que, além de ser composta por termos vagos, não estabelece um

---

107. FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?", cit., p. 115.
108. FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?", cit., p. 110-111.
109. "La giustificata aspettativa che il diritto stesso non sarebbe più stato fatto valere". (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971, p. 1.)
110. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797.
111. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 797.
112. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. cit., p. 801. Sobre a evolução da *Verwirkung*, também, RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. cit., p. 14 e segs.
113. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 801.
114. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. cit., p. 802.

preceito; o preceito deve ser determinado pelo órgão jurisdicional, à luz das peculiaridades do caso concreto. Uma das possíveis conseqüências dessa conduta ilícita pode ser a perda, pelo credor, da situação jurídica ativa (posição de vantagem). Foi o que aconteceu no caso do locador, já citado. Tratar-se-ia, então, de uma espécie de *ato ilícito caducificante*[115].

Remanesce a dúvida: toda essa construção teórica, criada para o universo do Direito privado, pode ser aplicada por extensão ao direito processual?

Certamente que sim.

É lícito conceber a existência de um *dever da parte de mitigar o próprio prejuízo, impedindo o crescimento exorbitante da multa, como corolário do princípio da boa-fé processual, cláusula geral prevista no art. 14, II, CPC.*

Como se disse no v. 1 deste *Curso*, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no Direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *supressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito. Trata-se, pois, de mais um *ilícito processual caducificante* (sobre o tema, cf. o capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais, n. v 1 deste *Curso*).

1.7. A utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica

Questão interessante é saber se a *prisão civil* pode ser utilizada como medida coercitiva atípica, com base no poder geral de efetivação previsto no art. 461, §5º, do CPC.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVII, proíbe expressamente a prisão civil *por dívida*, considerando-a possível apenas nos casos de depositário infiel e de dívida alimentar[116]. Resta saber qual a acepção do termo "dívida" utilizada pelo dispositivo constitucional: ele se refere *(i)* a uma prestação qualquer ou *(ii)* apenas à prestação pecuniária?

115. Sobre o tema, BRAGA NETTO, Felipe. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

116. Eis a sua redação: "LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Essa garantia também está prevista em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto Legislativo n. 226/1991, e a Convenção Internacional sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Decreto Legislativo n.º 27/1992. Este último, contudo, não admite a prisão do depositário infiel.

MARCELO LIMA GUERRA resume bem o problema:

> "O inc. LVII [na verdade, inc. LXVII] do art. 5º da CF dispõe que 'não haverá prisão civil por *dívida*, salvo...'. Não se pode ignorar que a expressão *'dívida'* admite ser compreendida com dois significados distintos, a saber: como *'obrigação de pagar quantia'* e como *'obrigação civil'*. Também não se pode desconhecer que, dependendo do significado a ser atribuído à expressão 'dívida', o sentido e o alcance do referido dispositivo constitucional variará *radicalmente*:
>
> a) compreendendo-se 'dívida' como 'obrigação de pagar quantia', a vedação imposta no inc. LVII [inc. LXVII] do art. 5º da CF não exclui a possibilidade de ser admitida no ordenamento o uso de prisão civil para a tutela de outras modalidades de obrigação, sobretudo de fazer ou não fazer;
>
> b) compreendendo-se 'dívida' como 'obrigação civil', então a vedação do inc. LVII [inc. LXVII], do art. 5º da CF é *absoluta*, isto é, exclui o uso de prisão civil fora das hipóteses aí indicadas".[117]

O problema é simples, mas a solução é complexa e longe está de ser pacífica.

EDUARDO TALAMINI entende que a prisão civil não pode ser utilizada como medida coercitiva, em virtude da vedação constitucional contida no art. 5º, inciso LXVII. Entende, com bons argumentos, que quando o texto constitucional se refere a "dívida", quer aludir ao inadimplemento de obrigações em geral, não só as de conteúdo pecuniário. Rebatendo a tese de que "dívida" quer se referir apenas às obrigações pecuniárias, pergunta: "se a regra geral fosse essa, como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária?"[118].

Seguindo essa linha de pensamento, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA[119], CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA[120], JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA[121], ELTON VENTURI[122] e HUMBERTO THEODORO JR.[123], dentre outros, também entendem inadmissível a prisão civil como medida coercitiva, salvo obviamente nas hipóteses admitidas pela Constituição Federal.

---

117. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 135. Entre colchetes acrescentamos a numeração correta do inciso do art. 5º que trata da matéria (LXVII), já que o autor informa, por nítido e plenamente escusável equívoco material, que o inciso seria o LVII.
118. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 302.
119. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 530.
120. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 8, t. 2, p. 623-625.
121. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, n. 5.5.5.3, p. 336.
122. "(...) aceitar-se tal possibilidade sem a previsão legal de procedimento apropriado a tal fim nem da efetiva previsão de limites a esta modalidade de prisão seria descurar-se do princípio constitucional do devido processo legal, o que faz da hipótese proposição de lege ferenda". (VENTURI, Elton. "A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas". *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 171, nota 12.)
123. THEODORO JR., Humberto. "Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p. 30.

> Essa concepção ganhou o reforço do STF, que, ao julgar o RE n. 466.343-1, entendeu que nem mesmo para os casos de depositário infiel é possível a utilização da prisão civil por dívida. Entendeu o STF que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que restringem a prisão civil por dívida à obrigação de alimentos, impedem que se admita a prisão civil para o depositário infiel, mesmo com expressa autorização constitucional. É o quanto estabelecido no n. 25 da súmula vinculante do STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" e no n. 419 da súmula do STJ: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel".

SÉRGIO CRUZ ARENHART sustenta que a vedação constitucional diz respeito apenas à imposição da prisão civil para cumprimento de prestação *decorrente de liame obrigacional*, quer o objeto dessa prestação seja um fazer, um não fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de quantia. Em seu sentir, "a menção a 'dívida', no texto constitucional, é empregada no sentido de débito, vinculada portanto a certo conteúdo obrigacional da prestação".[124]

Sendo assim, embora entenda que "dívida" aí tem acepção ampla, abrangendo prestações pecuniárias ou não, ARENHART admite a utilização da prisão civil como medida coercitiva para cumprimento de ordem judicial, visto que, ainda que esta ordem imponha uma prestação de conteúdo obrigacional, o objetivo maior da prisão seria fazer-se respeitar o poder de império estatal, resguardando a dignidade da justiça[125]. Nesse mesmo sentido, ALEXANDRE CÂMARA[126].

Por fim, há os que sustentam que o termo "dívida" é utilizado no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, no sentido restrito de prestação *pecuniária*. Entendendo dessa forma, admitem a utilização da prisão civil como meio de coerção processual LUIZ GUILHERME MARINONI[127], MARCELO LIMA GUERRA, PONTES DE MIRANDA[128], DONALDO ARMELIN[129], SÉRGIO SHIMURA[130], ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI[131], JOAQUIM FELIPE SPADONI[132], LISE NERY MOTA[133], dentre outros.

Concordamos com MARCELO LIMA GUERRA quando o autor alerta que, diante da ambigüidade do termo "dívida", a questão não pode ser resolvida no plano meramente

---

124. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 392.
125. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, ob. cit., p. 394.
126. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 75.
127. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 292-295.
128. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 12, p. 326.
129. ARMELIN, Donaldo. "A tutela jurisdicional cautelar". *Revista da PGE São Paulo*. São Paulo, 1985, n. 23, p. 137.
130. SHIMURA, Sérgio. "Efetivação das tutelas de urgência". *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 674-675.
131. DOTTI, Rogéria Fagundes. "A crise do processo de execução". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, n. 2, p. 386-387.
132. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*, ob. cit., p. 200-202.
133. MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128-158.

semântico, porque qualquer opinião fundada apenas nisso será absolutamente arbitrária[134]. MARCELO LIMA GUERRA ressalta, ainda, que os que defendem a *tese restritiva* da prisão civil – dando ao termo "dívida" o significado de "obrigação civil" – privilegiam a *liberdade individual* de modo abstrato e absoluto, "uma vez que independente de qualquer circunstância concreta, não se utilizará medida coercitiva como a prisão"[135].

Analisando o problema sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais – e não sob a perspectiva meramente semântica –, já se pode demonstrar a fragilidade da tese restritiva da prisão civil, eis que ela pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta de um direito fundamental (liberdade individual) em relação aos demais direitos fundamentais (vida, integridade física, dignidade, outros tipos de liberdade, devido processo legal, efetividade da tutela jurisdicional etc.). Essa hierarquização apriorística definitivamente não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo quando se percebe que tais direitos são sempre relativos e podem ser episodicamente afastados, quando o magistrado, à luz do caso concreto e do princípio da proporcionalidade, assim o entender, como forma de efetivar um outro direito fundamental.

Dessa forma, optamos pela *tese ampliativa* da prisão civil, *apenas com uma ressalva*: entendemos o termo "dívida" como "obrigação de conteúdo patrimonial", não necessariamente de conteúdo *pecuniário*. Uma obrigação de fazer, de não-fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro de conteúdo patrimonial não pode ser efetivada por prisão civil. Cabe, em tese, *prisão civil* como medida executiva atípica para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não-patrimonial (*non money judgement*).

> O surgimento dos "novos direitos", sem conteúdo econômico (direito ao meio-ambiente, direito à não-segregação racial etc.), trouxe vários problemas de adaptação das antigas técnicas executivas, pensadas originariamente para a efetivação de direitos com conteúdo econômico. A solução desses "novos problemas" passou pelo incremento das formas de tutela específica (*specific performance*), com a criação de novas medidas coercitivas sub-rogatórias, e a extensão da *injuction* para a efetivação dos direitos não-patrimoniais também sob a forma específica, sob pena de configuração de *contempt of court* (desacato à corte)[136]. "(...) o ponto de força da *injuction* está no fato que o obrigado inadimplente pode ser condenado a uma multa fixada discricionariamente pelo Juiz, sem limites, ou também à prisão até que não se decida a cumprir a prestação devida e também ao seqüestro de bem"[137]. Trata-se de instrumento "viril, viável e versátil", que evita "abusos, omissões e obstruções, direcionadas a reduzir a *nada o direito* afirmado no pronunciamento do Juiz"[138].

Essa opção não representa, em absoluto, um desprezo à *liberdade individual*. Apenas significa dizer que a liberdade individual não é (e não pode ser) um valor *absoluto*, de

---

134. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 135. Nesse mesmo sentido, sugerindo que, em vez de se analisar apenas o texto da norma, seja analisado também o seu contexto, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 293.
135. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 135.
136. TARUFFO, Michelle. "A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos", cit., p. 75-76.
137. TARUFFO, Michelle. "A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos", cit., p. 77.
138. TARUFFO, Michelle. "A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos", cit., p. 77.

modo que ela deve, sim, ser protegida, mas *pode* também ser restringida nos casos em que a prisão civil se mostrar como único meio idôneo, necessário e razoável à realização de outros direitos fundamentais[139].

Importante a reflexão de LUIZ GUILHERME MARINONI:

> "Em um país em que a multa freqüentemente pode não atingir peso coercitivo, a ameaça de prisão é imprescindível para evitar, por exemplo, a violação dos direitos da personalidade ou do direito ambiental. A não-admissão do seu uso, em razão de um preconceito que não olha para o contexto social do país e para os direitos não-patrimoniais, pode abrir as portas até mesmo para que sejam instituídos 'testas-de-ferro', sem patrimônio, com a única missão de violar direitos"[140].

Vale destacar, ainda, a ponderação de SÉRGIO CRUZ ARENHART:

> "Evidentemente, outros óbices – mais de caráter prático que legal – podem ser opostos à efetiva utilização da prisão civil em tais casos. Inicialmente, não se pode negar que a conjuntura fática do sistema prisional brasileiro não recomenda sequer que criminosos de menor potencialidade ofensiva sejam encarcerados, quanto mais simples réus em ação civil. Também a falta de regulamentação legal pode constituir embaraço para o uso do mecanismo – já que não se tem o prazo em que essa prisão seria viável, a forma de sua determinação etc. Nada obstante esses aspectos, mais operacionais que teóricos ou legais, não se pode, *a priori*, descartar a viabilidade da prisão civil, usada como meio coercitivo para o cumprimento de ordens judiciais. Não é o mecanismo inconstitucional, nem esbarra nas limitações determinadas pelas convenções e tratados referidos. Encontra, ao contrário, respaldo no próprio texto constitucional e tem sua admissão implicitamente contemplada pelo art. 461 do CPC e pelo art. 84 do CDC".[141]

É natural, contudo, que, diante do valor inerente à liberdade individual, a prisão civil – e isso é um ponto pacífico para os que, como nós, a admitem como medida coercitiva atípica – só deve ser utilizada em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio. Deve-se lembrar ainda que essa medida não pode ser utilizada quando o cumprimento da ordem judicial exigir que a parte tenha que dispor de parte de seu de patrimônio[142]. Além disso, o magistrado, antes de decretá-la, deve garantir o exercício do contraditório, permitindo que as partes, sobretudo o destinatário da medida, falem sobre o assunto e, se for o caso, produzam prova para demonstrar o que for necessário[143]. No mais, é prudente que o julgador,

---

139. Vale atentar para o fato de que "uma interpretação que, no marco da teoria dos direitos fundamentais, venha a considerar possível o uso da prisão civil fora das hipóteses do mencionado dispositivo constitucional, não permitiria, de forma alguma, o uso concreto desta medida, em situações concretas, onde não se revelasse necessário, exigível e proporcional proteger um outro direito fundamental, com sacrifício da liberdade individual" (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 135).
140. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 295.
141. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 395.
142. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 294.
143. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 396.

optando por impor a prisão civil, fixe desde logo o seu prazo de duração, salientando que o cumprimento, pelo devedor, da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva.

1.8. A defesa do devedor durante a fase de execução

Em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é natural que ao executado se garanta o exercício do seu direito de defesa também na fase de efetivação do julgado que impõe obrigação de fazer ou não fazer. Em que pese inexistir dispositivo expresso no regramento traçado pelo art. 461 do CPC, essa é uma conclusão a que se pode chegar a partir da análise do texto legal à luz da Constituição.

Em sua defesa, porém, o réu/executado somente poderá trazer defesas de mérito quando fundadas em fatos supervenientes ao trânsito em julgado, sob pena de ofensa à coisa julgada material. A única matéria relativa à fase de conhecimento que pode ser argüida é a falta ou a nulidade de citação, visto que se revela como vício *transrescisório*. Além disso, poderá argüir defesas processuais, relacionadas à fase de efetivação, inclusive aquelas referentes às medidas de apoio adotadas pelo magistrado.

Essas defesas deverão ser trazidas por meio de *petição simples* a ser acostada aos próprios autos do processo. O seu oferecimento, seguindo o trilho do que ocorre com a impugnação à execução das decisões que impõem obrigação de pagar quantia, não suspende o curso da fase de execução, admitindo-se, porém, que o magistrado atribua esse efeito quando presentes os pressupostos para tanto (art. 475-M, CPC).[144]

Nada obsta que, para evitar tumulto processual, mormente nos casos em que a defesa exigir dilação probatória, o juiz determine a sua autuação em apartado, o que não significará, em absoluto, que ela dará ensejo a processo novo.

2. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA (ART. 461-A DO CPC)

2.1. Evolução histórica e abrangência do art. 461-A do CPC

Antes de 2002, alguns procedimentos especiais previam mecanismos para a concessão da tutela específica das obrigações de entrega de coisa distinta de dinheiro. É o que ocorre com as ações de depósito, de despejo, além das ações possessórias. Não bastasse isso, a Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal n. 9.099/1995) passou a admitir a imposição da multa coercitiva também para a efetivação das obrigações de dar coisa (art. 52, V).

Nos casos, porém, em que não se contava com um procedimento especial, predominava o entendimento de que as medidas atípicas previstas no art. 461, § 5º, do CPC, para a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer não poderiam ser estendidas às ações em que se buscava a imposição de uma ordem para entrega de coisa.

144. Essa é, aliás, a diretriz a ser seguida também para os embargos de devedor nas execuções de título extrajudicial, que não mais têm efeito suspensivo, embora esse efeito lhes possa ser atribuído pelo juiz (art. 739-A, *caput* e § 1º, CPC). Trata-se de alteração implementada pela Lei Federal n.º 11.382/2006.

> Há muito tempo, a propósito, o Supremo Tribunal Federal já firmara orientação jurisprudencial, consolidada no enunciado n. 500 da sua súmula, de que "não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar".

Além de fundar-se na restrição contida no *caput* do art. 461 – que apenas fazia menção à tutela específica das obrigações de *fazer* e de *não fazer* –, esse entendimento tomava por base a premissa de que a entrega de coisa poderia ser obtida mediante a utilização de meios sub-rogatórios, o que impedia o juiz de impor uma ordem acompanhada de medida coercitiva indireta que induzisse ao seu cumprimento pelo devedor.

A despeito disso, e apesar de inexistir dispositivo legal que expressamente o dissesse, algumas vozes na doutrina sustentavam a extensão do poder geral de efetivação previsto no § 5º do art. 461 também para as ações em que se buscasse a entrega de coisa[145].

Além disso, parte da doutrina entendia que, ainda que não contasse com expressa previsão legal, a decisão que impusesse a entrega de coisa e estivesse fundada em *direito real* do autor em face do réu tinha caráter executivo, independendo, por isso, do manejo de uma ação de execução autônoma para que fosse efetivada[146]. Tudo isso em razão da peculiaridade do direito material discutido no processo, o que movia o autor a buscar *a coisa*, e não *o cumprimento de uma obrigação*[147].

> Era relevante, portanto, distinguir as *espécies* de obrigação de dar, que tanto pode consistir numa obrigação de *restituir* como numa obrigação de *dar propriamente dita*. No primeiro caso (obrigação de restituir), busca-se a devolução de coisa de que já se é proprietário; trata-se, pois, de ação real. Já no segundo caso (obrigação de dar propriamente dita), busca-se a entrega de coisa sem fundamento no direito de propriedade; trata-se, com isso, de ação pessoal. A depender do fundamento do direito à obtenção da coisa, portanto, a decisão que o reconhecesse seria, ou não, executiva.

Em vista do sucesso alcançado pela alteração do art. 461 do CPC, a Lei Federal n. 10.444/2002 veio estender às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro a mesma forma de efetivação das obrigações de fazer e de não fazer, priorizando a tutela específica também desse tipo de dever, esteja ele fundado em direito real ou pessoal[148]. Com isso, conseguiu criar um sistema bem mais eficiente de tutela, na medida em que, também para esses casos, fez previsão de uma execução *sine intervalo*, concedendo ao magistrado um poder geral de impor a medida coercitiva (direta ou indireta) que mais se adequasse à tutela do bem da vida em disputa.

---

145. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 171-172.
146. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, cit., p. 427.
147. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 487-489. O autor afirma o seguinte: "Ora, o direito processual não pode remodelar o direito material, mas apenas, e seguindo nitidamente o seu perfil, dar-lhe técnica processual adequada" (p. 486).
148. "Buscando o máximo de efetividade, o legislador nivelou por cima as modalidades de obrigação, permitindo que as ações fundadas em direito pessoal (obrigacional) tenham a mesma força executiva das ações reais" (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219).

Em função disso, as regras contidas no art. 461-A do CPC se prestam a regular o procedimento de efetivação das obrigações (sentido amplo) de dar coisa distinta de dinheiro[149]. Abrange, com isso, as obrigações de *restituir* e as de *dar propriamente ditas*, bem assim as obrigações de dar *coisa certa* ou *incerta*, *fungível* ou *infungível*, *móvel* ou *imóvel*, desde que calcadas em título executivo judicial. Se a obrigação estiver contida em título executivo extrajudicial, o mecanismo de efetivação a ser utilizado é o previsto nos arts. 621 a 631 do CPC.

Para finalizar, deve-se ver que, malgrado exista um procedimento próprio de execução da obrigação de dar coisa contida em título executivo extrajudicial (mediante processo autônomo), nada impede que o credor opte por ajuizar uma ação cognitiva com o fito de obter a efetivação mediante as técnicas previstas no art. 461-A do CPC (que são as mesmas previstas no art. 461, conforme se verá adiante). Não lhe faltaria interesse de agir, visto que as medidas de apoio previstas nesses dispositivos, em razão da atipicidade aí estabelecida, mostram-se potencialmente mais efetivas que aquelas previstas no procedimento disposto nos arts. 621 a 631 do CPC[150], isso sem contar com a possibilidade, conferida pelo legislador, de ser concedida a tutela antecipatória na ação cognitiva fundada no art. 461-A.

Igualmente, não se poderia falar em ausência de interesse de agir nos casos em que o autor estivesse munido de prova escrita sem eficácia de título executivo, com aptidão, portanto, para municiar eventual ação monitória (art. 1.102-A, CPC): a ação monitória é procedimento especial facultativo, cabendo ao demandante optar por ele ou pelo procedimento comum.

Do mesmo modo, ainda que haja um procedimento especial para que se possa alcançar a tutela específica da obrigação de dar coisa (mandado de segurança, reintegração de posse, ação de depósito etc.), nada impede que o magistrado se valha, subsidiariamente, das medidas de apoio previstas para as ações que sigam o rito comum ordinário.

> Quanto à última assertiva, EDUARDO TALAMINI, embora concordando com o pensamento ora exposto, ressalva, corretamente, a ação de despejo, tendo em vista o objetivo do legislador ao lançar mão das técnicas de tutela dos direitos decorrentes das relações locatícias. Em razão da busca, pela chamada Lei do Inquilinato (Lei Federal n.º 8.245/91), do equilíbrio entre a proteção do locatário e a eficiência dos instrumentos postos à disposição do locador, a utilização, ainda que subsidiária, dos mecanismos previstos nos arts. 461 e 461-A do CPC poderia subverter essa intenção legislativa, desestabilizando a diretriz então traçada. Por esta razão, o autor, citando dispositivos da lei italiana com ressalvas nesse sentido, alerta que a subsidiariedade aí deve ser vista com muita cautela[151].

149. É importante ressalvar isso, afinal a decisão que impõe uma obrigação de pagar quantia também é, em última análise, uma decisão que impõe obrigação de dar coisa (dinheiro). Sucede que o regramento de que ora se fala somente valia, e somente vale, para a efetivação das decisões que impõem obrigação de dar coisa distinta de dinheiro. As que impõem obrigação de pagar quantia hoje são efetivadas de acordo com o sistema indicado nos arts. 475-J e seguintes do CPC (ver o capítulo sobre cumprimento de sentença).

150. Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 471.

151. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., ob. cit., p. 474.

2.2. Forma de efetivação (art. 461-A, *caput* e § 2º, CPC) e aplicação dos mecanismos previstos para o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer (art. 461-A, § 3º, CPC)

Uma análise do art. 461-A do CPC revela que o legislador separou em momentos distintos o procedimento de efetivação das decisões que impõem a entrega de coisa distinta de dinheiro.

Inicialmente, o juiz deve conceder ao devedor um prazo para o cumprimento espontâneo da obrigação imposta (art. 461-A, *caput*, CPC[152]).

Somente se não houver o cumprimento espontâneo é que, então, serão tomadas medidas de apoio, consistentes, a princípio, na busca e apreensão da coisa, se for móvel, ou na imissão na posse, se for imóvel (art. 461-A, § 2º, CPC[153]).

Se, ainda assim, não for possível a obtenção da tutela específica, pode o juiz valer-se de qualquer outra medida coercitiva, indireta ou sub-rogatória, com base no seu poder geral de efetivação (art. 461-A, § 3º[154], c/c art. 461, § 5º, CPC).

Importante a ponderação de MARCELO ABELHA RODRIGUES:

> "É de 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, já que, 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 plano real e concreto a tutela específica, antecipando o momento executivo, ou seja, antecipando a imissão ou busca e apreensão do bem".[155]

Mesmo, porém, nos provimentos judiciais não-urgentes, poderá o juiz modificar esse *iter* procedimental quando as circunstâncias do caso concreto revelarem ser esse o caminho mais adequado. É o que se dá em relação aos deveres instrumentais do devedor, como, por exemplo, o de indicar onde está localizada a coisa móvel. É o que se dá também nos casos em que a busca e apreensão ou a imissão na posse não se revelarem medidas adequadas[156].

O § 3º do art. 461-A faz expressa referência à aplicação dos §§ 1º a 6º do art. 461 às decisões que impõem a entrega de coisa. A disposição não só é importante por expandir o sistema de *execução imediata* para as decisões que impõem a entrega de coisa, como também porque, por meio dela, se conferiu ao juiz o mesmo poder geral de efetivação de que é titular para impor o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer. Por isso mesmo,

---

152. Art. 461 do CPC: "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".
153. § 2º: "Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel".
154. § 3º: "Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".
155. RODRIGUES, Marcelo Abelha et alli. *A nova reforma processual*, ob. cit., p. 231.
156. Nesse sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*..., cit., p. 473.

valem aqui as considerações feitas anteriormente nos itens relativos às técnicas processuais adequadas à tutela das obrigações de fazer e de não fazer, e à multa coercitiva (v. *supra*).

> Marinoni traz um bom exemplo: pense na situação em que a coisa devida é um grande e pesado equipamento, que exige dispêndio considerável de dinheiro para que seja desmontado e transportado. Nessa situação, a multa coercitiva pode revelar-se como medida mais econômica e eficaz para o autor, fazendo-se substituir à busca e apreensão[157].

2.3. A prisão civil como medida coercitiva para efetivação das obrigações de entrega de coisa

Como se viu acima, entendemos lícita, como medida extrema, a utilização da prisão civil como técnica coercitiva para compelir ao adimplemento das obrigações de fazer e de não fazer de conteúdo não-patrimonial.

Cumpre, agora, indagar se esse mesmo raciocínio se aplica à sua utilização como técnica para forçar o cumprimento de uma obrigação de entregar coisa. A discussão é pertinente, na medida em que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVII, somente se refere à sua utilização nas dívidas alimentares e nos casos em que o depositário da coisa se negar a devolvê-la (depositário infiel)[158].

Vem então a questão: quando a prestação tiver por objeto a entrega de uma coisa, somente se admitirá a prisão civil como técnica coercitiva nos casos de depositário infiel ou em quaisquer outros casos? E essa questão se torna ainda mais problemática quando se percebe que, atualmente, em face do que prescreve o art. 7º, § 7º, da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27/1992[159], tem aumentado o número de críticas à utilização da prisão civil até mesmo nos casos de depositário infiel.

É fundamental a leitura do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP, onde se faz uma exposição de todo o assunto, com riqueza de detalhes. O Ministro chega à conclusão de que, apesar de os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que foram assinados e ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 não terem o *status* de norma constitucional, "desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel". O julgamento desse recurso foi concluído em 03 de dezembro de 2008, tendo o STF reconhecido que *não há mais base normativa para a prisão civil do depositário infiel;* segundo o noticiário do próprio STF, deste mesmo dia:

---

157. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 516.
158. Eis a sua redação: "LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".
159. A referida Convenção apenas admite a prisão por dívida alimentar, não se referindo à prisão do depositário infiel. Eis a redação do art. 7º, n. 7: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judical competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

"O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor – excetuado o inadimplente com alimentos – e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos". Seguindo essa linha de entendimento, É o quanto estabelecido no n. 25 da súmula vinculante do STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" e no n. 419 da súmula do STJ: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel".

Guardando coerência com as premissas que traçamos anteriormente, entendemos que, analisada a questão à luz da teoria dos direitos fundamentais, é possível, sim, a imposição da prisão civil como técnica coercitiva em hipótese de obrigação de entrega de coisa de conteúdo não-patrimonial, como, por exemplo, a entrega de medicamento.

Sucede que, tal como já dissemos, essa medida deverá ser utilizada *apenas em último caso*, desde que o valor que se busca resguardar se mostre, no caso concreto, mais relevante do que a liberdade individual do devedor[160].

2.4. A efetivação da decisão nos casos em que houve alienação da coisa litigiosa para terceiro

A citação válida, segundo a dicção do art. 219 do CPC, tem por efeito tornar litigiosa a coisa ou o direito objeto da demanda[161]. Na opinião de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,

> "a litigiosidade não decorre nem da propositura da demanda, nem da citação, mas exatamente do fluir da demanda, da litispendência, em suma, perdurando, em razão disso, para além daqueles marcos, que são apenas determinantes do seu início".[162]

Sendo, pois, um efeito da litispendência (no sentido de pendência do processo), a litigiosidade da coisa tem seu marco inicial com a propositura da demanda (art. 263, CPC) e se exaure com a extinção do processo. A citação válida corresponde ao momento a partir do qual os seus efeitos – já existentes – se estendem à pessoa do citado. Dessa forma, não ocorrida a citação, a alienação, pelo autor, da coisa ou do direito, já então litigioso, faz incidir plenamente o regramento previsto no art. 42, *caput*, do CPC, mantendo inalterada a sua legitimidade ativa.

---

160. Nesse sentido, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 176.

161. "Discute-se, em doutrina, se a litigiosidade, como efeito da litispendência, produz efeitos materiais ou apenas processuais. Na verdade, a litigiosidade compartilha das duas ordens de efeitos; há efeito material porque age para fora do processo e a eficácia da sentença em relação ao adquirente é um dos exemplos mais evidentes (art. 42, § 3º); processual porque interfere no processo mesmo, daí, v. g., a não alteração de legitimidade das partes (art. 42, *caput*), a possibilidade de substituição (art. 42, § 1º) ou de inserção do adquirente no processo (art. 42, § 2º)" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 98).

162. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*, ob. cit., p. 97.

"Quanto ao réu, como já foi ressaltado, é a citação o marco inicial da litigiosidade. Trata-se de condição (legal) suspensiva dos efeitos da litispendência"[163], o que quer dizer que, somente após a citação válida, a alienação, pelo réu, da coisa ou do direito litigioso vai implicar as conseqüências previstas no art. 42 do CPC.

Segundo esse artigo, a alienação da coisa litigiosa é ineficaz em relação ao processo e, por isso, não altera a legitimidade das partes. Não bastasse isso, nos casos em que a coisa alienada é objeto de discussão em ação real, considera-se que há aí fraude à execução (art. 593, I, CPC). Por esse motivo, o alienante passa a funcionar no processo como verdadeiro *substituto processual* do adquirente, defendendo em nome próprio os seus interesses. Nesse caso, o terceiro adquirente poderá ingressar no processo sucedendo[164] o alienante, desde que com isso consinta a parte contrária (art. 42, § 1°, CPC). Poderá também simplesmente intervir no processo assistindo o alienante (art. 42, § 2°, CPC). Se se mantiver alheio ao processo, a decisão aí proferida atingirá a esfera jurídica desse terceiro adquirente.

É exatamente aqui que se quer chegar.

Quando a coisa a ser entregue estiver em mãos de terceiro, o credor poderá optar entre *(i)* pleitear a conversão da prestação em perdas e danos (art. 461, § 1°, c/c art. 627, CPC) ou *(ii)* pleitear que se expeça ordem para que o terceiro entregue a coisa, sob pena de busca e apreensão, imissão na posse ou qualquer outra medida coercitiva prevista no art. 461, § 5°, do CPC.

Como se viu, justamente porque a decisão aí proferida tem eficácia contra o terceiro (art. 42, § 3°, CPC) é que se pode cobrar dele a entrega da coisa. Caberá a esse terceiro, se quiser discutir a ordem judicial que lhe impôs a entrega, manejar embargos de terceiro, mas, para isso, deverá depositar a coisa (art. 626, CPC).

2.5. Incidente de individualização da coisa a ser entregue (art. 461-A, § 1°, CPC)

As técnicas de tutela previstas no art. 461-A servem tanto para a efetivação de decisões que impõem a entrega de coisa *certa* como *incerta*.

Considera-se *coisa incerta* aquela determinada ao menos em relação ao gênero e à quantidade (art. 243, CC), sem menção à qualidade. É o caso, por exemplo, do pedido para que o réu entregue duas mil cabeças de gado bovino, sem que se diga a raça ou que se tragam maiores detalhes sobre os animais a serem entregues.

Coisa certa, por sua vez, seria aquela perfeitamente individualizada em relação ao gênero, à quantidade e à qualidade. Para ficar no mesmo exemplo antes trazido, é o caso do pedido para que o réu entregue duas mil cabeças de gado bovino da raça Nelore, identificadas com a marca de um determinado criador ou pertencentes a uma determinada estirpe.

> Não se pode confundir *obrigação genérica*, que é aquela cujo objeto tem por conteúdo coisa incerta, com *obrigação alternativa*. A relação jurídica obrigacional pode

163. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*, ob. cit., p. 103.

164. O ingresso do terceiro em lugar da parte originária dá lugar a uma sucessão processual, e não a uma substituição processual, como equivocadamente afirma o dispositivo legal em comento.

ter *(i)* objeto único ou *(ii)* plúrimo. Sendo único o seu objeto, diz-se que se trata de obrigação simples; sendo plúrimo, tem-se uma obrigação composta. A obrigação composta pode ser *(a)* cumulativa ou *(b)* alternativa.

Será *cumulativa* quando houver mais de uma prestação e o devedor, para obter a quitação, tiver de cumprir todas elas.

Será *alternativa* quando houver mais de uma prestação e o devedor puder exonerar-se pelo cumprimento de apenas uma delas[165]. Em regra, a escolha da prestação, na obrigação alternativa, caberá ao devedor, salvo quando houver disposição em contrário (art. 252, CC). Consideram-se as *obrigações alternativas* como compostas, pois há previsão de mais de uma prestação como forma de extinção da obrigação (arts. 252-256 do CC-2002): *plures sunt in obligatione, una autem in solutione*.[166]

As chamadas *obrigações facultativas* são obrigações simples, que muito se assemelham às alternativas, mas apenas sob a ótica do devedor, que poderá eximir-se da obrigação efetivando qualquer das prestações possíveis; tem ele a faculdade de escolha da prestação a ser cumprida, embora somente uma delas seja a devida: existem uma prestação *in obligatione* e uma *in facultate solutione*. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, não cuidou expressamente delas. A diferença entre as modalidades de obrigação reside no fato de que nas facultativas a segunda prestação é acessória, se a primeira perecer, perecerá a obrigação; nas alternativas, a obrigação só perece se ambas perecerem. Cumpre advertir que a prestação *in facultate solutione* não pode ser exigida pelo credor, que não tem sobre ela direito de crédito.[167] Nas obrigações alternativas, ao contrário, todas as prestações podem ser exigidas, cabendo a escolha ao credor ou devedor, conforme seja.

A obrigação será, por outro lado, *genérica* quando seu objeto tiver por conteúdo uma coisa incerta (vale lembrar, determinada em relação ao gênero e à quantidade apenas). Assim, uma obrigação pode ser simples e genérica, quando tiver por objeto único a entrega de uma coisa incerta; pode também ser composta e genérica, quando uma ou todas as suas prestações envolverem a entrega de coisa incerta.

É possível, portanto, que, numa obrigação *alternativa* em que se convencionou que a escolha caberia ao credor, este opte pela prestação que tem por objeto uma coisa incerta. Nesse caso, se nada se convencionou quanto à escolha da coisa a ser entregue, caberá ao devedor essa individualização (é a regra geral contida no art. 244, CC). Por exemplo: num contrato de permuta, as partes convencionaram que um dos contratantes, em troca dos bens permutados, escolheria entre a entrega de um veículo utilitário do ano ou a reforma num determinado prédio (obrigação alternativa, pois o devedor se exonera cumprindo qualquer das prestações). Esse contratante (credor) opta pela entrega de um veículo utilitário do ano; ainda assim, porém, a prestação tem por objeto coisa incerta, razão por que ao devedor caberá

165. CRUZ, Gisela Sampaio da. "Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado". *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 149.

166. Sobre o regramento das obrigações alternativas no Código Civil de 2002, ver com proveito GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 89-93.

167. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 93; ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136-137.

individualizar o veículo utilitário a ser entregue (definirá a marca, o modelo, as características de combustível, a cor etc.).

Em regra, nos casos em que há uma obrigação de dar coisa incerta, a individualização (escolha) dessa coisa cabe ao devedor, salvo quando houver, no título em que a obrigação foi constituída, disposição em contrário (art. 244, CC). Assim, havendo essa disposição em contrário, conferindo ao credor a escolha, a coisa deverá ser individualizada na petição inicial (art. 461-A, § 1º, 1ª parte, CPC). É dizer: se ao credor couber identificar a coisa a ser entregue, já deverá declinar a sua opção na própria inicial, formulando pedido certo e líquido no sentido de que ao réu se imponha o dever de entregar coisa (agora) *certa*.

Casos há, contudo, em que, mesmo cabendo ao credor a escolha, ela ainda não pode ser feita na petição inicial. Pense, por exemplo, nos casos em que a pretensão do autor fundar-se em obrigação alternativa em que a escolha caiba ao devedor (art. 252, CC). Nesse caso, deverá o autor formular pedido alternativo (art. 288, CPC) requerendo que ao réu se imponha a ordem de cumprir a obrigação avençada, devendo ele (réu) optar entre as formas de cumprimento previstas no título. Se a prestação escolhida pelo réu envolver a entrega de coisa incerta e a individualização dessa coisa couber, por força do título, ao credor, este somente poderá individualizá-la após a sentença. Nesses casos – difíceis de ocorrer na prática, mas plenamente possíveis –, nada obsta que a individualização seja feita por petição simples, na fase de execução do julgado[168]. Em situações tais, abre-se um incidente cognitivo na fase de cumprimento da sentença para *liquidação do julgado* – trata-se de espécie de liquidação incidental[169].

Se, no entanto, a escolha couber ao devedor – como, de regra, cabe –, esta escolha deverá ser feita no prazo que dispuser para cumprir a própria obrigação de entregar, de modo que, ao dar a coisa, esta já deverá estar individualizada (art. 461-A, § 1º, 2ª parte, CPC). Se a coisa, porém, não for entregue no prazo determinado, naturalmente que o credor, solicitando ao juízo que tome providências executivas (medidas de apoio), passará a ter o direito de individualizá-la, ou então verá comprometida a satisfação do direito que já lhe fora certificado[170].

Qualquer que seja a parte que faça a individualização da coisa, a escolha não pode ser arbitrária, recaindo sobre a de pior nem a de melhor qualidade (art. 244, 2ª parte, CC[171]).

---

168. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 503; ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

169. Ver, no capítulo relativo à liquidação de sentença, o item referente à liquidação incidental. Cândido Rangel Dinamarco nega o caráter liquidatório deste incidente e, por isso, chama-o de "incidente de concentração das obrigações" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 634-635). Isto porque, como informado no capítulo em que tratamos de liquidação de sentença, o autor tem entendimento mais restritivo acerca do conceito de liquidação.

170. É também o entendimento de MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. ob. cit., p. 504.

171. Art. 244 do CPC: "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 a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor".

Em atenção ao princípio do contraditório, a individualização feita pela parte poderá ser impugnada pela parte contrária. Assim, se o autor fez sua escolha na petição inicial, caberá ao réu falar sobre o assunto na contestação, sob pena de preclusão. Se, porém, a opção foi feita pelo credor após a sentença (liquidação incidental), deverá o juiz ouvir o devedor, fixando-lhe prazo razoável para falar. Se a escolha couber ao devedor, poderá o credor, no prazo fixado para o cumprimento da ordem, enjeitar a coisa entregue, fundamentando a sua rejeição.

Em qualquer caso, havendo controvérsia sobre a qualidade da coisa escolhida, poderão as partes valer-se de todos os meios de prova permitidos em lei para a demonstração de sua tese (art. 332, CPC), inclusive a prova pericial. Caso essa necessidade surja na fase executiva do procedimento, abrir-se-á necessariamente um incidente cognitivo para apuração e solução da questão.

2.6. A conversão do dever de entregar coisa em perdas e danos (art. 461-A, § 3º, c/c art. 461, § 1º, CPC)

2.6.1. Regra geral

Aplica-se aqui, de uma forma geral, o que se disse no item relativo à conversão das obrigações de fazer e não fazer em perdas e danos (v. *supra*). É necessário, contudo, fazer as adaptações seguintes.

2.6.2. Os casos em que é possível a opção pela conversão em perdas e danos

Dentre os dispositivos tomados "por empréstimo", se assim se pode dizer, pelo art. 461-A, § 3º, ao art. 461, está o § 1º, segundo o qual se admite que o credor, por opção sua ou quando se tornar impossível a obtenção da tutela específica, requeira a conversão da obrigação em perdas e danos.

A questão que se coloca é a de saber se é possível ao autor optar *livremente* por receber o valor relativo às perdas e danos em vez de receber a coisa devida. Vale a pena transcrever o raciocínio de MARCELO ABELHA RODRIGUES:

> "O questionamento se mostra pertinente pelo fato de que, enquanto na obrigação de fazer e não fazer, para a qual foi criada a regra do parágrafo único [na verdade, § 1º], o objeto da obrigação ainda não existe fisicamente, pois o comportamento esperado exige uma realização concreta por parte do devedor (salvo quando o comportamento é tolerar ou abster), na obrigação de entrega de coisa o bem devido existe e está indevidamente na posse do devedor ou terceiro. Ademais, por que optar por perdas e danos se o bem existe e pode ser restituído?"[172]

172. RODRIGUES, Marcelo Abelha et alli. *A nova reforma processual*, ob. cit., p. 232-233. Acrescentamos a informação entre colchetes.

Efetivamente, ao regular a obrigação de dar coisa, o Código Civil não parece ter conferido ao credor a mesma liberdade de escolha que conferiu ao regular as obrigações de fazer e de não fazer. Salvo nos casos em que a coisa se perdeu ou se deteriorou por *culpa* daquele em cuja posse se encontrava (hipóteses de impossibilidade de cumprimento na forma específica), o credor não poderá optar *livremente* pelas perdas e danos como lhe é facultado nas obrigações de fazer ou de não fazer.

Ao que parece, afora os casos em que há consentimento do executado ou em que a coisa se perdeu ou se deteriorou (hipóteses, como se disse, de conversão por impossibilidade de execução na forma específica), essa conversão somente será possível, segundo o art. 627 do CPC[173]: *(i)* quando o devedor foi exortado a entregá-la e não a entregou, caso em que, mais que inadimplemento, tem-se verdadeira recusa de cumprimento de ordem judicial; *(ii)* se a coisa não for encontrada; *(iii)* se a coisa se deteriorou *(iv)* ou quando não for reclamada do poder de terceiro adquirente[174].

Em outras palavras, a conversão em perdas e danos não pode decorrer de mera *opção* do credor ou do titular do domínio sobre a coisa nos casos em que essa coisa existe e está em poder do executado. Deve-se, pois, dar ao executado a oportunidade de entregar a coisa. Em não entregando no prazo fixado ou não sendo ela encontrada, aí sim poderá o credor optar pelas perdas e danos.

2.6.3. Deterioração ou perda da coisa e possibilidade de conversão em perdas e danos

2.6.3.1. Introdução

Sucede que, mesmo nos casos em que a coisa se deteriorar ou se perder, nem sempre se poderá falar em conversão da prestação em perdas e danos. Nesse particular, deve-se distinguir se a coisa a ser entregue é *certa* ou *incerta*. No primeiro caso (coisa certa), deve-se distinguir também se se trata de obrigação de *dar coisa propriamente dita* ou de *restituir*.

Nos casos em que a obrigação de entregar a coisa tem fundamento na posse, é importante também distinguir se essa posse é de boa ou de má-fé.

Vamos por partes.

2.6.3.2. Obrigação de dar ou de restituir coisa certa

Em se tratando de obrigação de entregar coisa *certa*, podemos distinguir os casos *(a)* de dar coisa propriamente dita e *(b)* de restituir.

(a) Obrigação de dar coisa certa propriamente dita:

---

173. Por regular o assunto nos casos de execução de título extrajudicial para entrega de coisa, o dispositivo deve ser aplicado subsidiariamente à hipótese.

174. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 526.

(a.1) perda ou *deterioração SEM culpa* do devedor: se a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente uma condição suspensiva (a interposição, por exemplo, de um recurso dotado de efeito suspensivo), fica resolvida a obrigação para ambas as partes (art. 234, 1ª parte, CC), sem que se possa falar em conversão em perdas e danos; se a coisa se deteriorar, também sem culpa do devedor, o credor poderá resolver a obrigação, sem conversão em perdas e danos, ou aceitar a coisa, abatido do seu preço o valor que perdeu (art. 235, CC). Ressalva-se, porém, a situação em que o devedor está em mora, caso em que, ainda que sem culpa sua, a perda ou deterioração da coisa dá ensejo à conversão da obrigação de dar coisa propriamente dita em indenização (art. 399, CC).

(a.2) perda ou *deterioração COM culpa* do devedor: havendo culpa do devedor, aí sim o credor fará jus ao pagamento do valor pecuniário da coisa perdida ou deteriorada acrescido de perdas e danos (arts. 234, 2ª parte, e 236, 1ª parte, CC), ou ainda, no caso de ter-se ela deteriorado, poderá exigir a coisa no estado em que se encontra acrescida de indenização por perdas e danos (art. 236, 2ª parte, CC).

(b) Obrigação de *restituir coisa certa*:

(b.1) perda ou *deterioração SEM culpa* do devedor: se a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, o credor sofrerá a perda, resolvendo-se a obrigação sem direito a perdas e danos, ressalvados os seus direitos até o dia da perda (art. 238, CC)[175]; se a coisa se deteriorar, sem culpa do devedor, o credor a receberá tal como ela se ache, sem direito a qualquer indenização (art. 240). Do mesmo modo, ressalva-se aqui o devedor que está em mora, hipótese em que, mesmo sem culpa sua, a perda ou deterioração da coisa dá ensejo à conversão da obrigação de restituir a coisa em indenização (art. 399, CC).

(b.2) perda ou *deterioração COM culpa* do devedor: se a coisa se perder, com culpa do devedor, responderá ele pelo equivalente acrescido de perdas e danos (art. 239, CC); se a coisa se deteriorar, com culpa do devedor, o credor poderá optar entre receber a coisa deteriorada acrescida de perdas e danos ou receber o valor equivalente à coisa acrescido de perdas e danos (art. 240, CC)[176].

Sintetizando, se o devedor não concorreu com culpa para a deterioração ou perda da coisa, seja nos casos de entrega pura e simples, seja nos casos de restituição, a obrigação resolve-se, não se podendo falar em sua conversão em perdas e danos. Faz-se apenas o alerta de que, em se tratando de obrigação de restituir, o credor, mesmo não havendo

175. Por conta disso, os frutos gerados pela coisa até o dia em que se perdeu deverão ser restituídos ao credor.
176. Luiz Guilherme Marinoni faz esses reparos à redação do art. 240, 2ª parte, do Código Civil, que simplesmente manda aplicar o art. 239 do CC (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 535).

culpa do devedor, fará jus à percepção do que lhe for de direito até o dia em que a coisa se perdeu (p. ex., os frutos que ela gerou).

O devedor somente responderá por perdas e danos se a perda ou deterioração da coisa se deu por culpa sua, ou se estava em mora, caso em que responderá por perdas e danos independentemente de culpa (art. 399, CC). Vale observar que, não havendo nenhum evento anterior que constitua em mora o devedor (art. 397, CC), este é um efeito da citação no processo judicial, ainda quando determinada por juízo incompetente (art. 219, CPC).

2.6.3.3. Obrigação de entregar coisa incerta

Em se tratando de obrigação de entregar coisa *incerta*, antes da sua individualização (pelo credor ou pelo devedor, pouco importa), não pode o devedor alegar perda ou deterioração, ainda que por força maior ou caso fortuito (art. 246, CC).

Como se vê, a responsabilidade do devedor de coisa incerta, como bem anotado por LUIZ GUILHERME MARINONI, é maior do que a do devedor de coisa certa. Esse rigor, ressalta o referido autor, tem fundamento no princípio segundo o qual o gênero nunca perece (*genus nunquam perit*).[177]

Eis, sobre o assunto, o que diz GISELA SAMPAIO DA CRUZ:

> "Essa assertiva de que 'gênero não perece' não é absoluta, mas, ao revés, comporta certos temperamentos, já que o gênero pode ser limitado ou ilimitado, conforme seja mais ou menos amplo ou restrito. No gênero limitado, demarca-se o local ou o patrimônio de onde deve proceder a coisa – por exemplo, o café de determinada fazenda, os livros de determinada biblioteca –, ou, então, estipula-se no contrato que esta seja relativa à determinada época. Desse modo, o perecimento ou a inviabilidade de todas as espécies que o componham, desde que não sejam imputáveis ao devedor, acarretará a extinção da obrigação".[178]

É o que acontece, por exemplo, quando o devedor se obriga a fornecer uma determinada quantidade de medicamentos em cuja fórmula se destaca um certo princípio ativo, sem que lhe seja, contudo, delinida a marca, o laboratório fabricante ou a forma de administração (drágeas, xarope, gotas, pó efervescente etc.). Se, antes da sua individualização, o Estado baixa um ato normativo proibindo a fabricação e comercialização de todo e qualquer medicamento elaborado com base naquele princípio ativo, recolhendo das prateleiras todos

177. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 505.

178. CRUZ, Gisela Sampaio da. "Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado". *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, ob. cit., p. 150. Neste sentido, ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 92. Luiz Guilherme Marinoni, concordando com este pensamento, chama à atenção que o Projeto de Lei n. 6.960/2002 acrescenta a seguinte disposição ao art. 246 do Código Civil: "(...) salvo se tratar de dívida genérica limitada e se extinguir toda a espécie dentro da qual a prestação está compreendida" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 505-506, nota de rodapé n.º 21).

os produtos que estavam sendo comercializados, a prestação na forma específica se torna impossível sem que haja culpa do devedor.

Mesmo em se tratando de obrigação de dar coisa incerta, a inexistência de culpa aí será relevante para afastar a responsabilidade por perdas e danos, haja vista que se extinguiu toda a espécie dentro da qual a prestação estava compreendida.

2.6.3.4. Obrigação de entregar a coisa nos casos em que se discute posse

Quando o pedido de entrega de coisa estiver fundado na *posse* (p. ex., ações possessórias, ação reivindicatória), é importante também verificar se o réu, a quem se dirige a ordem de entrega da coisa, era possuidor de *boa* ou de *má-fé*. Antes de tudo, vale lembrar que é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201, CC).

Se o réu é possuidor de *boa-fé*, ele não responde pela perda ou deterioração da coisa, se não lhe deu causa (art. 1.217, CC), de modo que, em situações tais, não se pode falar em conversão em perdas e danos.

Sendo ele possuidor de *má-fé*, responderá pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais (isto é, sem culpa sua); somente se eximirá dessa responsabilidade se conseguir provar que a perda ou a deterioração sobreviria mesmo que a coisa já estivesse em poder do autor (art. 1.218, CC).

2.6.4. Incidente cognitivo para apuração das perdas e danos

Do mesmo modo que acontece nas obrigações de fazer e de não fazer, a conversão da obrigação de entregar coisa em perdas e danos exigirá, necessariamente, a instauração de um incidente cognitivo durante a fase de execução do julgado.

A única diferença é que as questões a serem resolvidas aqui são outras: *(i)* existência/inexistência de culpa do devedor em relação à perda ou deterioração da coisa, *(ii)* boa ou a má-fé do réu-possuidor, e a contraprova que lhe é facultado fazer nos casos em que estiver de má-fé, e *(iii)* valor equivalente à coisa cuja entrega restou frustrada, bem assim as perdas e danos decorrentes de sua eventual perda ou deterioração.

Também aqui poderão ser produzidas as provas necessárias à resolução dessas questões, sendo que a discussão sobre o *valor pecuniário* da coisa é incidente que, igualmente, se aproximará bastante da liquidação de sentença, podendo o juiz valer-se do seu procedimento como parâmetro, inclusive com a possibilidade de nomeação de perito para apuração desse valor ou a análise de fatos novos, se necessário.

Da mesma forma, concluindo-se pela responsabilidade do devedor/executado e apurado o valor da indenização a ser paga, seguir-se-á o procedimento de efetivação das decisões que impõem obrigação de pagar quantia (art. 475-J e seguintes, CPC).

2.7. A defesa do executado

2.7.1. Regra geral

Tal como se disse acima, quando se tratou da defesa do devedor na execução das decisões que impõem obrigação de fazer ou não fazer, o executado deve ter assegurado o seu direito de defesa, a despeito de inexistir disposição expressa no art. 461-A do CPC.

Valem aqui as mesmas considerações feitas no item em que se tratou da defesa do executado no procedimento de execução das obrigações de fazer ou de não fazer (v. *supra*), sobretudo no que diz respeito à matéria de defesa e a forma como ela deve ser exercida. Aqui, no entanto, é importante fazer algumas outras considerações.

2.7.2. Desnecessidade de prévio depósito da coisa

No caso da efetivação das decisões que impõem a entrega de coisa, surge uma questão interessante: para que possa defender-se, exige-se que a parte deposite a coisa?

Como o art. 461-A é silente sobre o assunto, cumpre investigar se poderia ser aplicado aqui o art. 737, II, do CPC, que determina que a admissibilidade dos embargos de devedor (isto é, a admissibilidade da defesa do executado) depende, nesses casos, do prévio depósito da coisa perseguida. Embora regulando a execução de títulos executivos *extrajudiciais*, parecia ser possível a aplicação subsidiária daquele dispositivo, com as devidas adaptações, ao procedimento de efetivação dos títulos judiciais.

Sucede que esse art. 737 do CPC foi expressamente revogado pela Lei Federal n. 11.382/2006, que veio alterar substancialmente o processo de execução de título extrajudicial. Essa mesma lei, aliás, alterou a redação do art. 736 do CPC, que passou a dispor que "o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos".

Sendo assim, é possível concluir que o exercício da defesa na fase de execução da decisão que impõe dever de entregar coisa não fica condicionado ao seu prévio depósito.

O depósito da coisa tem, agora, a finalidade de permitir a concessão de efeito suspensivo aos embargos do executado (art. 739-A, § 1º, CPC). Assim, no caso da defesa na execução de sentença para a entrega de coisa, a exigência do depósito prévio somente pode ser encarada sob esse prisma.

2.7.3. Impossibilidade de alegar, na fase de execução, direito de retenção por benfeitorias, acessões, melhoramentos e acréscimos

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de o executado alegar, em sua defesa, *direito de retenção* da coisa por conta de benfeitorias que nela tenha introduzido.

Como cediço, o direito de retenção está previsto no art. 1.219 do CC e consiste no poder outorgado ao possuidor de boa-fé de reter a coisa a ser entregue até que a parte adversária lhe pague o valor das benfeitorias necessárias e úteis que nela foram realizadas.

O possuidor de boa-fé tem direito à indenização não só pelas benfeitorias necessárias e úteis, como também pelas benfeitorias voluptuárias que realizar, desde que elas não possam ser levantadas. A diferença é que, quanto a essas últimas (voluptuárias), não lhe assiste direito de retenção para garantir o seu ressarcimento (art. 1.219, CC). O possuidor de má-fé apenas faz jus a uma indenização pelas benfeitorias necessárias por ele introduzidas na coisa, mas não lhe assiste direito de retenção, tampouco o direito de levantar as benfeitorias voluptuárias (art. 1.220, CC).

Nos casos em que se pede a entrega da coisa com fundamento na posse, caberá ao réu/possuidor de boa-fé, já na *contestação* oferecida na fase cognitiva do procedimento, requerer o reconhecimento do seu direito de retenção. Se não o fizer nesta oportunidade, haverá preclusão da oportunidade de valer-se da retenção para forçar a parte adversária ao ressarcimento das benfeitorias[179-180], embora isso não o impeça de manejar ação autônoma para cobrar esse ressarcimento[181].

---

179. É o que se vem entendendo para as ações executivas *lato sensu* para entrega de coisa: "EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NA DEMANDA PRINCIPAL. LIMINAR CUMPRIDA. DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. – Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. Providência não tomada pelo interessado. – Embargos de retenção prejudicados, em face da desocupação do imóvel por força de cumprimento de liminar. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 4ª T., REsp 232.859/MS, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 03.05.2001, publicado no DJ de 20.08.2001, p. 471); "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE TERMO DE RECEBIMENTO DO IMOVEL CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE RETENÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REVELIA. PREJUDICIALIDADE. 1. Em se tratando de ação também possessória, cuja executividade depende apenas da expedição do respectivo mandado de reintegração, o direito a indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, sob pena de preclusão, e não nos embargos de retenção. 2. O julgamento antecipado da lide se faz necessário quando a solução da causa decorrer de questão meramente de direito, hipótese dos autos, não se podendo falar em cerceamento do direito de defesa. 3. Discussão a respeito da existência, ou não, de revelia prejudicada, eis que em nada alterara o resultado da demanda. 4. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3ª T., REsp 54.780/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 01.04.1997, publicado no DJ de 19.05.1997, p. 20628); "PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO DA AÇÃO DE DESPEJO. EMBARGOS DE RETENÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO OU DE RETENÇÃO DE BENFEITORIAS. MOMENTO OPORTUNO. CONTESTAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ALÍNEA "C". AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ART. 255/RISTJ. RECURSO DESPROVIDO. I – Esta Eg. Corte possui entendimento no sentido de que, em se tratando de ação de despejo, o exercício do direito de retenção – art. 35, da Lei n.º 8.245/91, deve ser exercido por ocasião da contestação. Assim, em razão da preclusão, não há se falar na possibilidade de oposição de embargos de retenção por benfeitorias quando da execução da ação de despejo. (...)" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 685.103/MT, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 20.09.2005, publicado no DJ de 10.10.2005, p. 421).

180. Nesse sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer...*, ob. cit., p. 469; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 548-549.

181. Nesse sentido: "PROCESSO CIVIL. AÇÃO POSSESSORIA. NATUREZA DUPLICE E EXECUTIVA. ACOLHIMENTO DE PRETENSÃO REINTEGRATORIA DEDUZIDA EM CONTESTAÇÃO.

Naturalmente que, se as benfeitorias necessárias e úteis somente foram realizadas após o momento em que se ofereceu a contestação, admite-se a alegação posterior do direito de retenção, porquanto fundado em fato superveniente (art. 303, I, CPC). De qualquer sorte, alegado o direito de retenção na contestação ou posteriormente (nos casos em que se fundar em fato superveniente), o valor da indenização pelas benfeitorias deve ser apurado antes da decisão final, e não em liquidação[182].

Se o autor, além da entrega da coisa, pediu também, em sua inicial, o ressarcimento pelos frutos não colhidos e/ou pelos danos sofridos, nada impede que o réu/possuidor de boa-fé, na fase cognitiva, ainda em sua contestação, demonstrando ter realizado benfeitorias necessárias, úteis e/ou voluptuárias na coisa, peça a *compensação* desses valores com o valor pleiteado pelo autor[183]. O mesmo poderá ser feito pelo réu/possuidor de má-fé quanto às benfeitorias necessárias.

Se as benfeitorias forem realizadas após a decisão final que impõe a entrega da coisa, o réu/executado somente fará jus ao ressarcimento do seu valor, *sem direito de retenção*, e desde que se trate de benfeitoria *necessária*, porque aí já será considerado possuidor de má-fé (art. 1.220, CC). Nesse caso, poderá alegar, em defesa apresentada na fase de execução, *compensação* desse valor com outro valor a que eventualmente tenha sido condenado pagar ao autor, eis que se trataria de fato superveniente à sentença (aplicação, por analogia, do art. 475-L, VI, CPC). Se não houver crédito do autor com o qual possa ser compensado, ou se, após a compensação, restar ao réu/executado algum saldo favorável, somente por ação autônoma poderá cobrá-lo.

3. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE (ARTS. 466-A A 466-C, CPC)

Os arts. 466-A, 466-B e 466-C, incluídos pela Lei Federal n. 11.232/2005, trazem dispositivos relacionados à efetivação das sentenças que digam respeito à obrigação de emitir declaração de vontade, que nada mais são que decisões que impõem uma

---

EXPEDIÇÃO DE MANDADO. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NOS ARTS. 621 E 744, CPC. RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. PRECLUSÃO. RECURSO DESACOLHIDO. I – Nas ações possessórias, dada a sua natureza executiva, a posse é mantida ou restituída de plano ao vencedor da demanda, mediante simples expedição e cumprimento de mandado, sendo inaplicável, em casos tais, o disposto nos arts. 621 e 744, CPC. II – Eventual direito de retenção por benfeitorias deve ser postulado quando do oferecimento de resposta a pretensão possessória deduzida pela parte contrária, pena de preclusão. III – A indenização relativa às benfeitorias, se não pleiteada nos autos da possessória, pode ser reclamada em via processual específica" (STJ, 4ª T., REsp 14138/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 20.10.1993, publicado no DJ de 29.11.1993, p. 25882).

182. É o que pensa MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 549.

183. Disso se pode extrair o seguinte: (i) "o autor não possui a possibilidade de pedir compensação após o réu ter afirmado, na contestação, direito de retenção" e (ii) "a compensação, na realidade, poderá ser postulada pelo réu em relação ao pedido de ressarcimento, e não mais pelo autor em relação às benfeitorias" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 550).

obrigação de fazer[184]. Sucede que o *fazer* que elas impõem possui uma forma peculiar de efetivação, na medida em que a própria sentença *substitui* a declaração de vontade do devedor.

Eis a redação dos dispositivos em comento:

> Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.
>
> Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.
>
> Art. 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.

Os três dispositivos não acrescentam nada de novo ao sistema, tendo em vista que repetem textos normativos já existentes.

O art. 466-A é a reprodução literal do antigo art. 641 do CPC (revogado), que foi apenas deslocado topograficamente para a Seção I do Capítulo VIII do Livro I do CPC, que cuida dos requisitos e efeitos da sentença. A mudança justifica-se, pois a sentença que impõe obrigação de emitir declaração de vontade, como se disse, nada mais é que sentença que impõe uma *obrigação de fazer* e, por isso, efetiva-se independentemente da instauração de um processo autônomo de execução, não se justificando, pois, a permanência do enunciado normativo no Livro II do CPC.

O art. 466-B refere-se ao revogado art. 639; o art. 466-C, ao art. 640. A redação permanece a mesma e o transporte dos dispositivos, do Livro II para o Livro I, tem a mesma motivação que levou ao surgimento do art. 466-A. Adotou-se integralmente a lição de BARBOSA MOREIRA:

> "De tudo que se acaba de dizer emerge, com clareza ofuscante, uma conclusão: na verdade, apesar da localização no texto do Código, o assunto de que tratam os arts. 639 a 641 nada tem que ver com o processo de execução, que, por supérfluo, nem chega a formar-se. Aqueles dispositivos regulam questões pertinentes à atividade cognitiva do órgão judicial. O lugar apropriado seria o capítulo referente aos efeitos da sentença".[185]

---

184. Nesse sentido, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 138. Em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., 479-480. Marinoni entende que a obrigação de prestar declaração de vontade não se confunde nem com a obrigação de entrega de coisa, nem com a obrigação de fazer.

185. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'execução' em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade". *Estudos em Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 215.

Há, porém, uma observação de ordem técnica que precisa ser feita. O intérprete deve notar que, não obstante a redação dos dispositivos seja a mesma, a ordem em que eles aparecem foi alterada. Isso tem uma justificativa. O revogado art. 641 do CPC continha *regra geral* sobre a efetivação da obrigação de emitir declaração de vontade; o art. 639 previa *regra especial*. A técnica jurídica não recomenda que uma regra especial preceda uma regra geral, como acontecia[186].

O finado art. 640 do CPC, que estava colocado entre duas regras sobre a obrigação de emitir declaração de vontade, dizia respeito a hipótese particular; deveria, pois, ser colocado após os dois outros artigos, e não entre eles. A nova arrumação dos dispositivos obedeceu a essa lógica.

A obrigação de emitir declaração de vontade é, por sua natureza, uma obrigação de prestação infungível, eis que, como bem pondera TEORI ALBINO ZAVASCKI, "ninguém pode emitir declaração de vontade em nome de alguém e contra a vontade dele"[187]. Sucede que, embora infungível, a sua prestação tem alguma afinidade com as prestações fungíveis, na medida em que o credor não tem interesse na atividade material do devedor, mas sim no *resultado* dela, ou seja, no *efeito jurídico* que dela decorre. Nos casos em que a parte se obriga a emitir declaração de vontade e assim não o faz, deve-se ver que o bem da vida que o credor pretende obter "é a formação da situação jurídica igual à que surgiria se o devedor emitisse a declaração de vontade a que estava obrigado"[188].

Justamente por isso, a efetivação das decisões que impõem esse tipo de obrigação prescinde da utilização de medidas de apoio que visem a convencer o devedor a emitir a declaração de vontade a que se obrigara[189]. Como já se disse, a própria decisão pode *substituir* a vontade do devedor, outorgando ao credor o resultado esperado. Essa possibilidade tem fundamento no caráter peculiar do fazer imposto (emitir declaração de vontade), cujos efeitos se fazem perceber no plano *jurídico*, e não no plano dos fatos. Trata-se de uma verdadeira *sentença executiva*[190].

> BARBOSA MOREIRA, com a clareza que lhe é característica, explica que "o que se passa, muito simplesmente, é que, apesar de não emitida a declaração, os respectivos

186. Barbosa Moreira percebeu e criticou a atecnia legislativa; a alteração legislativa inspirou-se, mais uma vez, em suas lições (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'execução' em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade", cit., p. 210 e 217).
187. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., v. 8, p. 481.
188. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 210.
189. "À medida que o ordenamento estabelece a possibilidade de atingir o demandante o resultado prático que decorreria do adimplemento voluntário da prestação, não haveria qualquer utilidade em provimento que se limitasse a impor ao demandado o dever de efetuar a prestação, que continuaria a depender de vontade e da conduta do devedor" (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75-76).
190. No mesmo sentido, PEIXOTO, Ravi de Medeiros; MACEDO, Lucas Buril de. Aspectos controvertidos da tutela das obrigações de declaração de vontade. CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias. (Org.). *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 333-339.

efeitos se manifestam em virtude da sentença, a partir do trânsito em julgado"[191]. É exatamente o que diz o art. 466-A, CPC.

O art. 466-B trata de uma espécie particular de obrigação de emitir declaração de vontade, que é aquela que tem por fim a conclusão de um contrato.

Quando a parte se compromete a concluir um contrato – normalmente isso se dá quando é celebrado um pré-contrato (uma promessa de contrato ou um contrato preliminar) – e assim não o faz, a outra parte pode pleitear que a sua vontade seja substituída por uma decisão judicial (art. 466-B, CPC, e arts. 463 e 464, CC). É o que se dá também quando há uma promessa unilateral de contratar[192], desde que haja manifestação tempestiva da parte em favor de quem se fez a promessa (art. 466, CC). Mas isso somente pode ser deferido pelo juiz nos casos em que for possível a conclusão do contrato mediante a substituição pura e simples da vontade do devedor; daí o art. 466-B ressalvar "sendo isso possível...".

> Não será possível a substituição da vontade do devedor, por exemplo, quando *(i)* a conclusão do contrato depender também da vontade de terceiro ou da sua intervenção; ou *(ii)* o contrato preliminar não contiver todos os elementos do contrato definitivo (art. 462, CC), eis que ao juiz é dado substituir a vontade, mas não criar as condições e cláusulas do negócio; ou *(iii)* o título expressamente impedir a substituição judicial da vontade da parte; ou ainda *(iv)* no título se convencionou o direito de arrependimento (art. 463, CC).[193]

Esse é o caminho normalmente utilizado para se obter a outorga de escritura pública do imóvel objeto de promessa irretratável de compra e venda, nos casos em que o promitente-vendedor, embora recebendo o preço, não cumpre a sua obrigação de emitir declaração de vontade para conclusão do contrato de compra e venda daquele bem. Em hipóteses tais, a parte pode valer-se do que se convencionou chamar de ação de *adjudicação compulsória*. É também o caminho que pode ser utilizado nos casos em que o proponente se nega a concluir o contrato nos termos propostos ao oblato (v. art. 427 e seguintes, CC).

> ZAVASCKI chama atenção de que, como a sentença substitui a vontade do devedor e faz nascer uma relação jurídica contratual, é natural que, desse contrato que se forma, surjam direitos e obrigações para as partes. É até possível que daí surja direito para terceiro, como ocorre quando, numa demanda para cumprimento de promessa de outorga de fiança, promovida pelo afiançado contra o fiador promitente, o pedido é julgado procedente; nesse caso, a sentença produzirá os mesmos efeitos do contrato de fiança, de forma que dela poderá servir-se o credor do afiançado para exigir, contra o fiador, o pagamento do crédito que é devido.
>
> Nesse caso, salienta o autor, o título formado pela sentença terá a mesma natureza que teria o contrato definitivo, acaso tivesse ele sido espontaneamente concluído, mas o que ficou decidido e transitou em julgado não poderá ser discutido, sob pena

191. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, ob. cit., p. 210.
192. É o que ocorre nos casos em que se faz uma proposta de contrato que atenda aos requisitos previstos no art. 427, CC.
193. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, ob. cit., p. 211-212.

de ofensa à coisa julgada[194]. Assim, por exemplo, o credor do afiançado poderá, com base na sentença, promover contra o fiador execução de título *extrajudicial*, mas o fiador, em sede de eventuais embargos de devedor, não poderá rediscutir os termos da sentença.

Segundo o art. 466-C, quando o pré-contrato ou a promessa unilateral com base em que se pretende pleitear a substituição da vontade do devedor contiver obrigações recíprocas (contrato bilateral), o juiz não poderá substituir a vontade do devedor se o autor não cumpriu a prestação que lhe incumbe, sendo ela exigível. Trata-se de aplicação à espécie da *exceptio non adimpleti contractus (exceção do contrato não cumprido), que é exceção substancial (espécie de contradireito) a ser afirmada pelo réu em sua defesa*[195].

194. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., v. 8, p. 487. Nesse mesmo sentido, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 138-139.

195. Ver, sobre o assunto, o item sobre teoria geral da exceção, no capítulo relativo à resposta do réu e revelia, v. 1 deste *Curso*.

CAPÍTULO XV

EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Execução das obrigações de fazer e de não fazer: 2.1. Introdução; 2.2. Fase inicial: cumprimento voluntário; 2.3. Segunda fase: execução forçada: 2.3.1. Introdução; 2.3.2. A realização da prestação de fato ou do desfazimento do ato indevido por terceiro ou pelo credor; 2.3.3. A realização coercitiva da prestação de fato pelo próprio devedor; 2.3.4. Conversão da prestação de fato em perdas e danos – 3. Execução das obrigações de entrega de coisa distinta de dinheiro: 3.1. Introdução; 3.2. Fase inicial da execução para entrega de coisa certa: cumprimento voluntário; 3.3. Fase inicial da execução para entrega de coisa incerta: individualização da coisa e cumprimento voluntário; 3.4. Segunda fase: execução forçada; 3.5. Alienação da coisa litigiosa para terceiro; 3.6. Conversão da obrigação em indenização por perdas e danos; 3.7. Apuração do valor das benfeitorias indenizáveis.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo é dedicado ao estudo da execução das obrigações fundadas em título executivo extrajudicial, cuja prestação tenha por objeto fazer, não fazer ou entrega de coisa distinta de dinheiro. O Código de Processo Civil cuida do tema no seu Livro II, dedicado ao chamado *processo de execução*.

O legislador aqui, tal como ocorre nos arts. 461 e 461-A, faz uso reiterado da expressão "obrigação", adjetivando-a de acordo com a natureza das prestações a que alude: *obrigação* de fazer, *obrigação* de não fazer e *obrigação* de entregar coisa distinta de dinheiro. A rigor, *obrigação* é apenas uma espécie do gênero *dever jurídico*. Trata-se de dever que tem sua gênese vinculada ao chamado direito obrigacional, no que se distingue de outros tipos de deveres, como aqueles vinculados aos direitos reais, aos direitos de família e aos direitos sucessórios. Ao fazer referência ao termo "obrigação", contudo, o legislador o utiliza num sentido amplo, conferindo-lhe o significado de "dever jurídico". Desse modo, as execuções de que ora tratamos têm por objeto a satisfação de prestações de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, pouco importa se elas decorrem de uma obrigação, em sentido estrito, ou de uma outra espécie de dever jurídico. Utilizaremos a expressão *obrigação*, doravante, numa acepção ampla, como sinônimo de *dever jurídico*.

As obrigações de fazer e de não fazer, como o próprio nome sugere, têm por objeto um *comportamento* do devedor: no primeiro caso, uma conduta positiva (fazer); no segundo, uma conduta negativa (não fazer, abstenção). A sua satisfação implica, portanto, a obtenção da conseqüência prática do comportamento a que se obrigara o devedor[1].

1. Ver, sobre o assunto, o item relativo à abrangência do art. 461 do CPC, no capítulo anterior.

As obrigações de dar têm por objeto a entrega de coisa. Para diferençá-las das obrigações que têm por objeto o pagamento de quantia, e considerando que dinheiro também é coisa – portanto, a execução por quantia também seria, num sentido amplo, uma execução para entrega de coisa (dinheiro)–, costuma-se fazer alusão, no caso particular, à obrigação para entrega de coisa *distinta de dinheiro*.

As obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa distinta de dinheiro podem ser classificadas:

a) conforme a natureza da prestação que têm por objeto: *obrigações com prestação positiva* (fazer e entrega de coisa) e *obrigações com prestação negativa* (não fazer);

b) conforme a possibilidade de a prestação ser realizada por terceiro, ou não: *obrigações fungíveis* (que admitem a realização por terceiro); *obrigações infungíveis* (não admitem a realização por terceiro; são personalíssimas).

Por se tratar de execuções fundadas em título executivo extrajudicial, a atividade executiva, nesses casos, exige, necessariamente, a deflagração de um processo autônomo de execução. A depender, no entanto, da natureza da prestação – fazer, não fazer ou entrega de coisa distinta de dinheiro –, o procedimento executivo tende a variar. Daí termos dedicado itens específicos para cada espécie de execução.

Valem aqui, obviamente, todas as considerações feitas no capítulo relativo à formação do procedimento executivo, porque são considerações gerais, aplicáveis a todos os tipos de procedimento executivo.

2. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

2.1. Introdução

Os arts. 632 a 643 do CPC disciplinam o procedimento executivo da execução das obrigações de fazer e de não fazer fundadas em título executivo extrajudicial. De acordo com o art. 644 do CPC[2], essas regras se aplicam subsidiariamente à execução das obrigações de fazer e de não fazer fundadas em título executivo judicial.

Para fins exclusivamente didáticos, é possível dividir o procedimento executivo de que ora falamos em duas fases: *(i)* a fase inicial, que é a fase de cumprimento voluntário; *(i)* a segunda fase, que é a fase de execução forçada. A primeira fase é preliminar à segunda, no sentido de que, havendo o cumprimento voluntário pelo devedor, a segunda fase nem sequer precisa ser instaurada.

2.2. Fase inicial: cumprimento voluntário

Segundo o art. 632 do CPC, se a prestação executada for obrigação de fazer, "o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver

2. Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.

determinado no título executivo". Como se percebe, ao contrário do que ocorre na execução por quantia, o legislador não estabeleceu um prazo para cumprimento voluntário da obrigação de fazer. Deixou-o a critério das partes, se já há prazo convencionado no título executivo que serve de base à pretensão executiva, ou a critério do juiz, em caso de omissão do título[3]. Fez bem[4].

Ao que parece, dificilmente haverá previsão no título executivo de um prazo para cumprimento voluntário da obrigação.

Como sabido, um dos requisitos para que se possa formular qualquer demanda executiva é a afirmação da inadimplemento do executado. Assim, normalmente quando as partes pactuam um prazo e o estabelecem no título, este prazo é o prazo para cumprimento *normal* da obrigação. O ajuizamento da demanda executiva pressupõe que esse prazo já se escoou sem que tenha havido o normal cumprimento da obrigação por parte do devedor. Desse modo, na prática, caberá ao juiz, levando em consideração a complexidade da prestação, fixar um prazo razoável para o seu adimplemento. Nada obsta que, havendo motivo justificado, ele prorrogue o prazo inicialmente fixado[5].

A fixação do prazo para cumprimento voluntário é um direito subjetivo do devedor, pouco importando se a obrigação executada tem por objeto um fazer *fungível* ou *infungível* (= personalíssimo).

O mesmo vale para a execução que tem por objeto uma obrigação de não fazer. De acordo com o art. 642, "se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assine prazo para desfazê-lo".

Tanto na execução das obrigações de fazer como na execução das obrigações de não fazer, o magistrado, ao despachar a inicial, deve fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. É o que diz o art. 645, CPC. No seu parágrafo único, dispõe que, quando o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo.

Vale aqui tudo o que dissemos, no capítulo anterior, sobre o poder geral de efetivação de que trata o art. 461, §5º, CPC. Assim, pode o magistrado fixar qualquer medida coercitiva, seja ela direta ou indireta, buscando compelir o devedor a realizar a prestação no prazo para cumprimento voluntário. A medida não precisa ser necessariamente a multa, tampouco a multa *diária*. Também não precisa ser a medida eventualmente indicada pelo exeqüente, na sua petição inicial. Pode ser qualquer medida que se mostre, no caso concreto, adequada, necessária e proporcional. O limite da atuação judicial aqui é o princípio da proporcionalidade. Essa conclusão é a mais consentânea com a idéia de que o credor

---

3. Pode-se fixar um *prazo* ou uma *data*, "porque não se pode pensar em prazo se o cumprimento da obrigação há de ser em data determinada e não antes nem depois" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 71).
4. "É intuitivo que não se completa uma ponte num só dia e o pintor não apronta a aquarela num par de horas" (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 524).
5. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 525.

tem um direito fundamental à tutela executiva e, por isso, deve contar com todos os meios necessários à efetivação do seu direito, pouco importa se ele foi certificado judicialmente ou se está contemplado numa das hipóteses de certificação *ex vi legis* (como é o caso dos títulos executivos extrajudiciais).

Uma vez citado o executado, pode ele adotar uma dessas posturas: *(i)* cumprir voluntariamente a prestação que lhe é exigida ou desfazer o ato a cuja abstenção se obrigara, no prazo assinado pelo juiz ou eventualmente previsto no título executivo, caso em que a execução terá alcançado o seu fim desejado e o juiz deverá proferir sentença declarando-a extinta (art. 794, I, CPC); *(ii)* apresentar embargos de devedor, no prazo de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, CPC), sem que haja necessidade de efetuar qualquer depósito ou caução (art. 736, CPC), a menos que pretenda que lhe seja atribuído efeito suspensivo (art. 739-A, §1º, CPC)[6]; *(iii)* permanecer inerte.

Adotando uma das duas últimas posturas – "*ii*" ou "*iii*" –, tem início a segunda fase do procedimento, que é a fase de execução forçada.

Se o devedor não for encontrado, caberá ao exeqüente pedir a sua citação por edital (art. 231, CPC), caso em que o prazo para cumprimento voluntário ou para desfazimento do ato indevido somente começará a fluir a partir do primeiro dia útil após o fim do prazo de dilação fixado pelo magistrado na forma do art. 232, IV, do CPC.

2.3. Segunda fase: execução forçada

2.3.1. Introdução

O legislador levou em consideração, na construção do procedimento executivo para satisfação das obrigações de fazer, o caráter personalíssimo, ou não, da prestação de fato.

Nos arts. 634 a 637, trata da possibilidade de um terceiro ser chamado a cumprir a prestação exigida, à custa do devedor. Isso somente é possível, obviamente, naqueles casos em que a prestação não tem caráter personalíssimo, é dizer, nos casos em que se almeja um fazer fungível, que pode ser prestado por um terceiro. Já o art. 638 cuida da execução de prestação de fazer infungível, ou seja, personalíssima.

O *caput* do art. 633 do CPC, que cuida da execução das obrigações de fazer, diz que se, no prazo fixado (art. 632, CPC), o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos, caso em que ela se converte em indenização. Já o art. 643, que cuida da execução das obrigações de não fazer, afirma que, havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Em seu parágrafo único, o art. 643 dispõe que, não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

---

6. Sobre o assunto, remetemos à leitura do capítulo relativo às defesas do executado.

Na verdade, se o devedor, devidamente citado, permanecer inerte ou oferecer defesa – e desde que, neste último caso, seja ela recebida sem efeito suspensivo (art. 739-A, *caput*, CPC) –, abrem-se ao exeqüente as seguintes possibilidades: *(i)* requerer que um terceiro cumpra a prestação de fato ou desfaça o ato cuja abstenção se impunha, à custa do devedor; *(ii)* cumprir, ele mesmo, exeqüente, a prestação de fato ou desfazer o ato indevido, à custa do devedor; *(iii)* insistir no cumprimento coercitivo da prestação de fato (fazer ou não fazer) pelo próprio devedor; *(iv)* e, por fim, requerer a conversão da prestação de fato (fazer ou não fazer) em indenização por perdas e danos.

Vejamos cada uma dessas hipóteses.

2.3.2. A realização da prestação de fato ou do desfazimento do ato indevido por terceiro ou pelo credor

Se a obrigação for fungível e, pois, puder ser prestada por terceiro, o exeqüente tem a opção de, ultrapassado o prazo fixado pelo juiz nos termos do art. 632 do CPC e não tendo havido cumprimento voluntário pelo executado, requerer ao juiz que a obrigação seja cumprida por terceiro. Em se tratando de execução de obrigação de não fazer, tem o exeqüente de requerer que um terceiro desfaça o ato a cuja abstenção se obrigara o devedor, à sua custa.

O próprio direito material prevê a possibilidade de a prestação fungível de fazer ou o desfazimento do ato a cuja abstenção se obrigara o devedor serem executados por terceiro, à custa do devedor.

> Eis o que diz, no particular, o Código Civil vigente: Art. 249. "Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível". Parágrafo único. "Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido".
>
> Art. 251. "Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos". Parágrafo único. "Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido".

Antes da Lei Federal n. 11.382/3006, o art. 634 do CPC fazia previsão de um complexo e oneroso procedimento de concorrência pública para a escolha da proposta que se mostrasse mais adequada à satisfação da prestação de fato por terceiro[7].

> Eis o texto do *caput* e dos parágrafos do art. 634 do CPC, que foram revogados pela Lei Federal n. 11.382/2006: "Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá decidir que aquele o realize à custa do

7. "Um horror!", assim definiu Calmon de Passos aquilo que chamou de "calvário doloroso" ao se referir à concorrência pública de que falavam os parágrafos do art. 634 do CPC (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 53).

devedor. § 1º O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias. § 2º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução. § 3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa. § 4º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigar-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada. § 5º Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato. § 6º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor. § 7º O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita".

Atualmente, com a nova redação dada pela Lei Federal n. 11.382/2006, o art. 634 do CPC prevê procedimento bem mais simples e consentâneo com a celeridade e efetividade que se esperam da tutela jurisdicional. Diz o dispositivo que, "se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exeqüente, decidir que aquele o realize à custa do executado". No seu parágrafo único, estabelece que "o exeqüente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado".

Desse modo, basta que se incumba o exeqüente de indicar a pessoa que prestará o fato (fazer o que deveria ser feito ou desfazer o que não deveria ser feito), devendo ele apresentar a sua proposta de honorários e de despesas, além do projeto de cumprimento, se for necessário. Nada impede, naturalmente, que seja feita a indicação de mais de uma pessoa e, pois, seja apresentada mais de uma proposta. Feito isso, o executado deverá ser ouvido para que possa ter a oportunidade de impugnar a pessoa indicada, o seu projeto ou o preço[8]. Com ou sem a manifestação do executado, o juiz decidirá, autorizando, ou não, a realização da prestação pelo terceiro indicado. A atividade do juiz aqui fica adstrita à verificação da(s) proposta(s) apresentada(s), no intuito de observar se o projeto está adequado à prestação exigida e se o preço cobrado é razoável, buscando evitar que se cometam excessos.

Uma vez verificada(s) a(s) proposta(s) e autorizado o cumprimento por terceiro, abrem-se duas possibilidades: *(i)* o credor pode exercer o direito de preferência de que fala o art. 637 do CPC, executando pessoalmente ou mandando executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato; *(ii)* adiantar, nos termos do parágrafo único do art. 634, transcrito acima, as quantias previstas na proposta apresentada pelo terceiro.

Quanto a esta última possibilidade, a despeito da expressa previsão legal, parece que deve o juiz, antes, intimar o devedor para que ele mesmo deposite em juízo o valor necessário à prestação do fato por terceiro. Concordamos, nesse ponto, com LUIZ GUILHERME MARINONI:

8. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 455.

> "Caso o réu não deposite em juízo o valor estabelecido para que a realização do fazer tenha início, poderá o autor requerer que ele pague ao terceiro o valor fixado para a realização do fazer, sob pena de multa. Não há motivo razoável para supor que o autor, que sofreu o dano produzido pelo réu, tenha que pagar para prestação do fazer".[9]

De fato, considerando que a obrigação de pagar quantia, aqui, não é a obrigação principal, mas apenas um *meio* para que se possa satisfazer o objeto da obrigação principal – fazer ou não fazer –, e considerando que o credor tem direito subjetivo à tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, parece-nos possível admitir que o devedor seja compelido, mediante a imposição de medidas coercitivas (inclusive as *astreintes*), a depositar previamente o valor necessário ao custeio da prestação de fato pelo terceiro.

De todo modo, se se mostrar inviável essa possibilidade, caberá ao exeqüente adiantar essa quantia e, uma vez cumprida, pelo terceiro, a obrigação de fazer ou desfeito o fazer a cuja abstenção se obrigara o devedor, esse adiantamento deverá ser cobrado do devedor, acrescido eventualmente de indenização por perdas e danos, caso em que a execução converter-se-á em execução por quantia e o procedimento seguirá, daí em diante, os passos previstos nos arts. 475-J e seguintes do CPC[10].

> Aqui é necessário fazer uma distinção.
>
> Se o credor optar por, desde o início, cobrar o valor da indenização por perdas e danos, em lugar de exigir judicialmente a prestação de fato (fazer ou não fazer), e havendo pré-fixação do valor da indenização no título (por exemplo, mediante previsão de cláusula penal compensatória), ele deve então lançar mão da execução por quantia fundada em título extrajudicial, que seguirá o rito previsto nos arts. 652 e seguintes, do CPC.
>
> Se, no entanto, a conversão em perdas e danos ocorrer no curso do procedimento executivo instaurado para a obtenção da prestação de fato (fazer ou não fazer), e desde que haja uma decisão por meio da qual o valor dessa indenização seja fixado (incidente de apuração de perdas e danos), a execução por quantia deverá seguir o rito previsto nos arts. 475-J e seguintes, do CPC, porque aí se estará buscando a execução de um título judicial.
>
> É o que acontece aqui: quando o juiz, após a contraditório, avalia a proposta feita pelo terceiro e autoriza que ele cumpra a prestação exigida judicialmente, termina por reconhecer que o executado se tornará devedor da quantia cobrada pelo terceiro para realizar a prestação em seu lugar. Tem-se aí uma verdadeira decisão que, se se tornar irrecorrível, transita em julgado e, pois, pode ser executada. É com base

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 455. Nesse sentido, entendendo ser possível ao credor voltar-se previamente contra o devedor para obter a quantia necessária ao custeio da execução por terceiro, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, ob. cit., p. 117.
10. Nesse sentido, THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2, p. 249.

nesta decisão, e no fato de que ela reconhece/certifica o direito do exeqüente ao ressarcimento da quantia proposta pelo terceiro, que o credor buscará, segundo o rito do cumprimento de sentença, a satisfação do seu crédito.

Uma vez realizada, pelo terceiro, a prestação de fato, o juiz, de acordo com o art. 635 do CPC, ouvirá as partes no prazo de dez dias. Não havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação; em caso contrário, decidirá a impugnação.

Segundo o art. 636 do CPC, se o terceiro[11] não prestar o fato no prazo convencionado ou se o praticar de modo incompleto ou defeituoso, poderá o credor requerer ao juiz, no prazo de dez dias de que dispõe para falar sobre o assunto, que o autorize a concluí-lo, ou a repará-lo, por conta do terceiro.

Abre-se, então, um incidente cognitivo no processo de execução para avaliar, desta feita, o inadimplemento ou o adimplemento ruim/defeituoso *do terceiro*, que se obrigara a prestar o fato (fazer ou não fazer) em substituição ao devedor originário. Nesse caso, o terceiro – que passará, então, a ser *parte* neste incidente – deverá ser ouvido em cinco dias (art. 636, p. único, CPC). O magistrado, se estiver convencido de que o terceiro não adimpliu a sua obrigação, mandará avaliar o custo das despesas necessárias e o condenará a pagá-lo (art. 636, p. único, CPC). Forma-se, então, um título executivo judicial *contra o terceiro* (que é, repita-se, parte no incidente cognitivo de que ora falamos). Em caso de não pagamento, poderá o credor deflagrar, com base nesse título, o procedimento de cumprimento de sentença (art. 475-J e seguintes, CPC).

Nada impede que o exeqüente, já na sua petição inicial, manifeste a intenção de que a prestação seja cumprida por terceiro (art. 634, CPC), ou por ele mesmo, ou por algum preposto seu, sob sua direção e vigilância (art. 637, CPC). Nessa hipótese, deverá juntar à sua petição a(s) proposta(s) de cumprimento da prestação de fato, contendo, no mínimo, o projeto e a previsão de custos. Nesse caso, é necessário que o magistrado, lançando mão do princípio da adaptabilidade do procedimento, faça alguns ajustes no rito a ser seguido. Deverá, então, determinar a citação do devedor para que cumpra a prestação, fixando-lhe prazo para tanto – não custa lembrar que o prazo para cumprimento voluntário da obrigação é direito subjetivo do devedor –, ou para que se manifeste, no mesmo prazo, sobre a(s) proposta(s) apresentada(s) junto com a inicial.

Nesse caso, além de poder *(i)* cumprir voluntariamente a obrigação, *(ii)* ou apresentar embargos de devedor, *(iii)* ou ainda permanecer inerte, surge uma outra possibilidade para o executado: oferecer tão-somente impugnação à(s) proposta(s) apresentada(s) pelo terceiro ou pelo credor, caso em que, incontroverso o dever de prestar, a discussão cingir-se-á aos termos da(s) proposta(s) apresentada(s).

---

11. Na verdade, o art. 636 do CPC faz alusão a "contratante". Era assim que, antes da reforma implementada pela Lei Federal n. 11.382/2006, os parágrafos do art. 634 do CPC se referiam ao terceiro que, por ter apresentado a melhor proposta, vencia a concorrência para a prestação do fato em substituição ao devedor originário. Como se vê, trata-se tão-somente de um resquício redacional que o legislador reformista se esqueceu de corrigir.

2.3.3. A realização coercitiva da prestação de fato pelo próprio devedor

Quando se tratar de obrigação de fazer infungível, ou quando somente o devedor puder desfazer aquilo que indevidamente fizera, ganha ainda mais importância a medida coercitiva imposta pelo magistrado no ato que ordena a citação do executado para cumprimento voluntário.

A regulamentação do caso fica por conta do art. 638 do CPC, que estabelece que, "nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assine prazo para cumpri-la". O parágrafo único do citado dispositivo diz que, "havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633".

A leitura desses textos legais deixa transparecer a idéia de que a recusa ou a mora do devedor implica, necessariamente, a conversão da prestação de fato em perdas e danos ou abre margem a que o credor requeira que um terceiro execute a prestação à custa do devedor (art. 633, CPC). No entanto, a situação precisa ser analisada sob a ótica do direito do credor à tutela específica do seu direito de prestação. Desse modo, o simples fato de ter-se recusado o devedor a cumprir a obrigação infungível não faz com que a prestação de fato deva ser automaticamente convertida em indenização por perdas e danos, tampouco retira do seu dever jurídico o caráter personalíssimo, a ponto de o credor ter que buscar a prestação por um terceiro (art. 633, CPC).

Sendo assim, se a medida coercitiva imposta pelo magistrado no despacho citatório não foi suficiente para compelir o devedor ao cumprimento no prazo fixado para o adimplemento voluntário, poderá/deverá ela ser alterada ou agravada, seja de ofício ou a requerimento do credor. Aplica-se aqui, integralmente, o que se disse acerca do poder geral de efetivação de que fala o art. 461, §5º, do CPC, inclusive quanto à possibilidade de alteração da medida coercitiva (art. 461, §6º, CPC) com o objetivo de alcançar o fim almejado pelo credor. Remetemos, pois, à leitura do item próprio, inserido no capítulo anterior.

2.3.4. Conversão da prestação de fato em perdas e danos

Somente se poderá falar em conversão da obrigação de fazer ou de não fazer em indenização por perdas e danos em duas hipóteses (art. 461, §1º, CPC[12]): *(i)* se o credor optar por isso ou *(ii)* se se tornar impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

É também o que dizem os arts. 633 e 643 do CPC; o primeiro, tratando da obrigação de fazer; o segundo, da obrigação de não fazer:

> Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização.

12. § 1º do art. 461 do CPC: "A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente".

> Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.
>
> Art. 643. Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos.
>
> Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

Valem aqui todas as considerações feitas no item dedicado ao estudo da conversão da obrigação em perdas e danos, sobre o qual falamos no capítulo anterior. Aplicam-se ao procedimento executivo da execução fundada em título extrajudicial *(i)* a idéia de que a tutela específica é um direito subjetivo do credor, *(ii)* os limites da opção pela conversão em perdas e danos, *(iii)* as considerações sobre o tipo de impossibilidade que é capaz de gerar essa conversão e *(iv)* o procedimento do incidente cognitivo destinado à apuração do valor da indenização nesses casos.

Quanto ao procedimento para apuração do valor da indenização, uma vez encerrado e certificado o montante indenizatório, a sua execução deverá ser buscada segundo as regras do cumprimento de sentença (art. 475-J e seguintes, CPC).

3. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA DE COISA DISTINTA DE DINHEIRO

3.1. Introdução

Os arts. 621 a 631 do CPC disciplinam o procedimento da execução das obrigações de entrega de coisa distinta de dinheiro fundadas em título executivo extrajudicial. Como se vem dizendo, por se tratar de execução fundada em título executivo extrajudicial, ela se opera necessariamente por meio de processo autônomo.

O procedimento da execução para entrega de coisa, tal como ocorre com o procedimento da execução das obrigações de fazer e de não fazer, pode ser dividido, para fins meramente didáticos, em duas fases: *(i)* a fase inicial, de cumprimento voluntário; *(ii)* a segunda fase, de execução forçada.

Para compreender o mecanismo da execução de obrigação de entrega de coisa, é importante compreender que, a depender da coisa a ser entregue, as obrigações podem ser classificadas em obrigação de entrega de coisa *certa* e obrigação de entrega de coisa *incerta*.

Como já antecipamos no capítulo anterior, considera-se *coisa incerta* aquela determinada ao menos em relação ao gênero e à quantidade (art. 243, CC), sem menção à qualidade. É o caso, por exemplo, do pedido para que o executado entregue seiscentas sacas de café, sem que se diga o tipo ou a procedência dos grãos. *Coisa certa*, por sua vez, é aquela perfeitamente individualizada em relação ao gênero, à quantidade e à qualidade. É o que se dá quando se pede, por exemplo, que o executado entregue seiscentas sacas de café arábica, tipo exportação.

Entender essa classificação é importante porque há dois procedimentos executivos possíveis na execução para entrega de coisa fundada em título executivo extrajudicial:

o procedimento para a entrega de coisa certa e o procedimento para a entrega de coisa incerta. Eles se distinguem basicamente quanto à sua fase inicial.

3.2. Fase inicial da execução para entrega de coisa certa: cumprimento voluntário

De acordo com o art. 621 do CPC, "o devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos".

É necessário fazer duas considerações sobre esse dispositivo:

a) em primeiro lugar, não há mais necessidade de garantir o juízo para que o devedor possa apresentar seus embargos. O art. 737, II, a que se faz referência, foi revogado pela Lei Federal n. 11.382/2006. Em seu lugar, a mesma lei estabeleceu, no art. 736, que "o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos". Perdeu o sentido também o art. 622 do CPC, que estabelece que "o devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos". O depósito da coisa, assim como ocorre com a penhora ou com a caução, são requisitos – embora não únicos – para que se atribua aos embargos do devedor o efeito suspensivo (art. 739-A, §1.º, CPC)[13]. Segundo ARAKEN DE ASSIS, "o depósito deixou de ser requisito de admissibilidade dos embargos. Serve para evitar os riscos"[14]. Ademais, sendo o título extrajudicial, os embargos do executado passaram a ter disciplina única, não havendo diferença a depender do tipo de obrigação assumida pelo devedor. Veja-se, a propósito, que o art. 745 do CPC dispõe expressamente, em seu inciso IV, que, nos embargos, poderá o executado alegar "retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621)". Quer isso dizer que os embargos têm o mesmo regime para qualquer hipótese; não há um regime para a obrigação de pagar quantia certa e outro, para obrigação de entregar coisa. Em qualquer caso, as regras são as mesmas, não havendo mais necessidade de garantia do juízo.

b) em segundo lugar, a redação dá a entender que o prazo para a apresentação dos embargos é de dez dias, o que está errado. O prazo para apresentação dos embargos de devedor é de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, CPC).

O parágrafo único do art. 621 estabelece que "o juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo".

Vale também aqui tudo o que dissemos, no capítulo anterior, sobre o poder geral de efetivação de que trata o art. 461, §5º, CPC. Assim, pode o magistrado fixar qualquer

---

13. Sobre o assunto, remetemos à leitura do capítulo relativo às defesas do executado.
14. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 509. Nesse ponto, distingue entre o *depósito voluntário*, contemplado no art. 622, e que tem por objetivo livrar o devedor da responsabilidade pelos riscos a que se sujeita a coisa, e o *depósito compulsório*, que deriva da atuação do meio executório do desapossamento (Idem, p. 510).

medida coercitiva, direta ou indireta, para compelir o devedor a realizar a prestação no prazo de dez dias para cumprimento voluntário[15]. O parágrafo único do art. 621 fala em fixação de multa. A medida coercitiva, como se vem dizendo, não precisa ser necessariamente a multa, tampouco a multa diária. Também não precisa ser a medida eventualmente indicada pelo exeqüente, na sua petição inicial, porque a ela o magistrado não está adstrito. Pode ser, repita-se, qualquer medida que se mostre, no caso concreto, adequada, necessária e proporcional. O limite da atuação judicial aqui é o princípio da proporcionalidade.

No caso específico, pode-se tomar como parâmetro o que diz o art. 461-A, §2º, do CPC: "Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel".

Desse modo, pode o magistrado, já no seu despacho inicial, determinar que o devedor entregue a coisa no prazo de dez dias, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão, se se tratar de bem móvel, ou de mandado de imissão de posse, se se tratar de bem imóvel. Se, ainda assim, não for possível a obtenção da tutela específica (entrega da coisa), pode o juiz valer-se de qualquer outra medida coercitiva, indireta ou sub-rogatória, com base no seu poder geral de efetivação (art. 461-A, § 3º[16], c/c art. 461, § 5º, CPC, que são aplicáveis subsidiariamente à execução fundada em título extrajudicial por força do art. 598, CPC).

Uma vez citado o executado, pode ele adotar uma dessas posturas: *(i)* cumprir voluntariamente a prestação que lhe é exigida, entregando a coisa; nessa hipótese, será lavrado o respectivo termo ou auto de entrega, dando-se por finda a execução, salvo se tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos (art. 624, CPC), caso em que seguirá o rito da execução por quantia, precedido, se for o caso, de incidente cognitivo para liquidação/apuração do valor dos frutos ou da indenização; *(ii)* apresentar embargos de devedor, no prazo de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, CPC), sem que haja necessidade de efetuar o depósito da coisa (art. 736, CPC), a menos que pretenda que lhe seja atribuído efeito suspensivo (art. 739-A, § 1º, CPC); *(iii)* permanecer inerte.

Adotando uma das duas últimas posturas – "*ii*" ou "*iii*" –, tem início a segunda fase do procedimento, em que se buscará a execução forçada. Na hipótese de o executado depositar a coisa para oferecer embargos de devedor (hipótese "*ii*"), diz o art. 623 que, "depositada a coisa, o exeqüente não poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos". Sucede que esse dispositivo parte da premissa de que os embargos de devedor são dotados de efeito suspensivo automático, coisa que, desde a vigência da Lei Federal n. 11.382/2006, já não acontece (art. 739-A, *caput*, CPC[17]). Dessa forma, ele precisa ser interpretado de

15. Remetemos à leitura do capítulo anterior, no item em que cuidamos da forma de efetivação das decisões que impõem a entrega de coisa, bem assim no item em que cuidamos do poder geral de efetivação (art. 461, §5.º, CPC).

16. . § 3º do art. 461 do CPC: "Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".

17. Art. 739-A do CPC: "Os embargos do executado não terão efeito suspensivo".

acordo com a sistemática atual: depositada a coisa *e desde que aos embargos de devedor seja atribuído efeito suspensivo*, o exeqüente não poderá levantá-la antes da apreciação da defesa do executado[18].

Não encontrado o executado, caberá ao exeqüente pedir a sua citação por edital (art. 231, CPC), caso em que o prazo para a entrega da coisa só começará a fluir a partir do primeiro dia útil após o fim do prazo de dilação fixado pelo magistrado na forma do art. 232, IV, do CPC.

3.3. Fase inicial da execução para entrega de coisa incerta: individualização da coisa e cumprimento voluntário

É possível que a obrigação tenha por objeto a entrega de coisa *incerta*. Tal como já se viu no capítulo anterior, no item dedicado ao estudo do incidente de individualização (art. 461-A, §1º, CPC), nos casos em que há uma obrigação de entregar coisa incerta, a individualização (escolha) dessa coisa cabe, em regra, ao devedor, a menos que haja, no título em que a obrigação foi constituída, disposição em contrário (art. 244, CC). Havendo essa disposição em contrário, conferindo ao credor a escolha, a coisa deverá ser individualizada na petição inicial (art. 629, *in fine*, CPC), caso em que a execução seguirá o procedimento traçado no item anterior, relativo à entrega de coisa *certa*.

> Segundo ARAKEN DE ASSIS, se o exeqüente não fizer a sua escolha na petição inicial, não é o caso de se lhe abrir prazo para emenda. Deve-se presumir a renúncia àquela faculdade[19].

Em se tratando de execução para entrega de coisa incerta e cabendo a escolha da coisa ao devedor (o que é a regra), ele será citado para exercer a sua escolha (incidente de individualização da coisa) e para entregá-la (realização da prestação). É o que diz o art. 629 do CPC[20]. O dispositivo não fixa um prazo para que seja feita a individualização e a entrega da coisa, mas é possível aplicar aqui o prazo de dez dias de que fala o art. 621 do CPC.

Eis, então, as posturas que o devedor, uma vez citado, pode adotar: *(i)* o devedor pode individualizar a coisa e entregá-la; nessa hipótese, tal como se dá no procedimento da execução para a entrega de coisa certa, será lavrado o respectivo termo ou auto de entrega, dando-se por finda a execução, salvo se tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos (art. 624, CPC), caso em que seguirá o rito da execução por quantia, precedido, se for o caso, de incidente cognitivo para liquidação/apuração do valor dos frutos ou da indenização; *(ii)* ou pode individualizar a coisa, mas não entregá-la; nesse caso, nada obsta que se insurja contra a execução, apresentando, em quinze dias, os seus embargos (art. 738, CPC); não custa lembrar que a apresentação dos embargos independe do depósito da coisa (art. 736, CPC), o qual só será relevante para a

18. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit, p. 514-515.
19. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 517.
20. Art. 629. Quando a execução recair sobre coisas determinadas pelo gênero e quantidade, o devedor será citado para entregá-las individualizadas, se lhe couber a escolha; mas se essa couber ao credor, este a indicará na petição inicial.

atribuição de efeito suspensivo à defesa (art. 739-A, §1.º, CPC); *(iii)* pode, por fim, nada fazer, caso em que passará o credor a ter o direito de individualizar a coisa, sob pena de ver comprometida a satisfação do direito de que é titular[21].

> Pode-se aplicar neste último caso (hipótese "*iii*"), por analogia, o art. 571, §1º, CPC: Art. 571. "Nas obrigações alternativas, quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro em 10 (dez) dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato, ou na sentença. § 1º Devolver-se-á ao credor a opção, se o devedor não a exercitou no prazo marcado"

Se a escolha couber a terceiro, PONTES DE MIRANDA afirma que deve ele ser *citado* para fazê-lo[22]. Parece, contudo, que o caso não é de *citação*, mas de mera *intimação* do terceiro, vez que contra ele não se tem pretensão executiva alguma, mas apenas um interesse provisório, que consiste na individualização da coisa. Feita a opção, o devedor deve, então, ser citado/intimado a entregar a coisa escolhida. Se o terceiro não quiser, ou não puder fazer a escolha, parece possível aplicar ao caso, por analogia, o regramento relativo às obrigações alternativas: caberá ao juiz fazê-lo, se não houver acordo entre as partes (art. 252, §4º, CC[23]).

Qualquer que seja a parte que faça a individualização da coisa, a escolha não pode ser arbitrária, recaindo sobre a de pior nem a de melhor qualidade (art. 244, segunda parte, CC[24]).

Exercido, por qualquer das partes, o direito de escolha da coisa, a parte contrária poderá, em 48 (quarenta e oito) horas, impugnar a escolha feita, e o juiz decidirá de plano, ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação (art. 630, CPC). Trata-se de incidente cognitivo que pode surgir no curso da execução e que tem por objeto, exclusivamente, a discussão acerca da individualização da coisa.

Remetemos à leitura, no capítulo anterior, do item relativo ao incidente de individualização da coisa a ser entregue, onde tecemos considerações mais aprofundadas sobre o assunto, todas elas aplicáveis à execução fundada em título executivo extrajudicial.

---

21. É também o entendimento de MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 504, e também o de ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., p. 517. Em sentido contrário, Pontes de Miranda é peremptório: "A respeito da execução para entrega de coisa incerta de modo nenhum se há de invocar o art. 571, §1º, que é concernente às obrigações alternativas. Trata-se, aqui, de escolha, e não de alternativa [...]" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 10, p. 64). Não se nega que há diferença entre obrigação alternativa e prestação que tem por objeto coisa incerta. Não se pode, de fato, confundir as coisas. Mas o problema é que, se a escolha da coisa cabe ao devedor e este não o faz no prazo que lhe é fixado para tanto, é injustificável que o credor não possa, por conta disso, exercer o seu direito. Se o devedor não exerceu o direito de escolha no prazo que lhe foi fixado, perde, então, o direito de fazê-lo, por inércia. Não vemos razão para que não se aplique, por analogia, o §1.º do art. 571 do CPC.
22. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 10, p. 64.
23. Art. 252. [...] § 4º Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.
24. Art. 244 do CPC: "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 a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor".

3.4. Segunda fase: execução forçada

Se o executado foi citado, mas não entregou a coisa, seja porque permaneceu inerte, seja porque optou por apresentar defesa, tem início então a segunda fase do procedimento da execução para entrega de coisa. Trata-se de fase comum às execuções de obrigação de entrega de coisa, seja ela certa ou incerta.

De acordo com o art. 625 do CPC, "não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel". Como se vem dizendo, é perfeitamente possível que o magistrado se valha de qualquer outra medida coercitiva, seja ela direta ou indireta, para alcançar o fim almejado pelo credor. Valem aqui as considerações sobre o poder geral de efetivação do juiz, tecidas no capítulo anterior.

3.5. Alienação da coisa litigiosa para terceiro

Se o executado alienou a terceiro a coisa que é objeto da disputa quando ela já era litigiosa – é dizer, após ter sido ele, executado, citado para entregá-la ou individualizá-la –, e desde que afastado eventual argumento de defesa por ele apresentado em sede de embargos de devedor, o credor poderá optar entre *(i)* pleitear que se expeça mandado para que o terceiro entregue a coisa, sob pena de busca e apreensão, imissão na posse ou qualquer outra medida coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC (art. 626, CPC[25]), ou *(ii)* pleitear a conversão da prestação em perdas e danos (art. 627, CPC[26]).

O terceiro, nesse caso, se não sucedeu o executado no processo (art. 42, §1º, CPC), nem interveio na condição de assistente litisconsorcial (art. 42, §2º, CPC), ainda assim poderá ser atingido pelo ato executivo, porque a alienação de coisa litigiosa não produz efeitos em relação ao processo e, por isso mesmo, permite que as decisões proferidas pelo magistrado, ou as providências por ele ordenadas, atinjam mesmo quem não é parte (art. 42, §3º, CPC).

Para que possa discutir o ato executivo de que foi vítima, diz o art. 626 do CPC, na parte final, que o terceiro precisa, antes, depositar a coisa. O meio de que dispõe para discutir o ato judicial de apreensão são os embargos de terceiro[27]. Cremos que já não faz mais sentido exigir do terceiro que deposite a coisa para discutir, mediante embargos de

---

25. Art. 626 do CPC: "Alienada a coisa quando já litigiosa, expedir-se-á mandado contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido depois de depositá-la".
26. Art. 627 do CPC: "O credor tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando esta não lhe for entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente".
27. Em sentido contrário, Araken de Assis entende, com base em julgado do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 9.365-SP, DJU 01.07.1991), que o terceiro adquirente de coisa litigiosa é parte na execução. Portanto, o meio de que dispõe para se opor ao ato executivo são os embargos de devedor. Admite, porém, a utilização do princípio da fungibilidade de meios de defesa no caso (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 513).

terceiro, o ato executivo de que foi vítima. Com efeito, conforme já se viu no capítulo dedicado ao estudo das defesas do executado, a sistemática vigente afastou a necessidade de prévia penhora, caução ou prévio depósito para que se possam opor os embargos de devedor (art. 736, CPC). Conquanto o referido dispositivo faça menção apenas aos *embargos de devedor*, que podem manejados pelo *executado*, parece que, pela mesma razão de ser, há de se dispensar o *terceiro*, acaso se oponha ao ato executivo mediante *embargos de terceiro*, do prévio depósito da coisa. Talvez seja o caso de se defender que os embargos de terceiro podem ser opostos independentemente do prévio depósito da coisa, mas o magistrado somente poderá conferir-lhes o efeito suspensivo de que trata o art. 1.052 do CPC[28] se tiver havido o prévio depósito da coisa. Aplica-se-lhes então, neste caso, e por analogia, o que diz o art. 739-A, §1º, CPC.

Remetemos, por fim, à leitura, no capítulo anterior, do item relativo à efetivação da decisão nos casos em que há alienação de coisa litigiosa, onde tecemos considerações mais aprofundadas sobre o assunto, todas elas aplicáveis à execução fundada em título executivo extrajudicial.

3.6. Conversão da obrigação em indenização por perdas e danos

Afora os casos em que há consentimento do executado, a conversão da obrigação de entrega de coisa em indenização por perdas e danos somente será possível, segundo o art. 627 do CPC, nas seguintes hipóteses: *(i)* quando o devedor foi exortado a entregá-la e não a entregou, caso em que, mais que inadimplemento, tem-se verdadeira recusa de cumprimento de ordem judicial; *(ii)* se a coisa não for encontrada; *(iii)* se a coisa se deteriorou; ou *(iv)* quando não for reclamada do poder de terceiro adquirente.

Em outras palavras, e tal como dissemos no capítulo anterior ao tratar do mesmo assunto, a conversão em perdas e danos não pode decorrer de mera opção do credor ou do titular do domínio sobre a coisa nos casos em que essa coisa existe e está em poder do executado. Deve-se dar ao executado a oportunidade de entregar a coisa. Em não entregando no prazo fixado ou não sendo ela encontrada ou ainda ocorrendo qualquer das situações indicadas no art. 627 do CPC, aí sim poderá o credor optar pelas perdas e danos.

Remetemos à leitura, no capítulo anterior, do item relativo à conversão do dever de entregar coisa em perdas e danos, cujas considerações se aplicam integralmente aqui, lembrando que, no incidente para apuração do valor da coisa, se a informação não constar do título executivo, ou sendo impossível a sua avaliação, o exeqüente deve fazer uma estimativa que, no entanto, estará sujeita ao arbitramento judicial (art. 627, §1º, CPC).

---

28. Art. 1.052 do CPC: "Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados".

3.7. Apuração do valor das benfeitorias indenizáveis

É possível que o devedor tenha realizado benfeitorias na coisa litigiosa. Nesse caso, é necessário verificar se elas devem, ou não, ser indenizadas pelo exeqüente[29]. "A indenizabilidade depende de regras jurídicas de direito material"[30]. Para tanto, há necessidade de saber se a prestação exigida é de *entrega* de coisa ou de *restituição* de coisa. Isso porque, sendo de *entrega* de coisa, incide o art. 237 do Código Civil[31], segundo o qual até que ocorra a tradição, a coisa pertence ao devedor, com os seus melhoramentos e acrescidos, de modo que poderá ele exigir aumento no preço.

Sendo a obrigação de *restituição* de coisa, as benfeitorias e melhoramentos somente serão indenizáveis se, cumulativamente: *(i)* tais benfeitorias ou melhoramentos sobrevieram com despesa ou trabalho do devedor; *(ii)* o devedor agiu com boa-fé; *(iii)* não houver, no título, cláusula que pré-exclua o direito à indenização por melhoramentos ou benfeitorias[32].

É o que se pode depreender das regras de direito material estabelecidas no Código Civil, senão vejamos:

> Art. 241. Se, no caso do art. 238, sobrevier melhoramento ou acréscimo à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, desobrigado de indenização.
>
> Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.
>
> Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Quanto às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé, cujo regramento se aplica também ao devedor de boa-fé ou ao devedor de má-fé por disposição do art. 242, CC, eis o que diz o Código Civil:

> Art. 1.219. 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 levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

---

29. "Equiparam-se às benfeitorias, mencionadas no art. 628, as acessões, em relação às quais, eventualmente, há direito de retenção" (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, cit., p. 508).
30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 10, p. 61.
31. Art. 237 do Código Civil: "Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação. Parágrafo único. Os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes".
32. A Lei Federal n. 8.245/1991, por exemplo, que regulamenta as locações de imóvel urbano, dispõe o seguinte: Art. 35. "Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção". Art. 36. "As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel".

> Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

Sendo assim, diz o art. 628 do CPC que, havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo devedor ou por terceiros, de cujo poder ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória. Deve-se, então, instaurar, a requerimento do interessado (devedor ou terceiro), um incidente cognitivo no intuito de apurar/liquidar o valor dessas benfeitorias, a fim de que se efetue a indenização.

Apurado o valor das benfeitorias, diz a parte final do art. 628 do CPC, pode ocorrer o seguinte: se houver saldo em favor do devedor, o credor o depositará ao requerer a entrega da coisa; se houver saldo em favor do credor, este poderá cobrá-lo nos autos do mesmo processo.

É necessário distinguir o incidente cognitivo para apuração do valor das benfeitorias indenizáveis do exercício do direito de retenção nos chamados embargos de retenção por benfeitorias necessárias e úteis (art. 745, IV, CPC)[33]. Uma coisa é o devedor (ou o terceiro) pedir indenização por conta das benfeitorias que realizou na coisa; outra bem distinta é exercer o seu direito de retenção da coisa até que tais benfeitorias sejam indenizadas. Casos há em que existe o direito à indenização, embora não exista o direito à retenção da coisa[34] (por exemplo, quando se tratar de devedor de má-fé, que tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, mas não tem direito de retenção da coisa – cf. art. 1.220, CC, c/c art. 242, CC).

Nos casos em que a parte se vale dos embargos de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis (art. 745, IV, CPC), a discussão acerca do valor das benfeitorias realizadas e indenizáveis é feita nos próprios embargos. Quando, porém, o assunto não é discutido naquela sede, é necessário abrir-se, no próprio procedimento executivo, um incidente cognitivo para a liquidação/apuração desses valores.

O procedimento do incidente há de tomar por base os procedimentos previstos no Código de Processo Civil para a liquidação por arbitramento ou por artigos (arts. 475-C a 475-F, CPC).

---

33. Araken de Assis afirma, no entanto, que a exceção de que trata o art. 628 do CPC deverá ser argüida através de embargos de retenção por benfeitorias (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit, p. 509).
34. A recíproca, no entanto, não é verdadeira: somente haverá direito de retenção da coisa se houver direito à indenização pelas benfeitorias.

Parte III
| Execução por quantia certa |

CAPÍTULO XVI

FASE INICIAL DA EXECUÇÃO POR QUANTIA

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Atos iniciais da execução por quantia fundada em título extrajudicial: 2.1. Introdução; 2.2. As fases do procedimento executivo: 2.2.1. Fase inicial: demanda executiva, cumprimento voluntário e pré-penhora; 2.2.2. Segunda fase: a execução forçada; 2.3. A averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 615-A, CPC) – 3. Atos iniciais da execução por quantia fundada em título judicial: 3.1. Introdução; 3.2. As fases do procedimento de cumprimento de sentença: 3.2.1. Fase inicial: o cumprimento voluntário e a multa legal coercitiva; 3.2.2. Segunda fase: execução forçada; 3.3. As peculiaridades relativas ao processo autônomo de execução por quantia fundada em título judicial (art. 475-N, p. único, CPC); 3.4. A possibilidade averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 615-A, CPC).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os procedimentos da execução por quantia fundada em título extrajudicial e da execução por quantia fundada em título judicial diferenciam-se, basicamente, apenas quanto aos atos iniciais. Pode-se dizer que, a partir da penhora, eles passam a ser bastante similares.

Por conta disso, fizemos opção por tratar, neste capítulo, dos atos iniciais da execução por quantia, dedicando itens específicos para a execução por quantia fundada em título extrajudicial e para a execução por quantia fundada em título judicial.

A partir do capítulo relativo à penhora, as considerações valerão tanto para um como para outro procedimento.

2. ATOS INICIAIS DA EXECUÇÃO POR QUANTIA FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

2.1. Introdução

A execução por quantia fundada em título executivo extrajudicial requer, necessariamente, a instauração de um processo autônomo. O procedimento executivo aqui pode ser dividido, para efeitos didáticos, em duas fases: *(i)* a fase inicial, por meio da qual se defere ao executado um prazo para cumprimento voluntário da prestação que lhe é exigida; *(ii)* a segunda fase, ou fase de execução forçada propriamente dita, em que se tomam providências para a satisfação compulsória da prestação exigida. A fase inicial é preliminar à segunda fase, no sentido de que, havendo pagamento voluntário por parte do devedor, a fase de execução forçada nem sequer deve ser iniciada.

2.2. As fases do procedimento executivo

2.2.1. Fase inicial: demanda executiva, cumprimento voluntário e pré-penhora.

Conforme já se viu no capítulo relativo à formação do procedimento executivo, a demanda executiva, nos casos em que a execução se opera por processo autônomo, há de ser materializada num instrumento escrito, denominado de petição inicial.

Apresentada a petição inicial, e desde que sobre ela o magistrado tenha feito um juízo positivo de admissibilidade, o executado será citado para, no prazo de três dias, pagar a dívida que lhe é cobrada (art. 652, CPC). A Lei Federal n. 11.382/2006 inovou no particular, alterando a antiga redação do referido art. 652, segundo a qual o executado deveria ser citado para, em 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora. Concedeu-se-lhe, como se vê, um prazo mais elástico para cumprimento voluntário da prestação, mas lhe foi retirada a prerrogativa de nomear bens à penhora. Agora, conforme o §2º do art. 652, pode o exeqüente, já na petição inicial, indicar bens a serem penhorados. O tema será desenvolvido no capítulo sobre penhora.

A indicação de bens pelo credor, embora não seja necessária, pois o oficial de justiça, conforme se verá, pode procurá-los, é obviamente bastante recomendável. Com a consolidação dos convênios entre os órgãos do Poder Judiciário e o Banco Central (Convênio BACEN-JUD), que permitem um rastreamento de contas-correntes que existam em nome do executado, junto a instituições financeiras, a missão tem sido facilitada. Convém lembrar, a propósito, que a Lei Federal n. 11.382/2006 ratificou essa possibilidade, ao acrescentar ao CPC o art. 655-A[1], examinado no capítulo sobre penhora.

Importante anotar que o exeqüente, ao indicar bens do executado à penhora, não fica adstrito à ordem legal de preferência prevista no art. 655 do CPC, na medida em que se trata de ordem instituída em seu próprio favor e que, pois, pode ser por ele renunciada[2]. A ordem de bens à penhora é meramente indicativa, conforme também será examinado no capítulo sobre penhora.

Questão que surge é a de saber a partir de quando começa a fluir o prazo de três dias para pagamento.

Há quem sustente aplicar-se aqui a regra geral do art. 241, II, CPC, segundo a qual, feita a citação por oficial de justiça, conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do respectivo mandado[3].

Parece, contudo, que essa não é a melhor orientação. Com efeito, seguindo o entendimento que já prevalecia ao tempo em que vigia a antiga redação do art. 652 do CPC,

---

1. Art. 655-A do CPC: "Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. § 3º 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 exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida".
2. Cf. GIANNICO, Maurício. "Breves comentários sobre a lei n. 11.382/2006 (processo de execução de título extrajudicial)". *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. Mirna Cianci e Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 540.
3. Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: 2007, v. 3, p. 87; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 303; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. "O termo inicial do prazo para pagar na execução de título extrajudicial". *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 150, p. 158-159.

não é compatível com os princípios da execução aguardar a juntada do mandado aos autos do processo para que, só então, tenha início a fluência do prazo para pagamento[4]. Trata-se de prazo para a prática de ato material (pagamento), que depende, a princípio, tão-somente da conduta do próprio devedor, de sorte que não parece razoável que o credor – de resto, já titular de um direito de prestação devidamente certificado – tenha ainda que aguardar a juntada do instrumento de citação aos autos do processo. Quisesse o legislador que o prazo fluísse a partir da juntada do mandado aos autos do processo, teria dito isso expressamente, tal como fez no art. 738 do CPC, ao cuidar do prazo para apresentação de embargos à execução. Desse modo, o prazo de três dias para pagamento conta-se da data da efetiva citação, e não da data da juntada do mandado aos autos[5]. Aplica-se aqui a regra do art. 184, *caput*, do CPC[6-7], de modo que o primeiro dia do prazo é o dia seguinte àquele em que o oficial de justiça efetuou a citação, desde que seja dia útil; não sendo dia útil, o primeiro dia será o dia útil imediatamente seguinte.

Outra questão importante diz respeito às situações em que houver litisconsórcio passivo. Nesse caso, o prazo para pagamento conta-se a partir do momento em que cada um dos litisconsortes é citado[8].

Ao despachar a inicial, diz o art. 652-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.382/2006, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado, na forma do art. 20, §4º, CPC.

Caso o devedor, uma vez citado, venha a pagar integralmente a dívida no prazo de três dias que lhe é deferido, a verba honorária fixada pelo magistrado será reduzida pela metade (art. 652-A, p. único, CPC). Trata-se de dispositivo que visa a induzir o devedor ao cumprimento voluntário da prestação. A diferença é que, no particular, em vez de buscar esse adimplemento voluntário pela imposição de uma *ameaça*, como ocorre com a previsão da multa legal a que alude o art. 475-J do CPC, o legislador optou por valer-se de um *incentivo*. É um exemplo do que se convencionou chamar de *sanção premial*, assim

---

4. Antes da vigência da Lei Federal n. 11.382/2006, prevalecia o entendimento de que o prazo de 24 horas para pagamento ou nomeação de bens contava-se minuto a minuto, a partir do exato momento em que o executado fosse citado. Nesse sentido: "EXECUÇÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE RATIFICAÇÃO DE ACORDOS JUDICIAIS, REFERENDADO PELOS ADVOGADOS DOS TRANSATORES. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRAZO DE 24 HORAS. INTEMPESTIVIDADE. - "Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto" (art. 125, §4º, do Código Civil). Hipótese em que registrada a hora da citação da devedora. Inaplicação ao caso da regra inscrita no art. 184 do CPC. - Constitui título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores (art. 585, II, do CPC). Alegação de ausência de poderes quanto a um dos advogados subscritores a depender do exame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula nº 7-STJ. Recurso especial conhecido, em parte, e desprovido" (STJ, 4ª T., REsp n. 187.444/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 19.12.2002, publicado no DJ de 17.03.2003, p. 232).
5. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 581.
6. Art. 184 do CPC: "Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento".
7. Nesse sentido, HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225.
8. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 582; HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*, cit., p. 225.

entendida a técnica por meio da qual se busca induzir o cumprimento voluntário de uma prestação mediante o *incentivo*. As *sanções premiais* foram examinadas no capítulo sobre a execução das obrigações de fazer, não-fazer e dar coisa distinta de dinheiro.

Uma vez citado, o executado pode adotar uma dessas posturas: *(i)* pagar em três dias, tal como lhe autoriza o art. 652, CPC, beneficiando-se da redução de que fala o art. 652-A, CPC; *(ii)* não pagar nos três dias e apresentar embargos de devedor, no prazo de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, CPC); *(iii)* requerer, no prazo de quinze dias para apresentação de embargos, o benefício de que trata o art. 745-A do CPC[9]; *(iv)* não pagar nem apresentar embargos ou qualquer defesa.

Mas pode ser que o executado não seja encontrado durante a realização do ato citatório. Nesse caso, o oficial de justiça tem autorização legal para arrestar-lhe tantos bens quantos bastem para garantir a execução (art. 653, CPC). Veja que a providência aqui é diferente daquela prevista no art. 652, §1º, do CPC[10], sobre a qual se falará no próximo item. Ali, pressupõe-se que o devedor tenha sido *encontrado* e *citado*, deixando escoar o prazo de três dias sem a realização do pagamento, caso em que o oficial de justiça poderá, desde logo, penhorar-lhe tantos bens quantos bastem para a garantia da execução. Aqui, pressupõe-se que o devedor *não tenha sido encontrado* e, por isso mesmo, não tenha sido citado.

Embora o dispositivo fale em "arresto", a providência de que cuida não é idêntica ao arresto cautelar de que falam os arts. 813 e 814 do CPC[11]. Com efeito, para que o oficial de justiça possa "arrestar" os bens do executado, na forma do art. 653 do CPC, não se exige a caracterização da situação de perigo de insolvência. É suficiente, para tanto, que: *(i)* o devedor não seja encontrado, como já se viu, pouco importando se não foi localizado por esquivar-se intencionalmente à citação ou por força tão-somente das circunstâncias; e *(ii)* o oficial de justiça constate a existência de bens penhoráveis[12].

---

9. Art. 745-A do CPC: "No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês".
10. § 1º do art. 652, do CPC: "Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado".
11. Art. 813 do CPC: "O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei".
Art. 814 do CPC: "Para a concessão do arresto é essencial: I - prova literal da dívida líquida e certa; II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se".
12. Cf. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 9, p. 116.

> PONTES DE MIRANDA, embora afirme que o arresto de que se fala não se confunde com a medida cautelar típica do arresto – aquela prevista nos arts. 813 e 814 –, conclui o seguinte: "Há a cautelaridade da medida, que se insere nos arts. 813-821, mas é incidental, e não se diga que é *executivo*. Trata-se apenas de medida cautelar, que tanto não é ato executivo, que, após as diligências dos arts. 653, parágrafo único, e 654, se *converte* em penhora. Não se converte o que é no que já é"[13].

O instituto previsto no art. 653 do CPC cuida, em verdade, de uma espécie de *pré-penhora*, e assim ele é comumente conhecido na dogmática processual[14]. Recebe essa designação porque o que ele viabiliza, a rigor, é a antecipação dos efeitos de uma futura penhora. Dentre eles, tem-se a atribuição, ao exeqüente, do direito de preferência na participação do produto da expropriação do bem constrito (art. 612, CPC)[15]. Correta a lição de ARAKEN DE ASSIS, para quem "em realidade, o art. 653 prevê a consumação de ato de natureza executiva, caracterizado pela inversão da ordem natural subsumida no art. 652, porque coloca antes da citação do devedor a apreensão de seus bens"[16].

Preenchidos os pressupostos indicados anteriormente – não-localização do devedor e existência de bens penhoráveis –, a pré-penhora deve ser efetivada mediante a apreensão e depósito dos bens, o que deve ser formalizado com a lavratura, pelo oficial de justiça, de um auto, que preencha, basicamente, os requisitos previstos no art. 665 do CPC[17], que cuida dos requisitos do auto de penhora. Trata-se de providência fundamental, seja para fins de documentação do ato de constrição/apreensão, seja porque a tendência da pré-penhora é, no futuro, converter-se em penhora, valendo o auto já formalizado como auto de penhora.

De acordo com o art. 653, p. único, CPC, formalizado o auto de pré-penhora – chamemo-lo assim –, o oficial de justiça, nos dez dias seguintes, procurará o devedor três

---

13. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 167.
14. São correntes também as designações *arresto incidental* ou *arresto executivo*.
15. No sentido do texto, atestando que a pré-penhora confere ao credor direito de preferência: "PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - CONCURSO DE CREDORES - DIREITO DE PREFERÊNCIA - ARRESTO (ART. 653 DO CPC) - REGISTRO - POSTERIOR PENHORA SOBRE O IMÓVEL - PREVALÊNCIA DA DATA DO ARRESTO - RECURSO PROVIDO. 1. O arresto, tendo a mesma natureza executiva da penhora, assegura ao credor que o efetiva, providenciando o devido registro, direito de preferência em relação a credor que posteriormente penhora o mesmo imóvel. O arresto, como a penhora, implica inalienabilidade do bem, presumindo-se, ademais, através do respectivo registro, seu absoluto conhecimento por terceiros, de molde a tornar indiscutível o interesse do credor, que prontamente diligenciou quanto ao arresto, na conseqüente excussão do bem para garantia de seu crédito. 2. Interpretando-se sistematicamente a legislação processual civil, irretorquível a equiparação do arresto incidental ou executivo (art. 653 do CPC) à penhora, para fins de preferência na percepção creditícia em concurso de credores, haja vista a natureza constritiva do ato, inclusive designado de "pré-penhora", vez que meramente antecipatório da penhora em hipóteses nas quais não localizado o devedor; ou seja, trata-se de atos processuais de idêntico fim, decorrendo mesmo automaticamente a conversão do arresto em penhora em não se verificando o pagamento pelo executado, nos termos do art. 654 do CPC. Precedente. 3. Recurso Especial conhecido e provido" (STJ, 4ª T., REsp n. 759.700/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Jorge Scartezzini, j. em 18.08.2005, publicado no DJ de 24.04.2006, p. 407).
16. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 116.
17. Art. 665 do CPC: "O auto de penhora conterá: I - a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita; II - os nomes do credor e do devedor; III - a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos; IV - a nomeação do depositário dos bens".

vezes em dias distintos; se não o encontrar, certificará o ocorrido. Nesse caso, o credor deverá ser intimado acerca da realização da pré-penhora, cabendo-lhe, segundo o art. 654 do CPC, dentro de dez dias, contados da data dessa intimação, requerer a citação por edital do devedor. Se deixar passar o prazo sem requerer a citação por edital, a pré-penhora perde efeito, "porque a eficácia cautelar dependia do requerimento do credor e da citação por edital, uma vez que o seu fim fora a conversão em penhora"[18]. Requerida tempestivamente a citação editalícia e uma vez publicados os editais[19], tem-se que, findo o prazo de dilação fixado pelo juiz para o aperfeiçoamento do ato de comunicação (art. 232, IV, CPC), terá o devedor o prazo de três dias de que trata o art. 652, CPC, para pagar a dívida.

Pode ser que o devedor seja localizado e citado, seja em decorrência das diligências empreendidas pelo oficial de justiça nos dez dias subseqüentes à formalização da pré-penhora (art. 653, p. único, CPC), seja em decorrência da citação por edital (art. 654, CPC). Nessas hipóteses, terá em seu favor o prazo de três dias para efetuar o pagamento da dívida cobrada. A diferença é que, citado pessoalmente (art. 653, p. único, CPC), o prazo para pagamento contar-se-á data da efetiva citação, enquanto que, se for citado por edital, o prazo para pagamento contar-se-á a partir do dia seguinte ao último dia do prazo de dilação fixado pelo juiz, nos termos do art. 232, IV, CPC.

Antes da vigência da Lei Federal n. 11.382/2006, dizia-se que o comparecimento do devedor tornava inócua a pré-penhora, que deveria ser desconstituída[20]. A desconstituição se justificava porque, naquela época, o devedor era citado para pagar ou *nomear bens* à penhora, de modo que, sendo sua a prerrogativa de apontar os bens que estariam sujeitos à constrição, poderia indicar bens distintos daqueles pré-penhorados. Sucede que, atualmente, já não cabe mais ao devedor a prerrogativa de nomear bens; em verdade, conforme se verá adiante, trata-se agora de prerrogativa do *credor* indicá-los, se os conhecer. Sendo assim, não parece que a localização do devedor seja, por si só, um motivo para que a pré-penhora seja desconstituída. Mesmo citado o executado, subsiste a pré-penhora; a sua desconstituição dependerá do que o executado vai fazer daí pra frente.

> Não nos parece correta a conclusão de Araken de Assis, para quem a pré-penhora, ainda hoje, perderia a razão de ser com o comparecimento do devedor, haja vista a possibilidade de o executado, com base no art. 656 do CPC, requerer a substituição dos bens objeto da pré-penhora[21]. Ora, se o devedor comparece e requer a substituição dos bens pré-penhorados, deve-se abrir um incidente cognitivo próprio para resolver essa questão (art. 657, CPC). Desse modo, eventual desconstituição da pré-penhora já realizada não é uma

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 10, cit., p. 170.
19. Se for beneficiário da justiça gratuita, basta a publicação de um edital, no diário oficial respectivo (art. 232, §2.º, CPC).
20. Nesse sentido: "Execução. Arresto. Comparecimento espontâneo da devedora. Penhora dos bens dados em garantia. 1. Comparecendo a devedora ao Juízo da execução e nomeando os bens dados em garantia para serem penhorados, não há razão para a manutenção do arresto, devendo efetivar-se a penhora, permanecendo a devedora como depositária. 2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 331920/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002 p. 331). É a opinião de Araken de Assis, em obra escrita antes da reforma de 2006: ASSIS, Araken de. *Comentários...*, op. cit., p. 118.
21. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. op. cit., p. 587.

> conseqüência do comparecimento do devedor, mas sim uma conseqüência de eventual decisão que acolha o pedido de substituição. De resto, haverá, nesse caso, a desconstituição daquela pré-penhora e a sucessiva formalização de *penhora*, a recair sobre os bens indicados em substituição, tendo em vista que, presente o devedor, já não mais subsiste um dos pressupostos para a realização de nova *pré-penhora* (a não-localização do executado, como se viu). Não custa lembrar que, na hipótese tratada, o direito de preferência decorrente da penhora (art. 612, CPC) existirá somente a partir da data em que for ela realizada, não retroagindo à data da formalização da anterior pré-penhora.

Se o devedor, uma vez localizado e citado – seja pessoalmente (art. 653, p. único, CPC), seja por edital (art. 654, CPC) –, efetuar o pagamento, obviamente que aí já não mais haverá razão para que se mantenha a pré-penhora, que então deverá ser desconstituída. Se, porém, o devedor não for localizado ou se, embora localizado, não efetuar o pagamento no momento oportuno, a pré-penhora será automaticamente convertida em penhora (parte final do art. 654 do CPC[22]). Na lição de PONTES DE MIRANDA, "a medida cautelar passa a ser executiva: a cautelaridade que existia, converte-se em medida de executividade"[23]. Tem início, assim, a segunda fase do procedimento executivo (v. próximo item).

A questão aqui é saber se é necessário intimar o executado acerca da conversão da pré-penhora em penhora. A orientação predominante antes da vigência da Lei Federal n. 11.382/2006 era no sentido de que essa intimação era indispensável, sobretudo porque a partir dela fluiria o prazo para que o executado pudesse opor embargos à execução[24-25].

---

22. Art. 654. Compete ao credor, dentro de 10 (dez) dias, contados da data em que foi intimado do arresto a que se refere o parágrafo único do artigo anterior, requerer a citação por edital do devedor. Findo o prazo do edital, terá o devedor o prazo a que se refere o art. 652, convertendo-se o arresto em penhora em caso de não-pagamento.
23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 10, cit., p. 167.
24. Art. 738 (redação anterior à Lei Federal n. 11.382/2006). O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados: I - da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; II - do termo de depósito (art. 622); III - da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa (art. 625); IV - da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer.
25. Nesse sentido: "DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. EXECUÇÃO. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE ARRESTO EM PENHORA. CITAÇÃO EDITALÍCIA. PENHORA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL OU POR NOVO EDITAL. OCULTAÇÃO DO RÉU. IRREGULARIDADE NA PUBLICAÇÃO QUE NÃO CONTAMINA O PROCESSO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. PRECEDENTE DO STJ. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. APLICAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, ainda que no edital citatório conste que haverá a conversão automática do arresto em penhora, quando esta se efetivar, é necessária nova intimação do devedor, ainda que por meio de edital, para que tenha início o prazo para oposição de embargos à execução. 6. Em face do nítido propósito do ora recorrente de ocultar-se às diversas diligências feitas na tentativa de intimá-lo, a inobservância formal de publicação de editais distintos não pode se sobrepor à garantia da efetividade processual, esta entendida como direito a um processo rápido, seguro e eficaz, tendente a proporcionar às partes envolvidas tutela jurisdicional adequada, mormente quando utilizados artifícios comprovadamente procrastinatórios. Precedente do STJ. [...] 9. Recurso especial conhecido e

Sucede que, atualmente, o prazo para oposição de embargos à execução flui a partir da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, CPC), sendo desnecessária, para tal finalidade, a intimação da penhora.

Em função disso, parece que são duas as possibilidades: *(i)* se o devedor foi localizado e citado pessoalmente (art. 653, p. único, CPC) ou por edital (art. 654, CPC), mas não efetuou o pagamento, ele deve ser intimado da conversão da pré-penhora em penhora, salvo se o juiz dispensar essa intimação (art. 652, §5º, CPC); tal intimação, se for necessária, deve ser dirigida ao seu advogado, se tiver, ou ao próprio devedor, se ainda não constituiu advogado (art. 652, §4º, CPC); *(ii)* se, contudo, o devedor não foi localizado durante as diligências do oficial de justiça (art. 653, p. único, CPC) e se não compareceu aos autos nem efetuou o pagamento mesmo após o fim do prazo do edital (art. 654, CPC), tem-se que, findo o prazo para pagamento, a conversão é automática, desde que no edital tenha constado, além da citação para pagamento, a intimação acerca da pré-penhora.

Neste último caso, não parece razoável exigir-se, atualmente, que o credor seja onerado com a necessidade de expedição de mais um edital, desta feita simplesmente para intimar o devedor da penhora. Isso não é razoável porque *(i)* se trata, a expedição de edital, de ato processual normalmente oneroso e demorado, *(ii)* a intimação da penhora não tem mais, hoje em dia, a importância que tivera antes da Lei Federal n. 11.382/2006, quando servia de marco inicial para a fluência do prazo de embargos à execução, *(iii)* o juiz pode perfeitamente dispensar a intimação do executado acerca da penhora realizada (art. 652, §1º, CPC) e *(iv)* se o edital de citação já dispunha que, não efetuado o pagamento nos três dias seguintes ao fim do prazo de dilação, converter-se-ia a pré-penhora em penhora, e se deixava claro quais eram os bens pré-penhorados, decerto que esse ato de comunicação atingiu a sua finalidade, que era a de, eventualmente, informar ao executado acerca da existência da demanda, da possibilidade de pagamento e da prévia constrição de bens seus.

A previsão do procedimento da pré-penhora, para o caso de o oficial de justiça não encontrar o executado, é considerado o fundamento para que se entenda que não cabe *citação com hora certa* na execução por quantia. Em vez de seguir-se o procedimento dessa modalidade de citação (arts. 227-229 do CPC), segue-se o procedimento aqui examinado.

2.2.2. Segunda fase: a execução forçada

Ultrapassado o prazo de três dias para cumprimento voluntário da sentença, e não tendo havido pagamento, tem início a fase de execução forçada. Ao contrário do que ocorre no procedimento de execução fundado em título judicial, a instauração desta segunda fase independe de requerimento do exeqüente – até porque tal requerimento já foi formulado

---

improvido" (STJ, 5ª T., REsp n. 898.167/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 11.11.2008, publicado no DJe de 01.12.2008). Também nesse sentido, dentre outros: STJ, 4ª T., REsp n. 849.354/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 14.11.2006, publicado no DJ de 26.02.2007, p. 609.

quando do ajuizamento da demanda executiva. Assim, vale aqui a regra do impulso oficial (art. 262, segunda parte, CPC).

É possível dividir, para fins didáticos, a fase de execução forçada em três sub-fases: *i)* fase inicial, em que se buscará fazer a penhora e a avaliação de bens que respondam pela dívida; *ii)* fase que se inicia com o oferecimento da defesa do executado; *iii)* fase final, que se caracteriza pela prática de atos de que sirvam à satisfação do direito do credor, como a expropriação de seus bens.

Assim é que, se o devedor foi encontrado e citado, mas não efetuou o pagamento, o oficial de justiça que fez a citação, munido da segunda via do mandado, procederá de imediato à penhora dos bens que encontrar ou daqueles indicados pelo credor, bem como procederá à sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto. Deverá, na mesma oportunidade, intimar o executado acerca de tais atos (art. 652, §1º, CPC). Uma vez encontrados e penhorados bens do executado, se o oficial de justiça não localizar o executado para intimá-lo da penhora, deverá então certificar detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinar a realização de novas diligências (art. 652, §5º, CPC).

Se não forem encontrados bens do executado, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, a qualquer tempo, a sua intimação para indicar aqueles passíveis de penhora (art. 652, §3.º, CPC). Essa intimação será feita, preferencialmente, na pessoa de seu advogado, se o executado já houver constituído patrono nos autos; não o tendo, será ele intimado pessoalmente (art. 652, §4º, CPC). Constitui ato atentatório à dignidade da Justiça a recusa do devedor em indicar, no prazo de cinco dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora, bem assim seus respectivos valores (art. 600, IV, CPC). Nada impede, obviamente, que o requerimento para que o executado informe sobre os bens passíveis de penhora seja formulado já na petição inicial e que o magistrado o defira no despacho citatório[26].

Além do prazo de três dias para efetuar o pagamento, o executado dispõe também de prazo de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação, para oferecer, querendo, embargos à execução (art. 738, CPC). Remetemos, pois, à leitura do capítulo relativo à defesa do executado e à leitura dos capítulos seguintes.

2.3. A averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 615-A, CPC)

Segundo o art. 615-A do CPC, incluído pela Lei Federal n. 11.382/2006, o exeqüente poderá, no ato da distribuição da sua ação executiva, obter certidão que comprove o ajuizamento da execução, com identificação das partes e indicação do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

O art. 615-A, CPC, foi objeto de comentários em item próprio, no capítulo relativo à boa-fé na execução, a cuja leitura fazemos remissão.

---

26. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 106.

3. ATOS INICIAIS DA EXECUÇÃO POR QUANTIA FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL

3.1. Introdução

O procedimento da execução por quantia fundada em título judicial está regulamentado, basicamente, nos artigos 475-J e seguintes do CPC. O legislador deu-lhe o nome de *cumprimento de sentença*.

Em regra, a execução por quantia fundada em título judicial desenvolve-se como fase do processo no bojo do qual o direito subjetivo foi certificado, mas é possível que a sua promoção exija a instauração de um processo autônomo. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando se tem como título executivo judicial a sentença penal condenatória, a sentença arbitral, a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 475-N, II, IV e VI, CPC, respectivamente) ou o acórdão que julga procedente a revisão criminal (art. 630, CPP). Nesses casos, deve-se tomar como base o procedimento executivo regulamentado nos arts. 475-J e seguintes do CPC, fazendo-se, porém, as adaptações necessárias, conforme se verá mais adiante.

O procedimento executivo da prestação de pagar quantia calcada em título judicial apresenta, tal como ocorre com o procedimento executivo calcado em título extrajudicial, duas fases bem definidas: *(i)* a primeira, denominada de *fase inicial* ou *fase de cumprimento voluntário*, por meio da qual se defere ao devedor um determinado prazo para que cumpra, espontaneamente, o dever que lhe foi imposto; *(ii)* a segunda, denominada de *fase de execução forçada*, em que se praticam atos tendentes à satisfação compulsória do direito de prestação do credor. A fase inicial é, como já se viu, preliminar à segunda fase, no sentido de que esta somente ocorrerá se não houver o adimplemento espontâneo durante a primeira fase.

3.2. As fases do procedimento de cumprimento de sentença

3.2.1. Fase inicial: o cumprimento voluntário e a multa legal coercitiva

O devedor, condenado ao pagamento de quantia, terá quinze dias para cumprir espontaneamente a decisão judicial, sob pena de o montante da condenação ser acrescido de multa no percentual de dez por cento sobre o valor da dívida (art. 475-J, *caput*, CPC[27]), incluindo ao valor da obrigação reconhecida por sentença a parcela relacionada às verbas da sucumbência[28].

É preciso fazer algumas observações sobre esse novo regramento.

a) O legislador instituiu uma multa legal com o objetivo de forçar o cumprimento voluntário da obrigação pecuniária. Trata-se de medida de coerção indireta[29] prevista em

---

27. Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.
28. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 83.
29. Em sentido diverso, entendendo tratar-se apenas de multa punitiva, sem caráter coercitivo, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 219. Entendendo ser uma multa

lei, que dispensa manifestação judicial[30]: é hipótese de sanção legal pelo inadimplemento da obrigação. A multa tem, assim, dupla finalidade: servir como *contramotivo* para o inadimplemento (coerção) e punir o inadimplemento (sanção).

Essa multa não tem origem em decisão judicial, diferentemente do que ocorre com a multa coercitiva fixada nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC. Assim, é desnecessário que haja pedido da parte ou mesmo imposição expressa na decisão. A multa incorporar-se-á ao montante devido ao credor. Frise-se, ainda, com CASSIO SCARPINELLA BUENO, que a multa é fixa e de incidência única: a multa não passará a 20% sobre o montante da dívida, se o devedor pagá-la após trinta dias[31].

b) A lei fixa o prazo de quinze dias para o adimplemento voluntário da obrigação. Trata-se de prazo legal criado com o objetivo de determinar o momento a partir do qual o devedor será considerado inadimplente. O inadimplemento é um dos pressupostos para o início da atividade executiva. O devedor que não cumprir voluntariamente a obrigação nesse prazo será considerado inadimplente e, então, poderá o credor, agora exeqüente, requerer o início do cumprimento forçado da sentença (execução da sentença), como deixa claro a parte a final do *caput* do art. 475-J do CPC.

> MARCELO ABELHA RODRIGUES entende que a multa pode ser dispensada se o devedor demonstrar que, no prazo de quinze dias, não teve condições de desfazer-se do seu patrimônio, transformando-o em dinheiro. Poderia o devedor, por exemplo, oferecer bens como *dação em pagamento*. Essas alegações poderiam ser deduzidas na impugnação[32].
>
> A não-aplicação da multa ao devedor que não tem patrimônio penhorável seria manifestação do princípio da adequação do processo às peculiaridades da causa[33].

c) Para que incida o *caput* do art. 475-J, é preciso que a dívida seja líquida; enquanto não for liquidado o valor da obrigação pecuniária devida, não se pode falar de inadimplemento, muito menos de multa sobre um montante que não se sabe qual é. Eis a razão do trecho do *caput*: condenado o devedor "ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação".

d) A principal discussão doutrinária sobre esse dispositivo relaciona-se com a necessidade ou não de intimação para cumprimento espontâneo da decisão.

Explica-se.

---

com caráter punitivo e coercitivo, SHIMURA, Sérgio. "A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005)". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. p. 567.

30. Assim, também, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 129.
31. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 81.
32. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131. Em sentido bem semelhante, BARIONI, Rodrigo. "Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 535.
33. AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 124-125.

Se a decisão transitar em julgado, o prazo de quinze dias para cumprimento da obrigação começa a fluir automaticamente[34], ou é necessário proceder à intimação do devedor, para que cumpra espontaneamente a decisão?

Parece que a melhor interpretação é a que exige a intimação do devedor, que pode ser feita pela imprensa oficial, dirigida ao seu advogado[35], consoante a tendência que se vem firmando em nosso ordenamento (p. ex.: arts. 57, 316, 475-A, § 1º, 475-J, § 1º, 659, § 5º etc.). Isso porque podem surgir dúvidas sobre a data do trânsito em julgado (se o último recurso não foi conhecido, há controvérsia sobre o tema, conforme exposto no v. 3 deste *Curso*, para onde se remete o leitor) e sobre o montante da dívida, que, muitas vezes, exige, no mínimo, a elaboração prévia de cálculos aritméticos pelo próprio credor (art. 475-B, CPC)[36].

> "Seria absolutamente equivocado imaginar-se que o demandado tenha perdido seu prazo em satisfazer a obrigação sem que ao menos soubesse na data do termo inicial de contagem de prazo de quanto era o valor dessa obrigação. A crença do legislador de que mesmo uma sentença líquida ou com liquidez fixada no procedimento de liquidação de sentença não necessita de atualização não é confirmada na praxe forense, na qual sempre haverá – mínima que seja – uma atualização. (...) Dessa maneira, não só a intimação do demandado deverá ser realizada – insista-se, na pessoa do advogado –, como isso somente ocorrerá após o demandante apresentar um memorial de cálculo que indique o valor atualizado a ser pago pelo demandado"[37].

É possível que, por má-fé, o devedor desconstitua o seu antigo advogado, nos estertores da fase de conhecimento, como estratégia para dificultar o cumprimento da sentença, em razão da necessidade de que a sua intimação seja, então, feita pessoalmente, e não

---

34. Assim, por exemplo, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212; CARNEIRO, Athos Gusmão. "Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 123, p. 118.

35. Assim, BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, cit., v. 1, p. 78; ARAÚJO, José Henrique Mouta. "O cumprimento da sentença e a 3ª Etapa da Reforma Processual – primeiras impressões". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 123, p. 148; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, p. 214. Em sentido diverso, entendendo que a intimação deve ser pessoal, dirigida ao executado, um dos autores deste livro, Leonardo José Carneiro da Cunha, que aqui ressalva o seu entendimento, e CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 113; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 129; BARIONI, Rodrigo. "Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais", cit., p. 534. Também entendendo necessária a intimação, sem examinar a possibilidade de ela poder ser feita na pessoa do advogado, SHIMURA, Sérgio. "A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005)", p. 567.

36. Em sentido diverso, entendendo que a multa pode incidir independentemente da elaboração dos cálculos pelo credor, BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 80: "Nestes casos, as contas necessárias para a quantificação do valor da condenação são passíveis de realização pelo próprio devedor. Ele, querendo cumprir o julgado – e, com isto, deixar de se sujeitar à multa do art. 475-J –, pode, tomando a iniciativa de elaborar os cálculos, pagar a quantia devida justificando o valor respectivo". O autor parte da premissa, que não é a deste curso, que a elaboração de cálculos pelo credor não é propriamente uma liquidação. Entendendo que há, sim, liquidação, quando o credor elabora os cálculos, é preciso que o devedor seja intimado desse valor, para que possa cumprir espontaneamente a obrigação.

37. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 214.

por intermédio do seu patrono. Constatada a má-fé, é caso de aplicação da sanção do art. 18 do CPC[38]. Convém lembrar, porém, que incide no caso a regra do art. 39, par. ún., do CPC[39], que reputa válida intimação feita no endereço constante dos autos, se, tendo havido mudança, o advogado não tiver providenciado comunicá-la ao juízo.

Acaso o devedor não tenha, por qualquer motivo, advogado constituído nos autos, deverá ser intimado pessoalmente para cumprir a decisão. Não tendo sido encontrado, parece possível aplicar aqui o que diz o art. 653 do CPC, autorizando que o oficial de justiça proceda à pré-penhora dos bens do executado. Remetemos à leitura do que, sobre o tema, falamos no item anterior deste mesmo capítulo.

Enfim, para que a multa do art. 475-J incida, é preciso que, antes, o executado tenha sido intimado para cumprir espontaneamente a obrigação[40].

No julgamento do REsp n. 954.859/RS, a 3ª T. do STJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, entendeu que o prazo para cumprimento espontâneo previsto no art. 475-J começa a correr *independentemente* de intimação das partes. Ou seja, o prazo começa a correr do trânsito em julgado da decisão. Não era esse o posicionamento adotado por este *Curso*, como se viu. A decisão repercutiu bastante, embora tivesse sido proferida por apenas uma das turmas do STJ. Ainda não se poderia dizer que a jurisprudência do STJ estava uniformizada. A Turma teria agido de maneira mais correta se, ao invés de julgar o recurso especial, remetesse a questão à Seção a que pertence, prevenindo, portanto, eventual divergência jurisprudencial com outra Turma. Essa afirmação ratificava-se pelo dissenso encontrado no próprio Superior Tribunal de Justiça. Nas Execuções em Sentença Estrangeira Contestada (como, por exemplo, a de nº 2.990-US, j. em 30.08.2007, e 866, j. em 23.05.2007), o Presidente do STJ, Min. Barros Monteiro, determinou a intimação do executado, na pessoa do seu advogado, para que cumprisse espontaneamente a obrigação – seguindo, portanto, a orientação defendida neste *Curso*. O vaticínio confirmou-se no início de 2010, quando a Corte Especial do STJ (REsp n. 940.274/MS), seguindo a orientação defendida neste *Curso*, entendeu que é necessário que, após o trânsito em julgado, os autos retornem ao juízo de origem para intimação do advogado, a partir de quando deverá ter início o prazo de 15 dias para pagamento.

> No julgamento da 3ª Turma do STJ, há, ainda, um *obiter dictum* bastante polêmico. Afirma o voto condutor que "o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a

38. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 217.

39. Art. 39 do CPC: "Compete ao advogado, ou à parte quando postular em causa própria: I – declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço em que receberá intimação; II – comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço. Parágrafo único. Se o advogado não cumprir o disposto no nº I deste artigo, o juiz, antes de determinar a citação do réu, mandará que se supra a omissão no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de indeferimento da petição; se infringir o previsto no nº II, reputar-se-ão válidas as intimações enviadas, em carta registrada, para o endereço constante dos autos".

40. "Como a fluência de prazos não pode depender de dados subjetivos, parece-me, com os olhos bem voltados para o dia-a-dia forense, que este prazo correrá do 'cumpra-se o v. acórdão', despacho bastante usual que, em geral, é proferido quando os autos do processo voltam do Tribunal..." (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 78).

condenação". "(...) Se, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele (o advogado) deve responder por tal prejuízo". A 3ª T. antecipou-se à discussão sobre o ponto e já afirmou, ainda que como *obiter dictum*, a responsabilidade do advogado pelo pagamento da multa, caso não comunique o seu cliente a respeito do início do prazo para cumprimento espontâneo. Esse posicionamento serve como um novo fundamento para justificar a conduta de algumas empresas, que expressamente têm feito constar no contrato de prestação de serviços advocatícios a obrigatoriedade de o advogado comunicá-las sobre a fluência do prazo para cumprimento espontâneo da sentença, sob pena de o próprio advogado arcar com a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

E se o executado tiver sido revel no processo de conhecimento e, além disso, não possuir advogado constituído nos autos?

É certo que o revel não será intimado das decisões contra ele proferidas (art. 322, CPC). Não é, por exemplo, intimado da sentença, embora haja quem, como Calmon de Passos, defenda essa intimação.[41]

A situação é um tanto diferente em relação ao cumprimento da sentença.

Parece, realmente, ser necessária a sua intimação pessoal para que cumpra a sentença, se não houver constituído advogado nos autos (isso porque é possível que o réu seja revel *e* tenha advogado nos autos, como, p. ex., o autor revel na reconvenção). Realmente, o prazo de quinze dias previsto no art. 475-J do CPC dirige-se à parte, a fim de que seja efetuado o pagamento da obrigação reconhecida na sentença. Não há qualquer efetividade em manter a regra do art. 322 do CPC quanto ao prazo do art. 475-J do CPC, exatamente porque tal lapso temporal destina-se ao cumprimento espontâneo da obrigação. Daí parecer mais adequado determinar a intimação do revel, com vistas a permitir a satisfação do crédito.

A mesma solução se impõe no caso de réu revel em favor de quem tenha sido designado curador especial (art. 9º, II, CPC)[42].

A propósito, convém referir ao acórdão proferido pela 3ª T. do STJ, proferido no REsp. n. 1.009.293-SP, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 06.04.2010: "em razão da absoluta falta de comunicação entre o curador e o réu revel, não há como presumir que o revel tenha ciência do trânsito em julgado da decisão que o condena; consequentemente, não há como impor-lhe, automaticamente, a multa do art. 475-J do CPC. Para que incida o referido artigo, não se deve considerar suficiente a ciência do curador especial sobre o trânsito em julgado da condenação, não em razão apenas da mencionada falta de comunicação

41. Para Calmon de Passos, sempre que haja uma ordem do juiz para que o réu pratique algum ato, este deve ser intimado, ainda que revel e sem advogado regularmente constituído (PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 3, n. 260.1, p. 452).

42. A 6ª Turma do STJ possui entendimento, em parte, diverso, no sentido de que: "*a revelia que se operou na fase anterior atinge, exceto nos casos de citação ficta, a fase seguinte, o que dispensa a intimação pessoal do devedor para dar cumprimento à sentença.*" Para chegar à referida conclusão, o aludido órgão colegiado considerou que, nos casos em que ocorreu a citação pessoal na fase de conhecimento, haveria nos autos a certeza de que o réu estava ciente do processo e nada fez, fato este que, por seu turno, justificaria a extensão da consequência prevista no art. 322, do CPC, à fase de execução (STJ, 6ª T., REsp. n. 1241749/SP, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 27.09.2011, publicado no DJ de 13.10.2011)

entre ele e o réu revel, mas também porque a multa constitui sanção imposta àquele que voluntariamente deixe de cumprir a sentença, comportamento que não pode ser atribuído ao curador de ausentes, visto que o réu revel mantém sua capacidade material, isto é, sua livre manifestação de vontade, bem como sua condição de parte substancial no processo. Nas hipóteses em que o cumprimento da sentença volta-se contra réu revel citado fictamente, a incidência da multa do art. 475-J do CPC exigirá sua prévia intimação nos termos do art. 238 e seguintes do CPC". Empós, em sentido contrário, julgado da 3ª. T., STJ, no Resp. n. 1..189608/SP, j. 18.10.2011, cuja relatora é, também, a Min. Nancy Andrighi, definindo que quando o executado é revel, citado fictamente, e representado por curador especial, não é necessário seja intimado para fluência do prazo do art. 475- J, CPC.

Se, no momento do cumprimento da sentença, o réu estiver em lugar *incerto, desconhecido ou inacessível* (art. 232, II, CPC), deverá ser intimado por edital.

e) Considerando a necessidade de intimação do devedor para cumprimento espontâneo da decisão, deve-se perguntar se essa intimação depende de requerimento do credor ou se poderá o magistrado determiná-la de ofício (por exemplo, após o retorno dos autos da instância superior, poderá despachar determinando o cumprimento do acórdão?).

Essa intimação do executado pode ser determinada *ex officio*; a exigência de provocação do exeqüente restringe-se à instauração da fase de execução forçada, após o inadimplemento do executado. Assim, transitada em julgado a decisão, pode o magistrado intimar o devedor para o seu cumprimento, requerendo, se for o caso, que o contador judicial providencie a elaboração dos cálculos de atualização da dívida (aplicam-se, por analogia, o art. 475-B, § 3º, e o art. 52, II,[43] da Lei Federal n. 9.099/1995, que cuida dos Juizados Especiais Cíveis).

Certamente, na praxe forense, o próprio credor vai antecipar-se, pedindo que seja intimado o devedor e que, ato contínuo, em caso de não pagamento no prazo de 15 dias, seja expedido o mandado de avaliação e penhora dos bens indicados pelo próprio credor.

> Interessante a observação de Daniel Assumpção: se o credor precisa atualizar o valor da dívida, para que o devedor seja intimado a cumprir espontaneamente a obrigação, convém ao exeqüente, ao indicar o valor do crédito, já requerer o início da fase executiva, com a expedição de mandado de penhora e avaliação, acaso o devedor não cumpra espontaneamente a obrigação. Concentram-se em um mesmo ato diversos requerimentos. É possível, no entanto, embora não recomendável, que o credor apenas peça a intimação do devedor para cumprir espontaneamente e, após frustrada a expectativa pelo adimplemento espontâneo, formular novo requerimento de instauração da fase executiva[44].

Parece, contudo, que, se não o fizer, poderá o magistrado determinar de ofício a intimação para cumprimento espontâneo. Isto porque, em se tratando de ato de procedimento que não tem propriamente caráter executivo, mas de mera provocação para cumprimento

43. Art. 52. [...] II – os cálculos de conversão de índice, de honorários, de juros e de outras parcelas serão efetuados por servidor judicial.
44. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*, cit., p. 215.

espontâneo, é possível havê-lo como subsumido à regra do impulso oficial prevista no art. 262 do CPC. Ademais, quando o legislador quis que o curso do procedimento dependesse de ato a ser praticado pela parte, ele disse isso expressamente: é o que se dá em relação à expedição do mandado de avaliação e penhora, para o que se exige o requerimento do credor (art. 475-J, *in fine*, do CPC).

f) De acordo com o § 4° do art. 475-J do CPC, efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

g) Discute-se se a multa prevista no *caput* do art. 475-J do CPC deve incidir nos procedimentos executivos iniciados antes da vigência da Lei Federal n. 11.232/2005. Como cediço, a lei processual nova, salvo disposição em contrário, tem eficácia imediata, passando a incidir sobre os atos processuais subseqüentes ao termo inicial da sua vigência.

A 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça chegou a se posicionar no sentido de que a referida multa não seria aplicável às sentenças transitadas em julgado antes da vigência da Lei Federal n. 11.232/2005[45]. Felizmente, porém, modificou o seu entendimento. Por meio de acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a mesma Turma firmou, mais recentemente, entendimento no sentido de que, conquanto a regra processual nova deva incidir imediatamente, atingindo os processos em curso, o juiz da causa tem que avaliar se a imposição da multa de que trata o art. 475-J é viável no caso concreto.

Eis a ementa do julgado:

> "PROCESSO CIVIL. MEDIDA LIMINAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DA MULTA DISPOSTA NO ART. 475-J A EXECUÇÕES AJUIZADAS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DOS EMBARGOS OPOSTOS APÓS TAL VIGÊNCIA, COMO MERA IMPUGNAÇÃO, SEM EFEITO SUSPENSIVO.
>
> - No panorama jurídico anterior à Lei n° 11.232/2005, a sentença condenatória tinha, como eficácia específica, a declaração do débito e do inadimplemento, mais a constituição do título executivo. Não havia, na sentença, uma ordem específica proferida pela autoridade judiciária, determinando ao devedor o adimplemento da obrigação. A determinação de adimplemento contida na sentença nada mais era que a que previamente estava contida na lei cuja violação motivou a propositura da ação.
>
> - Com a introdução do art. 475-J, a sentença condenatória passou a ser dotada de uma nova eficácia. Além de declaração do direito e constituição do título executivo, ela também passou a conter uma ordem especifica e independente, dirigida ao devedor, para que cumpra a obrigação. A independência dessa ordem, dada pelo juiz, verifica-se pela existência de uma sanção específica para punir o respectivo inadimplemento, que é a multa fixada pelo art. 475-J. Essa multa apenas se aplica ao devedor que inadimplir a sentença. Ela, portanto, torna o ato judicial algo mais que a lei, cujo inadimplemento gera sanções autônomas.

45. STJ, 3ª T., REsp n. 962.362/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 06.03.2008, publicado no DJe de 24.03.2008.

- Assim, para as execuções posteriores à reforma legislativa, a aplicação da multa do art. 475-J é automática.

- As execuções anteriores à reforma também podem ser por ela colhidas. Todavia, tendo em vista as diferentes fases em que o processo executivo pode se encontrar, por uma questão de política legislativa a melhor medida é estabelecer que o Juízo de Primeiro Grau possa, avaliando cada hipótese concreta, determinar, mediante intimação do advogado do executado, o pagamento do débito em quinze dias, contados da intimação de tal determinação. Transcorrido 'in albis' esse prazo, incidirá a multa.

- A oposição de embargos à execução obedece a lei vigente no momento de sua apresentação. Assim, se a execução foi iniciada antes da vigência da Lei nº 11.232/05, mas os embargos somente foram opostos após a vigência dessa Lei, é correta a decisão que os recebe como mera impugnação, sem suspensão do processo executivo. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para afastar a cobrança da multa do art. 475-J, cuja incidência, em execução anterior à reforma, deve ser precedida de intimação do devedor, na pessoa de seu advogado." (MC 14.258/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 24/11/2008)

No caso em análise, a ação de execução judicial foi proposta e o mandado de intimação da penhora foi expedido antes da vigência da Lei Federal n. 11.232/2005. Mas o mandado só foi entregue à executada depois de a referida lei estar em vigor. O juízo de primeiro grau recebeu os embargos da executada como impugnação e aplicou a multa, por entender que ela deveria ter feito o pagamento dentro dos quinze dias subseqüentes à intimação. A segunda instância de julgamento negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela devedora, mantendo a decisão singular. Por meio de recurso especial a questão chegou ao STJ.

A despeito desses precedentes, o STJ, de acordo com informação veiculada no noticiário de 7 de novembro de 2011, firmou entendimento posterior no sentido de que a aplicabilidade, ou não, do procedimento executivo de que fala a Lei Federal n. 11.232/2005 dependeria de um marco objetivo: a citação. Assim, durante o julgamento do Recurso Especial n. 993.738/SC, decidiu-se, por maioria, que, se a citação do executado ocorreu antes da vigência dessa lei, aplicável seria o regramento anterior; se depois da lei, o atual regramento.

De fato, a despeito de a lei processual nova ter eficácia imediata, atingindo os processos em curso, é necessário que seja ponderada cada situação concreta para que se possa decidir pela aplicação, ou não, da multa do art. 475-J do CPC. Essa ponderação é necessária para que se evitem decisões-surpresa, por meio das quais o executado venha a ser surpreendido com a imposição da multa coercitiva, sem que sequer soubesse da possibilidade de sua incidência. Assim é que, em nome dos princípios da cooperação, do contraditório substancial e da adaptabilidade do procedimento, cabe ao juízo da execução adequar a incidência da multa à situação concreta, determinando a intimação do devedor, por meio do seu advogado, para que fique ciente de que o não pagamento do valor principal do débito no prazo de quinze dias implicará a aplicação da multa de que fala o art. 475-J do

CPC. Só assim é que se poderá falar em aplicação da multa às execuções iniciadas antes da vigência da Lei Federal n. 11.232/2005.

h) Há séria controvérsia sobre a incidência, ou não, da multa em execução provisória[46-47].

---

46. Admitindo a incidência da multa em execução provisória, pelos mais variados argumentos, examinados neste item, logo a seguir, BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 78; _____. "Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006, p. 149-158; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*, cit., p. 131; _____. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006; LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 444-445; _____. "Títulos executivos e multa de 10%". In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 991-992; ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. "A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e Lei 11.280/2006". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2006, n. 850, p. 37; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53-54; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo, RT, 2007, v. 3, p. 237-238; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 88; PAVAN, Dorival Renato. "Procedimento e forma para a intimação do devedor para cumprimento voluntário da sentença: art. 475-J da Lei 11.232/2005". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 139, p. 125, 128-129; GÓES, Gisele Santos Fernandes. "Aspectos procedimentais dos arts. 475-J da Lei 11.232/2005 e 740, parágrafo único, da Lei 11.382/2006: ênfase no prazo de 15 dias e a natureza jurídica das multas". In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 811; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. "Os atos de comunicação processual do devedor na disciplina da lei 11.232". In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 950; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "Início do cumprimento da sentença". *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, 211-212; MONTEIRO, Vitor J. de Mello. "Da multa no cumprimento de sentença". In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2006, p. 507; FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. "A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença". In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 156-161; SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. "Primeiras observações sobre o novo art. 475-J do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 139, p. 170-171; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. "A execução provisória diante da lei 11.232/2005". In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2006, p. 282; SANTOS, Evaristo Aragão. "Breves notas sobre o "novo" regime de cumprimento da sentença". In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 324-326; GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/2005". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: RT, 2006, n. 36, p. 76-77; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "O início do prazo para o cumprimento voluntário da sentença e a multa prevista no *caput* do art. 475-J do CPC". In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 251; AMARAL, Guilherme Rizzo. "Do cumprimento da sentença". In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96-98. TESHEINER, José Maria. "É possível a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC na execução provisória?". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 67, p. 213-214. Rodrigo Barioni, embora admita a incidência da multa em execução provisória, observa que isso não ocorrerá sem problemas (BARIONI, Rodrigo. "Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais", cit., p. 535-536).

47. Para um exame aprofundado do tema, consultar: DIDIER JR., Fredie e ANDRADE, Daniele. "Execução provisória e a multa prevista no art. 475-J do CPC". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Cassio

Trata-se, como visto, de multa que tem a missão de forçar o cumprimento espontâneo da decisão. O cumprimento espontâneo pode significar aceitação da decisão e, portanto, eventual recurso que o devedor/executado tenha interposto pode ser considerado inadmissível, pela prática de ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503 do CPC).

É possível argumentar que o executado, para livrar-se da multa, poderia pedir o depósito judicial do montante devido, que somente seria levantado nos termos do art. 475-O, III, CPC. Foi o que ficou estabelecido na Medida Cautelar n. 12/743/SP[47], mediante decisão da Ministra Nancy Andrighi, que sugeriu que se fizesse o depósito integral da quantia ou que se prestasse fiança bancária em garantia, a fim de que a multa não incidisse em execução provisória.

Sucede que a norma inserta na primeira parte do *caput* do art. 475-J visa a que o devedor cumpra, sem mais delongas, o comando judicial, de modo a impedir a incidência da multa; exige-se, pois, o *pagamento*, que remete à idéia de extinção da obrigação. O problema é que, uma vez provocado o reexame da matéria mediante a interposição de recurso, ainda que sem efeito suspensivo, a obrigação ainda não está revestida de certeza jurídica, não podendo funcionar a multa como instrumento para coagir o devedor a extingui-la, mediante o cumprimento voluntário da prestação pecuniária certificada na decisão exeqüenda. Ocorrendo *pagamento*, não há como subsistir o recurso interposto. É forçosa a sua inadmissibilidade. Não mais existe obrigação a discutir. Reconheceu-se a procedência do pedido (art. 269, II, do CPC).

Assim, não prospera o argumento de que o executado deve *prestar caução* ou *depositar* a quantia devida – ou, ainda, *apresentar fiança bancária*, como oportunizou a Ministra do STJ, Nancy Andrighi, na decisão supracitada –, apenas com o intuito de repelir a aplicação da multa, esclarecendo aos órgãos *a quo* e *ad quem* que pretende esperar o julgamento recursal (para não caracterizar a prática de ato "sem reserva", a que alude o parágrafo único do art. 503). Isso não é *pagamento*, *adimplemento*, *cumprimento voluntário*. É apenas garantia do juízo. É oferecer dinheiro à penhora. Não atende ao quanto estatuído no art. 475-J, *caput*, primeira parte, segundo o qual o *pagamento* é o único ato do devedor capaz de dispensar a multa de 10% (dez por cento).

Se assim não fosse, e prevalecesse o entendimento esposado na mencionada decisão do STJ, seria possível concluir que, em qualquer execução, provisória ou definitiva, bastaria ao executado tomar uma das duas providências, indicadas pela Ministra, que a multa não incidiria; ou seja, bastaria que a penhora fosse feita em dinheiro ou em carta de fiança bancária, oferecidas pelo executado, para afastar a incidência da multa. Ou seja: a multa serviria *não apenas para forçar o adimplemento voluntário*, mas, também, *para o oferecimento de dinheiro ou carta de fiança bancária à penhora* (a propósito, curioso o fato de terem sido possibilitadas apenas essas duas garantias).

A diferença entre pagamento da obrigação (art. 651 do CPC) e oferecimento de dinheiro/fiança bancária (art. 655, I, e art. 656, § 2º, CPC) à penhora parece indiscutível e

---

Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: RT, 2008, v. 4, p. 192 e seguintes. Este tópico foi escrito tomando por base o referido ensaio doutrinário.

dispensa maiores considerações; inclusive o valor a ser penhorado já inclui a multa que incidiu em razão do inadimplemento (art. 475-J, CPC).

Desse modo, é imperioso distinguir as situações: cumprir a sentença é remir a dívida, obstando a instauração da fase executiva, que pressupõe o inadimplemento; prestar caução, depositar o dinheiro ou apresentar carta de fiança bancária são condutas que não impedem a execução, ao contrário, "garantem-na", pois a penhora recairá sobre tais quantias. Há, pois, uma incompatibilidade lógica na aplicação da multa do art. 475-J na execução provisória.

> No sentido do que defendemos, o STJ já decidiu que "a atitude do devedor, que promove o mero depósito judicial do quantum exequendo, com finalidade de permitir a oposição de impugnação ao cumprimento de sentença, não perfaz adimplemento voluntário da obrigação, autorizando o cômputo da sanção de 10% sobre o saldo devedor. A satisfação da obrigação creditícia somente ocorre quando o valor a ela correspondente ingressa no campo de disponibilidade do exequente; permanecendo o valor em conta judicial, ou mesmo indisponível ao credor, por opção do devedor, por evidente, mantém-se o inadimplemento da prestação de pagar quantia certa" (STJ, 4ª T., REsp n. 1.175.763/RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 21.06.2012, publicado no DJe de 05.10.2012).

Saliente-se que, caso seja admitida a multa nesse tipo de execução, vislumbram-se três possibilidades. Ao executado, que interpôs recurso sem efeito suspensivo, caberá: *(i)* ou pagar, para evitar o acréscimo de 10% (dez por cento); *(ii)* ou depositar/prestar fiança bancária/caução, sem pagar, também para evitar a multa; *(iii)* ou não fazer nada.

No *primeiro caso*, o recurso fatalmente cairia, pois teria havido reconhecimento da procedência do pedido. No *segundo caso*, o recurso prosseguiria (inclusive de acordo com a decisão do STJ), mas a multa não poderia incidir, não obstante não houvesse o cumprimento voluntário, único fato que, na forma do art. 475-J, poderia dispensá-la. Na *terceira situação*, a multa incidiria e a execução provisória prosseguiria no valor certificado acrescido do percentual legal.

Pergunta-se: transitada em julgado a decisão, iniciar-se-á, novamente, o cumprimento da sentença condenatória. Haveria, então, nova incidência da multa? Parece que ninguém defende ou defenderia isso. Como se não houvesse nova incidência, significa, então, que sempre que se interpuser recurso sem efeito suspensivo, que permite a execução provisória, mas que afinal não lograr êxito, não haverá como a parte derrotada escapar do acréscimo de 10% (dez por cento) no valor da obrigação sem depositá-la, pagando ou simplesmente garantindo o juízo. Retira-se, então, da parte, nestes casos, o direito de cumprir a sentença definitiva, pagando o valor original sem acréscimo. É como se se estivesse defendendo que a derrota em recurso sem efeito suspensivo, que não impediu a instauração da execução provisória, trouxesse consigo, como efeito anexo, o acréscimo de dez por cento no valor certificado na sentença.

De mais a mais, não se olvide que a multa, ao contrário das *astreintes*, possui natureza não só coercitiva, mas também punitiva, em virtude do inadimplemento da obrigação reconhecida na sentença ou acórdão. Não há como apenar o devedor que, legitimamente, está exercendo o direito de recorrer, demonstrando o seu descontentamento com o pronunciamento judicial.

Por conseguinte, se o vencido deseja discutir o título, não lhe pode ser imposto o *pagamento*, cumprimento voluntário do julgado. Por outro lado, a *prestação de caução*, de *fiança bancária* ou o *depósito* do valor da condenação não podem elidir a multa, dado que não configuram o *pagamento* demandado pelo art. 475-J.

Não resta outra possibilidade: a multa não pode ser aplicada na execução provisória[48]. Há de se aguardar o julgamento do recurso e, sobrevindo o trânsito em julgado da decisão, deve-se intimar o executado para cumprimento voluntário, agora sob pena de incidência da multa, eis que convertida em definitiva a execução.O STJ já acolheu expressamente essa argumentação [49] e, posteriormente, pacificou o seu entendimento mediante pronunciamento da Corte Especial [50].

Adotou expressamente esse entendimento a 2ª T. do STJ no REsp n. 1.100.658-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.05.2009, acórdão publicado no DJ de 21.05.2009.

i) Há entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a multa de que fala o art. 475-J do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, por violar o art. 880 da CLT, que determina que "requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora", e por violar o art. 889

---

48. Com os mais diversos fundamentos, basicamente todos expostos no texto, também não admitem a multa do art. 475-J na execução provisória: SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. "Análise da nova execução civil de títulos judiciais". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007. n. 145, p. 201-203; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março 2006*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 388; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento das sentenças e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60-61; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 194-195; COSTA, Eduardo José da Fonseca. "É possível a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC na execução provisória?". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 67, p. 215-218. ZAVASCKI, Francisco Prehn. "Considerações sobre o termo *a quo* para cumprimento espontâneo das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 140, p. 138; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. "Algumas reflexões sobre a multa do art. 475-J do CPC". In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 274-275; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 143-144; NEIVA, José Antônio Lisbôa. "Algumas questões envolvendo a Lei 11.232/2005". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 139, p. 146; CARMONA, Carlos Alberto. "Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005". In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A nova execução dos títulos judiciais: comentários à lei 11.232/2005*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65-67.

49. STJ, 2.ª T., REsp 1.100.658-SP, rel. Min. Humberto Martins, publicado no DJ de 21.05.2009.

50. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA. CPC, ART. 475-J. DESCABIMENTO. I. A multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória. II. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Corte Especial, REsp 1059478/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 15.12.2010, publicado no DJe de 11.04.2011).

da CLT, que determina explicitamente a aplicação das regras relativas ao procedimento da execução fiscal aos trâmites e incidentes do processo de execução. A aplicação do CPC, de acordo com o artigo 769 da CLT, é subsidiária, de modo que somente é admissível quando houver omissão da CLT[51].

j) Outra questão importante é a de saber como ficaria a prescrição da pretensão executiva do credor. De acordo com o Código Civil, uma vez interrompida a prescrição, por despacho do juízo determinando a citação ainda na fase cognitiva do procedimento (art. 202, I, CC), o prazo somente voltaria a fluir a partir do último ato do processo em que fora interrompida (art. 202, p. ún., CC).

O problema é que, sendo a execução uma etapa do mesmo procedimento em que se certificou o direito subjetivo do credor, não haveria, a rigor, entre as fases cognitiva e executiva, o fim de um "processo" ou o início de outro. Assim, a aplicação literal do disposto no parágrafo único do art. 202 do Código Civil geraria distorções no sistema, permitindo que um dispositivo criado para garantir a segurança jurídica nas relações obrigacionais passasse a, em verdade, afastá-la.

Basta pensar na situação do credor que, não tendo obtido espontaneamente o pagamento do devedor, aguardasse por vinte e cinco anos para só então pedir a expedição de mandado de avaliação e penhora. Aplicando-se literalmente o art. 202, p. único, do CC, esta situação seria absolutamente possível, já que, como o processo não teria ainda sido encerrado, sequer se poderia falar em recomeço do prazo prescricional.

É justamente porque a situação fere o bom senso e, pior, atenta contra a segurança jurídica, que parece ser necessário redescobrir no processo civil o instituto da prescrição intercorrente, assim entendida aquela que se opera mesmo na fluência do procedimento jurisdicional, nos casos de inércia do titular do direito.

Mas dessa constatação surge um outro problema: a partir de quando a prescrição intercorrente passaria a fluir? Ao que tudo indica, deveria fluir a partir do momento em que restasse configurado o inadimplemento do devedor. E isso somente ocorre após o escoamento do prazo de 15 dias para pagamento espontâneo. Vale observar que, a partir

51. Ver, a título de exemplo, o seguinte julgado: "RECURSO DE REVISTA. 1. DA DESCARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE BANCÁRIO DO RECLAMANTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA A TEOR DA SÚMULA 296/TST. A jurisprudência trazida a cotejo carece da especificidade exigida pela Súmula 296/TST, porquanto não aborda as mesmas premissas fáticas contidas na decisão recorrida. Não conheço do recurso de revista.2. DA CONTRARIEDADE À SÚMULA 55/TST. INOCORRÊNCIA. O Regional deixou registrado que, pelo contexto probatório dos autos, o reclamante estava inserido na categoria de bancário. Para se chegar a conclusão diversa, necessária seria a incursão nas provas dos autos, o que é vedado nesta instância recursal, a teor da Súmula 126/TST. Não conheço do recurso de revista.3. ARTIGO 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Consoante o entendimento de que o art. 475-J do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, por não haver omissão no texto celetista e por possuir regramento próprio quanto à execução de seus créditos, no capítulo V da CLT (arts. 876 à 892), inclusive com prazos próprios e diferenciados, a decisão proferida pelo Tribunal a quo merece reforma, para excluir da condenação a aplicação de tal dispositivo à futura execução trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 644/2007-026-13-00.4 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 17/12/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/12/2008)

daí, o curso do procedimento dependerá de ato a ser praticado pelo credor (pedido de expedição de mandado de avaliação e penhora). Sendo assim, a partir do décimo sexto dia tem início o prazo prescricional para que o credor possa buscar a efetivação do direito subjetivo que lhe fora certificado.

k) A multa legal prevista no art. 475-J não se aplica no caso de execução de sentença homologatória de acordo, judicial ou extrajudicial, em cujo bojo tenha sido fixada multa negocial pelo inadimplemento da obrigação. Haveria *bis in idem* injustificável.

3.2.2. Segunda fase: execução forçada

Ultrapassada a fase de cumprimento voluntário da sentença, a fase executiva iniciar-se-á a partir do requerimento do credor, que é uma demanda e, como tal, dever ser veiculado em instrumento escrito[52], que contenha causa de pedir e pedido, sem necessidade de nova qualificação das partes, nem pedido de nova citação, atualmente desnecessária para essa etapa do procedimento.

É possível dividir a fase de execução forçada em três sub-fases: *i)* fase inicial, em que se buscará fazer a penhora e a avaliação de bens que respondam pela dívida; *ii)* fase que se inicia com a impugnação do executado, que instaura atividade cognitiva limitada na fase executiva; *iii)* fase final, que se caracteriza pela prática de atos de pagamento (adjudicação, p. ex.) ou expropriação de bens (alienação particular ou hasta pública).

Cumpre lembrar, ainda, o § 5º do art. 475-J: "Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte".

Mas não é só essa a conseqüência da inércia do exeqüente. Se, após a fase de cumprimento espontâneo, passar o prazo de trinta dias sem o requerimento do credor para a instauração da atividade executiva, eventual arresto que lhe tendo sido concedido perderá a eficácia, nos termos no inciso III do art. 808 do CPC.

Nessa nova fase, que se inicia após o não-adimplemento voluntário da obrigação, serão devidos honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º, CPC, adaptado à nova sistemática da execução da sentença[53]. Perceba: na fase inicial, em que se intima o devedor para cumprimento voluntário, não há fixação de nova verba honorária, que somente será imposta se for instaurada a fase de execução forçada.

---

52. Admite formulação de requerimento oral, CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*, cit., p. 115. Note que nos Juizados Especiais o requerimento oral é admitido (art. 52, IV, Lei Federal n. 9.099/1995).

53. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 75-76; SHIMURA, Sérgio. "A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005)". *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 567-568; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. "O cumprimento da sentença, a inadimplência e a improbidade processual". *Processo de execução civil – modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 174-175.

> No início de abril de 2008, nos autos do Recurso Especial n. 978.545, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do STJ reconheceu, por unanimidade, a possibilidade de condenação em honorários na fase de cumprimento de sentença. Fundamentam seu acórdão na interpretação literal do art. 20, §4º, CPC, que estabelece, expressamente, o cabimento de honorários na execução, embargada ou não, a ser lido juntamente com o art. 475-I, que dita que o cumprimento de sentença por quantia se faz por execução. Daí, concluiu-se que "(...) se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença".
>
> Considerou-se, ainda, que a verba honorária fixada na fase de conhecimento só abrange os serviços prestados pelo advogado até então, cabendo-lhe novos honorários pelos serviços que prestará na fase seguinte, a executiva.
>
> E invocou-se, enfim, o espírito de toda a reforma promovida com a Lei n. 11.232/2005, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC, asseverando que "de nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação".
>
> Atualmente, a questão já está pacificada no âmbito do STJ, tendo prevalecido o entendimento da Corte Especial no sentido de que "são cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do 'cumpra-se' (REsp. n.º 940.274/MS)", bem como de que "não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. [...] Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC".

Apresentado o requerimento do credor de instauração da fase executiva, expedir-se-á mandado de avaliação e penhora de bens que possam responder pela dívida executada (art. 475-J, *caput*, *fine*, CPC).

É preciso fazer algumas observações.

a) No *cumprimento da sentença*, não há a figura da *nomeação de bens à penhora*, de resto já eliminada até mesmo da execução de título extrajudicial, em que se dava ao executado a oportunidade de indicar os bens sobre os quais recairia a execução (art. 652, na redação anterior à Lei Federal n. 11.382/2006, que alterou a execução por quantia certa fundada em título extrajudicial do CPC).

Cabe ao credor *indicar* o(s) bem(ns) a ser(em) penhorado(s) (art. 475-J, § 3º, CPC), sem a ouvida prévia do executado, que controlará a validade da penhora pela *impugnação* (art. 475-L, III, CPC). Tal como se disse no item anterior, a indicação de bens pelo credor não é necessária, pois o oficial de justiça pode procurá-los, mas é obviamente bastante recomendável. Os convênios entre os órgãos do Poder Judiciário e o Banco Central (Convênio BACEN-JUD), que permitem um rastreamento de contas-correntes que existam em

nome do executado, junto a instituições financeiras, têm facilitado esse trabalho[54]. A Lei Federal n. 11.382/2006 ratificou essa possibilidade, acrescentando ao CPC o art. 655-A[55].

b) A *avaliação* do bem penhorado deve ser feita pelo próprio oficial de justiça que proceder à penhora. Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo (art. 475-J, § 2º, CPC). Generaliza-se, assim, a experiência da Lei de Execução Fiscal (Lei Federal n. 6.830/1980), art. 13: "O termo ou auto de penhora conterá, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar". A Lei Federal n. 11.382/2006 também seguiu essa orientação no regramento da execução de título extrajudicial (art. 652, § 1º, CPC).

> Sobre a avaliação, convém repetir a lição de LEONARDO GRECO, que parece ter inspirado a reforma legislativa: "Ademais, trata-se de uma prova onerosa que, em geral não exige conhecimentos técnicos, podendo ser suprida pelo senso comum revelado pelas partes, pelo oficial de justiça e pelo próprio juiz. E quando necessários se apresentam conhecimentos especializados, certamente não será o serventuário de justiça, sem esses conhecimentos, que irá revelar o valor justo dos bens penhorados, sendo necessário recorrer a um verdadeiro *expert*"[56].

Sendo anterior à defesa, a avaliação deve ser questionada na própria *impugnação* (art. 475-L, III, CPC), sob pena de preclusão.

Mas as coisas não são tão simples.

Certamente, haverá situações em que a avaliação do bem exigirá do oficial de justiça conhecimentos técnicos de que não dispõe. Nesses casos, o juiz determinará a realização de uma perícia simplificada para a avaliação do bem, cujos custos devem ser embutidos no montante da execução, de modo que sejam suportados pelo executado.

---

54. A 4ª T. do STJ firmou posicionamento de que o magistrado não está obrigado a aderir ao sistema Bacen-Jud e que a medida pode ser implementada pelo método tradicional de expedição de ofício. O cadastro do Bacen-Jud é facultativo, decidiram (STJ, 4ª T, Resp. n. 1017506/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.03.2011, publicado no DJ de 1º.1.2011). O Plenário do STF, por sua vez, em que pese ter considerado válido ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que obrigou todos os juízes com atribuição executiva a se cadastrar no Bacen-Jud, ressalvou, na adesão ao voto-visto do Ministro Lewandowski, que essa determinação administrativa não obriga, contudo, o magistrado a usar o sistema citado, ficando livre para valer-se de outras ferramentas no exercício da função jurisdicional (STF, Plenário, MS n. 27621/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 07.12.2011).

55. Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. § 3º 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 exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

56. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 351-352.

Em alguns Estados da Federação, o cargo de oficial de justiça enfeixa a função de avaliação de bens; em outros, há dois cargos, o de oficial de justiça e o de avaliador. Com a reunião das funções em um mesmo órgão, será preciso que alguns Estados procedam a alterações legislativas e administrativas, adequando-se à nova legislação.

Maiores considerações sobre a avaliação podem ser vistas no capítulo relativo ao tema, mais à frente.

c) Nem sempre a penhora será feita por oficial de justiça; é possível que ela seja feita pelo escrivão, por termo nos autos. É o que acontece, por exemplo, nos casos de penhora de imóvel, localizado em qualquer comarca, desde que o exeqüente apresente em juízo uma certidão que comprove que o imóvel pertence ao executado ou responsável (parte inicial do § 5º do art. 659 do CPC). Neste caso, embora a penhora seja feita por termo, caberá ao oficial de justiça-avaliador fazer a avaliação do bem, e não ao escrivão[57].

d) É discutível a exigência, atualmente, da penhora como pressuposto para o oferecimento da impugnação no cumprimento de sentença. Isso porque a Lei Federal n. 11.382/2006 alterou a redação do art. 736 do CPC, para dizer que os embargos de devedor, na execução de título extrajudicial, podem ser opostos independentemente de prévia penhora. Segundo pensamos, esta alteração também atinge o cumprimento de sentença. O ponto já foi discutido, quando tratamos dos efeitos da impugnação sobre a execução, no capítulo relativo à defesa do executado.

Para maiores considerações sobre a penhora, remetemos o leitor para o capítulo seguinte, dedicado exclusivamente ao tema.

e) Quanto à segunda sub-fase da etapa de execução forçada, que tem início com o oferecimento da impugnação pelo executado, remetemos à leitura do capítulo relativo às defesa do executado, na parte inicial deste volume do *Curso*. Quanto à terceira sub-fase, relativa aos atos de pagamento e de expropriação, remetemos à leitura dos capítulos seguintes, que cuidam especificamente desses temas.

3.3. As peculiaridades relativas ao processo autônomo de execução por quantia fundada em título judicial (art. 475-N, p. único, CPC).

Como se viu anteriormente, embora, em regra, a execução por quantia fundada em título judicial se desenvolva como fase no curso do processo em que se formou o título exeqüendo, é possível que ela se dê por meio de processo autônomo de execução. Isso acontece especificamente quando o título judicial que aparelha a execução é a sentença penal condenatória, a sentença arbitral, a sentença estrangeira homologada pelo STJ (art. 475-N, II, IV e VI, CPC, respectivamente) ou ainda o acórdão que julga procedente a revisão criminal (art. 630, CPP).

---

57. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 138.

Sobre o assunto, o p. único do art. 475-N do CPC estabelece que "nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso".

É importante esclarecer as coisas.

Nesses casos, quando houver necessidade de prévia liquidação, o credor deverá promovê-la, formulando, numa petição inicial, a sua demanda cognitiva com vistas à complementação da norma jurídica individualizada (sobre o assunto, ver o capítulo relativo à liquidação, neste volume do *Curso*). Pedirá, então, que o réu/devedor seja *citado* para participar em contraditório do processo autônomo de liquidação. Uma vez liquidado o crédito por um dos procedimentos cabíveis, a execução seguirá nos termos dos arts. 475-J e seguintes do CPC, isto é, sem necessidade de instauração de um novo processo. Ter-se-á, então, uma execução por *fase*; verdadeiro *cumprimento de sentença*.

Não havendo necessidade de prévia liquidação, o credor então deverá formular, numa petição inicial, a sua demanda executiva, buscando a satisfação do seu crédito[58]. Pedirá, assim, a *citação* do executado para que, em quinze dias, pague a quantia devida, sob pena de incidência da multa a que alude o art. 475-J do CPC. Não havendo adimplemento voluntário, poderá requerer a deflagração da fase de execução forçada, apontando bens à penhora. Como se vê, embora, em casos tais, a demanda executiva dê lugar ao nascimento de um processo autônomo de execução, o procedimento a ser seguido é o mesmo previsto para o cumprimento de sentença (arts. 475-J e seguintes, CPC), feitas apenas as adaptações necessárias.

3.4. A possibilidade averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 615-A, CPC)

Conquanto inserido nas disposições gerais relativas às diversas espécies de execução fundada em título extrajudicial, a faculdade prevista no art. 615-A do CPC pode ser exercida pelo exeqüente também na execução por quantia fundada em título judicial. É bem verdade que o exeqüente, em casos tais, se já tiver notícia da existência de bens penhoráveis, decerto que preferirá, desde logo, efetivar a sua penhora. Nada obstante, não se pode negar, só por isso, a aplicabilidade do instituto à execução por quantia fundada em título judicial.

O art. 615-A, CPC, foi objeto de comentários em item próprio, no capítulo relativo à boa-fé na execução, a cuja leitura fazemos remissão.

58. Os requisitos de validade da petição inicial já foram vistos no capítulo relativo à formação do procedimento executivo, a cuja leitura remetemos.

Capítulo XVII

Penhora

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Funções – 3. Natureza jurídica – 4. Efeitos: 4.1. Considerações iniciais; 4.2. Materiais: 4.2.1. Alteração do título de posse do devedor; 4.2.2. Ineficácia relativa dos atos de disposição; 4.2.3. Reflexos penais; 4.3. Processuais: 4.3.1. Individualização dos bens; 4.3.2. Conservação dos bens penhorados.; 4.3.3. Efeito suspensivo à defesa do executado; 4.3.4. Direito de preferência (arts. 612-613, CPC); 5. Objeto da penhora – 6. Impenhorabilidade: 6.1. Generalidades. A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor; 6.2. Natureza jurídica das regras de impenhorabilidade. Regime processual das questões sobre impenhorabilidade: disponibilidade, preclusão e conhecimento *ex officio*; 6.3. Fundamentos da impenhorabilidade; 6.4. Hipóteses de impenhorabilidade: 6.4.1. O *beneficium competentiae*; 6.4.2. Bens inalienáveis; 6.4.3. Bens declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; 6.4.4. 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; 6.4.5. Os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor.; 6.4.6. Rendimentos de natureza alimentar.; 6.4.7. Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; 6.4.8. O seguro de vida; 6.4.9. Os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas.; 6.4.10. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; 6.4.11. Os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social.; 6.4.12. Quantia depositada em caderneta de poupança (até o limite de quarenta salários mínimos); 6.4.13. Os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político; 6.4.14. Bem imóvel de moradia ("bem de família"); 6.4.15. Ressalva geral às regras de impenhorabilidade (art. 649, § 1º, CPC); 6.4.16. Hipóteses de penhorabilidade eventual; 6.4.17. Penhora de quotas sociais; 6.4.18. Impenhorabilidade do *jus sepulchri*, da sepultura e do sepulcro; 6.4.19. Penhora de bem dado em garantia real; 6.4.20. Impenhorabilidade de próteses; 6.4.21. Penhora do saldo da conta vinculada do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) – 7. Limites da penhora – 8. Escolha dos bens a penhorar. Ordem legal de preferência. Substituição do bem penhorado – 9. Lugar e tempo da penhora – 10. Realização e formalização da penhora: 10.1. Apreensão. Auto e termo de penhora; 10.2. Depósito: 10.2.1. Noções gerais; 10.2.2. Escolha do depositário; 10.2.3. Funções do depositário; 10.2.4. Remuneração do depositário; 10.2.5. Prisão Civil. A reviravolta jurisprudencial. O reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel; 10.3. Intimação do executado – 11. Penhora de imóvel – 12. Incidentes da penhora: 12.1. Modificações da penhora: ampliação, redução e renovação da penhora; 12.2. Substituição da penhora: 12.2.1. Nota introdutória; 12.2.2. Substituição por iniciativa de qualquer das partes; 12.2.3. Substituição por iniciativa do devedor; 12.2.4. Confronto entre as regras – 13. Penhoras especiais: 13.1. Penhora *on line*; 13.2. Penhora de créditos e de outros direitos patrimoniais (arts. 671-676, CPC); 13.3. Penhora de empresa e outros estabelecimentos (arts. 677-679, CPC).

1. NOÇÕES GERAIS

A penhora é o ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado[1]. A penhora satisfaz diretamente a pretensão do exeqüente, quando o bem penhorado for por ele adjudicado como pagamento da dívida;

1. Assim, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4, p. 146; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 235.

satisfaz indiretamente, quando o bem penhorado for alienado, e o produto da venda for entregue ao exeqüente.

É ato que individualiza a responsabilidade patrimonial do devedor, que antes era genérica[2]. A partir da penhora, escolhe-se, isola-se e destina-se um bem que responderá pelo débito[3]. Enquanto a responsabilidade é sujeição potencial e genérica do patrimônio do devedor (ou terceiros responsáveis), a penhora é sujeição efetiva e específica de um bem à execução.

> É o primeiro ato executivo e coativo, que afeta determinado bem à execução e torna os atos de disposição do seu proprietário sobre ele ineficazes para o processo[4].
>
> Mas existem particularidades que devem ser observadas para que se considere a penhora ineficaz para o processo, tais como: *a)* a natureza do bem (móvel ou imóvel); *b)* a existência de registro da constrição, senão da citação ou ajuizamento da ação; *c)* a análise da boa-fé do terceiro adquirente.
>
> Para conferir um estudo profundo de tais circunstâncias, remetemos o leitor ao capítulo sobre a boa-fé na execução, em que se examinam as espécies de fraude na execução.

O bem penhorado pode ser utilizado de *forma direta ou indireta* para realizar o crédito. O emprego do bem penhorado na satisfação do crédito dar-se-á de forma direta, quando entregue diretamente ao credor, incorporando-se ao seu patrimônio. É o que se dá na *adjudicação* (modalidade de pagamento). Dar-se-á de forma *indireta* quando for expropriado e convertido em dinheiro[5].

2. FUNÇÕES

Ao contrário do que diz consagrada doutrina, a penhora desempenha três (e não duas[6]) funções dentro da execução: *a)* individualização e apreensão do bem; *b)* o depósito e a conservação do bem; *c)* a atribuição do direito de preferência ao credor[7].

a) Inicialmente, devem-se buscar bens penhoráveis do devedor ou responsável. Para tanto, conta-se com a colaboração do credor, do devedor e do próprio oficial do juízo. Uma vez *individualizados e apreendidos,* os bens responderão pela execução.

---

2. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 146.
3. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 123.
4. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 591-592.
5. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 306.
6. Para Liebman, é o primeiro ato executivo praticado na execução por quantia certa e tem *dupla função*: "I – visa a *individuar e apreender* efetivamente os bens que se destinam aos fins da execução, preparando assim o ato futuro da execução; (...) II- visa também a *conservar* os bens assim individuados na situação em que se encontram, evitando que sejam subtraídos, deteriorados ou alienados em prejuízo da execução em curso." O autor enxerga o direito de preferência para o credor um efeito da penhora previsto no direito alemão e austríaco, mas estranho ao direito latino (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 123-124).
7. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 147; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 294-295.

Não há mais o direito à nomeação de bens à penhora pelo devedor (previsto na antiga redação art. 652, CPC).

Coma reforma de 2005 e 2006 (Leis n. 11.382/2006 e 11.232/2005), o próprio credor pode indicar os bens a serem penhorados (art. 652, § 2º c/c art. 475-J, § 3º, CPC), o que normalmente ocorrerá já no seu requerimento/petição inicial. E, neste caso, os bens indicados pelo credor já devem constar no mandado executivo.

Se o credor não tiver indicado bens, o oficial deverá penhorar os bens que encontrar, no volume necessário para garantir satisfação do credor.

Havendo dificuldades na localização de tais bens, o magistrado pode, de ofício ou a requerimento, intimar o executado para, em cinco dias, indicar bens a serem penhorados (art. 652, § 3º, CPC), regra que, embora prevista expressamente para execução de título extrajudicial, é perfeitamente aplicável à execução de título judicial, até por força do artigo 475-R , CPC.

Note que o *direito à nomeação de bens à penhora pelo devedor* transformou-se em *dever de indicar bens à penhora*.

É função da penhora fixar a responsabilidade patrimonial sobre os bens por ela abrangidos. A penhora segrega bens do patrimônio do devedor, destinando-os à expropriação[8].

Isso não significa a perda do domínio ou posse do devedor em relação aos mesmos bens. Os direitos do executado sobre os bens penhorados *permanecem intactos*, mas, em razão do vínculo processual que os afeta à execução, qualquer ato de disposição será ineficaz em relação ao credor exeqüente[9].

Rigorosamente, não é possível para falar, de forma absoluta, em *intangibilidade* das faculdades inerentes ao direito de propriedade sobre o bem penhorado ("usar, gozar e dispor da coisa", art. 1.228, Código Civil).

O *uso* só será exercido pelo devedor, se isso for autorizado pelo juízo, e de acordo com os termos dessa autorização. É possível que o juízo nomeie terceiro como depositário da coisa, privando o executado da sua posse.

Se a penhora abranger frutos e produtos gerados pela coisa, o executado ficará despojado, por exemplo, do seu *gozo*.

Já o poder de disposição, embora não lhe seja tirado, é mitigado: a alienação do bem penhorado é ineficaz em relação ao procedimento executivo[10].

b) Devidamente individualizado e aprendido, o bem deve ser colocado sob os cuidados do *depositário*, responsável pela sua guarda e conservação. O depositário assume um

8. VERDE, Giovanni; CAPPONI, Bruno. *Profili del Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1998, v. 3, p. 60-61.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 193. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 591; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 294; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 126; PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 530.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 523-524.

múnus público de proteção e preservação do bem penhorado e seus acessórios (presentes ou futuros).

c) A penhora gera, ainda, uma *preferência* para o credor em face dos demais credores quirografários sobre o bem penhorado, sem prejuízo dos títulos legais de preferência.

Realizada penhora sobre um bem, isso não impede que outras sobrevenham sobre ele. Mas é dada preferência à satisfação do crédito daquele credor que primeiro a providenciou (art. 613 do CPC). Essa preferência, reitere-se, não exclui preferências anteriores (art. 709, II, CPC). Quis o legislador beneficiar o credor mais diligente em detrimento daqueles que demoraram a defender e garantir seu crédito. O tema voltará a ser examinado, com mais minúcia, mais à frente.

Essas são suas três funções. A penhora importa, enfim, individuação, apreensão, depósito e conservação de bens do devedor, criando preferência para o credor sobre eles.

3. NATUREZA JURÍDICA

Diante dessa função "conservativa" da penhora (depósito, guarda e conservação), discute-se em doutrina qual sua *natureza jurídica*: seria ato cautelar, executivo ou misto (cautelar e executivo)[11].

Uma *primeira corrente* a define como ato cautelar.

Não procede, contudo, a tese[12]. A penhora não é medida de mera preservação ou cautela do interesse em jogo; é o início de sua efetivação. Também não é revestida da eventualidade e acessoriedade típicas das cautelares nem reclama o preenchimento dos seus pressupostos (cautelares), pois se realiza independentemente de urgência (*periculum in mora*) e já é fundada em direito certo e, não, simplesmente provável (*fumus boni iuris*).

É ato necessário do processo executivo de expropriação. É o primeiro passo executivo, para a realização da transferência forçada dos bens do devedor. Tem ela uma função preventiva de conservar o bem constrito de subtrações e deteriorações; mas não é cautelar em essência.

> Um dos efeitos processuais da penhora é garantir o juízo, isto é, dar ao processo a segurança de que há, no patrimônio do executado, bens para satisfazer a dívida – que estão sob os cuidados do depositário. Essa pode ser identificada como a função cautelar da penhora, mas seria *efeito anexo* deste ato executivo, e que não é capaz de modificar sua natureza jurídica[13].

---

11. Para conferir a polêmica, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 292-293; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 590.
12. Com bons argumentos, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 123.
13. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 597; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 70; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 308.

Para uma *segunda corrente*, é ato misto (cautelar e executivo). Não é o melhor entendimento. Já se viu que a sua função cautelar é secundária e não serve para definir sua natureza (a sua substância) que é desencadear a expropriação forçada. É o início da invasão patrimonial que sofrerá do devedor.

Já a *terceira corrente*, que é a predominante, diz ser ato essencialmente executivo, pelo qual se apreendem bens do devedor; com isso, a responsabilidade patrimonial deixa de ser genérica para recair especificamente sobre ele. A penhora é ato executivo, ainda que insuficiente[14] para satisfazer o credor. A partir da penhora, poderão ser praticados atos de expropriação dos bens, que serão convertidos em pecúnia a ser entregue ao credor. Sem dúvidas é, em essência, simples ato executivo. É opinião de LIEBMAN[15], OVÍDIO[16], HUMBERTO THEODORO[17], ARAKEN DE ASSIS[18], CÂMARA[19], BRUNO GARCIA REDONDO, MÁRIO VITOR SUAREZ LOJO[20], e muitos outros.

4. EFEITOS

4.1. Considerações iniciais

A penhora considera-se aperfeiçoada, de acordo com o art. 664 do CPC[21], com a apreensão e o depósito dos bens. É a regra geral.

Mas, sendo *penhora de crédito*, não há apreensão física deste bem imaterial. Considera-se realizada penhora com: a) a intimação do terceiro (que deve ao executado) para que não pague diretamente ao executado e a b) intimação do próprio executado para que não pratique ato de disposição do seu crédito (art. 671, CPC[22]).

Se o crédito estiver espelhado em documento (com uma letra de câmbio, nota promissória ou um título de crédito qualquer), cabe falar em apreensão deste documento, ainda que não esteja em poder do executado (artigo 672[23]), para aperfeiçoamento da constrição.

---

14. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 193.
15. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 123-125.
16. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, t. 2, cit., p. 68.
17. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 293.
18. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 590.
19. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 306.
20. REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 37, especialmente a nota 10, com inúmeras referências.
21. Art. 664 do CPC: "Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia".
22. Art. 671 do CPC: "Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação: I – ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor; II – ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito".
23. Art. 672 do CPC: "A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor".

Em se tratando de *penhora de imóveis*, bastam a apreensão e depósito. Não há necessidade do registro para sua constituição, pois, de acordo com a nova redação do §4° do art. 659[24], trata-se de ato necessário apenas à sua publicidade e oponibilidade a terceiros[25].

Realizada a penhora, os efeitos que dela decorrem podem ser de duas ordens: materiais e processuais[26-27].

Os seus *efeitos materiais* são aqueles que se irradiam na esfera cível ou penal dos sujeitos do processo, a saber: *a)* alteração do título de posse do devedor – desdobra-se a sua posse sobre o bem gravado, com a transferência da posse direta para o depositário (que pode ser o próprio devedor) e a manutenção da posse indireta consigo; *b)* a ineficácia dos atos de disposição (alienações/onerações para terceiros) do devedor para a execução; e a *c)* a criminalidade (art. 179, Código Penal) dos atos lesivos ao bem penhorado, que dificultem ou frustrem os resultados do feito executivo.

E seus *efeitos processuais* são aqueles que ressoam no contexto estritamente processual, a saber: *a)* a individualização de um bem do devedor, dentre todos, a ser expropriado judicialmente e sua conseqüente vinculação ao juízo executivo; *b)* a sua guarda e conservação pelo depositário, auxiliar do juízo, garantindo-se a futura satisfação do crédito; *c)* garantida a execução, abre-se a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à defesa do executado; *d)* a preferência para o credor sobre bem penhorado, em detrimento dos demais credores sem privilégios ou garantias materiais.

A um estudo sistematizado de tais efeitos.

4.2. Materiais

4.2.1. Alteração do título de posse do devedor

A penhora tem por efeito a perda da posse direta do bem pelo devedor – embora não fique privado da posse indireta. E isso pode ocorrer de duas formas.

A *primeira* delas dá-se com a entrega do bem a um depositário judicial (auxiliar da justiça), para que o guarde e conserve. O executado não perde o domínio, nem a posse indireta sobre ele, mas será privado da sua posse direta.

---

24. § 4° do art. 659 do CPC: "A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, §4°), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial".
25. Mas, para que gere um dos efeitos doravante tratados, que é o direito de preferência para o credor penhorante em face dos demais, exige-se o seu registro (ASSIS, Araken. *Manual da Execução,* 11ª ed., cit., p. 789).
26. ASSIS, Araken. *Manual da Execução,* 11ª ed., cit., p. 592; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro,* 25ª ed., cit.,, p. 243; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil,* v. 2, cit., p. 307.
27. Para Liebman, só produz efeitos processuais, que seriam "imprimir a responsabilidade na coisa apreendida", o que conduziria à ineficácia de alienações e onerações posteriores (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução,* cit., p. 126).

> Segundo o art. 659, § 1º, com redação dada pela Lei n. 11.382/2006, "efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros".
>
> Nesse contexto, é possível que a posse direta permaneça com terceiro, em virtude de contrato firmado com devedor (de que é exemplo a locação ou o comodato)[28].
>
> Em caso de posse do terceiro, decorrente de vínculo contratual, o terceiro possuidor deve ter seus direitos respeitados, nos limites da lei e de possíveis cláusulas contratuais, sob pena do uso legítimo de embargos de terceiro, para reaver o bem[29].
>
> Esse fato repercute no momento posterior à alienação forçada. Caso queira o terceiro arrematante apossar-se da coisa, deverá buscar o remédio judicial que seja adequado à situação. Por exemplo, caso bem esteja na posse de locatário, caberá ação de despejo contra ele, na forma do artigo 8º da Lei n. 8.245/1991[30].

A *segunda* delas é com a manutenção do bem com o próprio executado, na condição de seu depositário – é o que pode ocorrer, com base no art. 666, § 1º[31], ou no art. 659, § 5º. Neste caso, não há, propriamente, o desapossamento da coisa (posse direta), mas, sim, a alteração do título da posse, pois o devedor se transforma em depositário. O devedor que antes tinha posse direta em razão do domínio, agora terá posse direta por ser depositário[32].

Há autores (minoria), porém, como AMILCAR DE CASTRO[33], LOPES DA COSTA[34] e FREDERICO MARQUES[35], que entendem que, em qualquer hipótese, perde o devedor a posse direta. Quando o bem é apreendido judicialmente, a posse direta passa a ser do Estado-juiz e o depositário é mero detentor – conserva a coisa em nome do estado, como auxiliar de justiça.

4.2.2. Ineficácia relativa dos atos de disposição

Eventual alienação/oneração do bem penhorado para terceiro existe, é válida, mas só é eficaz *inter partes* (alienante e adquirente/beneficiário); não produz efeitos para a execução[36]. "Vale, no plano do direito material, o próprio ato de transmissão, mas a ineficácia,

---

28. Hipótese aventada por ASSIS, Araken. *Manual da Execução* 11ª ed., cit., p. 595.
29. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 339; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 203-204.
30. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 595.
31. § 1º do art. 666 do CPC: "Com a expressa anuência do exeqüente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado".
32. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 595; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., cit., p. 243; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 311.
33. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 236.
34. Lopes da Costa, de fato, entende que o terceiro depositário é mero detentor, sendo o estado possuidor direto. Mas se o devedor for depositário, entende o autor que o devedor/depositário conserva posse direta e o estado fica com posse indireta do bem. (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 117-118).
35. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 4, p. 165.
36. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 193; COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 109 e 117; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 126; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 591; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 294.

no plano do direito processual, tem como conseqüência que os atos de direito material foram ineficazes e continuam ineficazes"[37].

Isso porque a penhora não tira o bem do domínio do devedor, podendo ele aliená-lo ou onerá-lo validamente. Mas esse ato de disposição será relativamente ineficaz; isto é, não obstante subtraído do patrimônio do executado, o bem continuará respondendo pela execução em que foi penhorado. Permanece penhorado e sujeito aos atos executivos. A penhora *expropria a eficácia do poder do executado de dispor do bem penhorado*[38].

> Há uma dúvida sobre se a penhora repercute no gozo do bem pelo seu proprietário.
>
> O devedor não fica automaticamente privado da fruição do bem penhorado. A penhora não afasta, de plano, o bem de sua natural finalidade econômica. Os frutos e rendimentos fazem parte da constrição, salvo decisão judicial em sentido contrário.
>
> O juiz pode autorizar que bens como aeronaves e embarcações continuem sendo empregados em atividade produtiva, exigindo, em caso de risco, seguro do bem constrito (a exemplo do art. 679, CPC,[39] e dos arts. 34, § 2º, e 36, da Lei n. 10.931/2004).[40-41]

A existência de penhora repercute diretamente na configuração de *fraude à execução*[42].

Antes da penhora, a responsabilidade do devedor é potencial e genérica, recaindo sobre todo seu patrimônio. Até então, há *fraude contra credores* se o devedor pratica ato de disposição que gera ou intensifica a sua insolvência, exigindo-se prova do dano para o credor e de ciência real ou presumida da fraude pelo terceiro beneficiário. Haverá *fraude à execução* se tratar de coisa litigiosa ou se pender processo que possa levar o devedor à insolvência ou (art. 593, II); em ambos os casos, exige-se que o terceiro saiba ou possa saber das hipóteses de fraude.

Depois da penhora, a responsabilidade do devedor passa a recair de forma efetiva e específica sobre o bem penhorado, que fica afeto à execução. A alienação do bem penhorado

---

37. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 193.
38. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 193.
39. Art. 679 do CPC: "A penhora sobre navio ou aeronave não obsta a que continue navegando ou operando até a alienação; mas o juiz, ao conceder a autorização para navegar ou operar, não permitirá que saia do porto ou aeroporto antes que o devedor faça o seguro usual contra riscos".
40. Art. 34, § 2º, Lei n. 10.931/2004: "Até a efetiva liquidação da obrigação garantida, os bens abrangidos pela garantia não poderão, sem prévia autorização escrita do credor, ser alterados, retirados, deslocados ou destruídos, nem poderão ter sua destinação modificada, exceto quando a garantia for constituída por semoventes ou por veículos, automotores ou não, e a remoção ou o deslocamento desses bens for inerente à atividade do emitente da Cédula de Crédito Bancário, ou do terceiro prestador da garantia".
Art. 36 da Lei n. 10.931/2004: "O credor poderá exigir que o bem constitutivo da garantia seja coberto por seguro até a efetiva liquidação da obrigação garantida, em que o credor será indicado como exclusivo beneficiário da apólice securitária e estará autorizado a receber a indenização para liquidar ou amortizar a obrigação garantida".
41. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 596.
42. Reflexão suscitada, ainda que com lições distintas, por LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. cit., p. 127.

é exemplo mais grave de *fraude à execução*. Não há necessidade de demonstração da insolvência do devedor para a caracterização da fraude.

Para uma visão mais profunda da questão, remete-se o leitor ao capítulo sobre a boa-fé na execução, em que se examinam as hipóteses de fraude na execução.

Penhorado determinado bem, a ineficácia dos atos de disposição do devedor sobre ele limita-se às partes daquele processo pendente, a partir do momento em que fora realizada a penhora. Se realizadas penhoras sucessivas sobre o mesmo bem (art. 613, CPC), em outros processos, só serão ineficazes os atos de disposição posteriores a cada uma delas; "o segundo credor penhorante não se beneficiará do termo inicial do anterior (...) a ineficácia é efeito individual de cada penhora"[43].

4.2.3. Reflexos penais

O art. 179, Código Penal, prescreve que a subtração, supressão, destruição, dispersão e deterioração da coisa penhorada constituem ilícito penal.

Ao proprietário em geral é dado desfazer-se ou destruir o que lhe pertence. Mas, ao devedor/proprietário de coisa penhorada, não; ao menos não sem responder por isso no âmbito criminal[44].

4.3. Processuais

4.3.1. Individualização dos bens

A penhora destaca e isola o bem sobre o qual incidirá a responsabilidade, que fica preso ao procedimento executivo. Individualiza-se o bem que será objeto dos atos executivos.

A responsabilidade patrimonial recai sobre todos os bens do devedor (art. 591, CPC) e de terceiros responsáveis (art. 592, CPC). Com a penhora, determina-se qual deles responderá efetiva e especificamente por aquele crédito, sujeitando-o àquela execução e aos seus atos expropriatórios.

4.3.2. Conservação dos bens penhorados

Com a penhora, garante-se o juízo da execução, assegurando-se o resultado prático da atividade executiva (é a função cautelar da penhora[45] ou um dos seus efeitos anexos, como se tem dito[46]).

Individualizados os bens, segue-se o ato de apreensão pelo órgão executivo e entrega a um depositário que assumirá encargo de sua guarda e conservação.

---

43. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 594.
44. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 595.
45. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., cit., p. 243.
46. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 597; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1, t. 2, cit., p. 70.

O depósito é a exteriorização desta faceta conservativa da penhora. O depositário é responsável pela proteção material do bem e tem legitimidade para defender sua posse; o depositário pode requerer, inclusive, medidas de conservação[47].

4.3.3. Efeito suspensivo à defesa do executado

Com a inclusão do artigo 739-A, § 1º, no CPC[48] (pela Lei nº 11.382, de 2006) um dos efeitos da penhora é permitir que o juiz conceda efeito suspensivo aos embargos de devedor (desde que preenchidos outros pressupostos de lei). Note que a penhora apenas compõe o suporte fático de um fato jurídico composto: a penhora, presentes outros pressupostos, produz o efeito de dar à defesa do executado a aptidão de suspender o procedimento executivo. A regra é a mesma para a *impugnação do executado*, defesa no procedimento de execução da sentença pecuniária.

O tema é tratado no capítulo dedicado à defesa do executado.

4.3.4. Direito de preferência (arts. 612-613, CPC)

A penhora atribui ao credor o direito de preferência sobre o bem penhorado (art. 612, CPC). Cria para o credor uma preferência sobre os bens penhorados, em relação aos demais credores quirografários do devedor comum. É manifestação do princípio do *prior tempore, potior iure* (o primeiro no tempo é o direito mais forte).

O tema será examinado com minudência no capítulo sobre a entrega do dinheiro ao credor, fase final da execução por quantia certa.

5. OBJETO DA PENHORA

Podem ser objeto de penhora os bens do patrimônio do devedor (art. 591) e do patrimônio de terceiros responsáveis (art. 592). Jamais deve ser atingido o patrimônio de terceiros estranhos à obrigação ou à responsabilidade originada do seu inadimplemento.

Dentre os bens integrantes do patrimônio do devedor e terceiros responsáveis, só devem ser penhorados aqueles:

a) que tenham *expressão econômica*. Bens que não sejam economicamente apreciáveis não têm qualquer utilidade para execução (não se vê utilidade, por exemplo, na penhora de uma carta de amor). Poderá recair sobre quaisquer bens economicamente avaliáveis do devedor (ou outros), corpóreos ou incorpóreos (art. 655, CPC). Dentre os corpóreos, há o dinheiro, as pedras e metais preciosos, os móveis, os veículos etc. Dentre os incorpóreos, os títulos da dívida pública, títulos de crédito que tenham cotação em bolsa e direitos;

---

47. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 597.
48. Art. 739-A do CPC: "Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

b) que não se enquadrem em nenhuma das *hipóteses de impenhorabilidade* a serem analisadas no item subseqüente.

6. IMPENHORABILIDADE

6.1. Generalidades. A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor

Não são todos os bens do executado que respondem pela execução. Há bens que não podem ser penhorados. A restrição à penhora de certos bens chama-se *impenhorabilidade.*

Há casos de *impenhorabilidade absoluta*, quando o bem não puder ser penhorado em nenhuma hipótese, o que é raro (p. ex.: o seguro de vida, art. 649, VI, CPC) e de *impenhorabilidade relativa,* quando o bem puder ser penhorado na execução de certos créditos. É importante observar que essa classificação da *impenhorabilidade* não se funda em uma suposta diferença de *grau* entre uma espécie ou outra. Não se pode estabelecer o raciocínio causa-conseqüência, no sentido de que *penhora de bem absolutamente impenhorável* gera *"nulidade"* e *penhora de bem relativamente impenhorável* gera *anulabilidade processual.* Tampouco é possível qualificar as regras de impenhorabilidade absoluta como regras cogentes, de ordem pública, e as regras de impenhorabilidade relativa como regras dispositivas. A diferença entre essas regras está no âmbito de oponibilidade do direito à impenhorabilidade: a qualquer credor, no caso da impenhorabilidade absoluta, a alguns credores, no caso da relativa.

A *impenhorabilidade* de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que *limita a atividade executiva* e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo[49] e a função social da empresa. São regras que compõem o *devido processo legal*, servindo como *limitações políticas à execução forçada*[50].

Exatamente por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. As regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas de acordo com a metodologia de aplicação das normas de direitos fundamentais[51]. O legislador estabelece *a priori* o rol dos bens impenhoráveis (art. 649 do CPC), já fazendo, portanto,

---

49. Sobre o direito ao patrimônio mínimo como conteúdo do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, ver FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; CAMBI, Eduardo. "Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família". *Processo de execução.* Teresa Arruda Alvim Wambier e Sérgio Shimura (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 248-278; FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil:* Teoria Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 347-349.

50. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2004, v. 4, p. 340.

51. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 165 e segs. Assim, também, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil.* 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 92-93.

um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exeqüente em favor da proteção do executado. Não obstante isso, as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, em que se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a proteção do outro. Ou seja: é preciso deixar claro que o órgão jurisdicional *deve* fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se a sua aplicação revelar-se *inconstitucional*, porque não razoável ou desproporcional, *deve* afastá-la, construindo a solução devida para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional *deve* observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao *controle de constitucionalidade* das leis, podem ser constitucionais em tese, mas, *in concreto,* podem revelar-se *inconstitucionais.*

> É como afirma Marcelo Lima Guerra: "O primeiro dado que se impõe ao intérprete é que a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos. (...) ...as restrições aos direitos fundamentais não são, em princípio, ilegítimas. Devem, no entanto, estar voltadas à realização de outros direitos fundamentais e podem, por isso mesmo, estar sujeitas a uma revisão judicial que verifique, no caso concreto, se a limitação, ainda que inspirada em outro direito fundamental, traz uma excessiva compressão ao direito fundamental restringido"[52].

Um exemplo talvez seja útil para ilustrar essa lição.

O bem imóvel que serve de moradia da família é *relativamente* impenhorável, conforme será visto com mais detalhes à frente. Objetiva-se, com essa restrição, proteger o direito fundamental à moradia, conteúdo do direito à proteção da dignidade. Imagine-se um imóvel de altíssimo valor. Imagine-se, agora, um crédito que corresponda a quarenta por cento do valor do imóvel. A *venda judicial* do imóvel, no caso, permitiria não só satisfazer o direito do credor como, ainda, garantir ao executado, com a *sobra*, a aquisição de outro imóvel, que lhe preserve a dignidade. A opção pela interpretação literal da regra, que veda a penhora, *protegeria exclusivamente o direito do executado* de maneira *desnecessária*, porque a relação valor executado/valor do bem permitiria a aquisição de outro imóvel, após a entrega do dinheiro ao credor. Seria, pois, interpretação em desconformidade com os preceitos da contemporânea hermenêutica constitucional, que preconiza a necessidade de, nos casos de choque entre direitos fundamentais, dar a interpretação que mais adequadamente proteja a ambos[53].

---

52. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 165.
53. Com outros exemplos de não-aplicação da regra de impenhorabilidade do bem de família, em razão da sua desproporcionalidade, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 167-168. Valendo-se de exemplo semelhante, embora sem fazer referência à metodologia da teoria dos direitos fundamentais, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, cit., p. 342. Partindo de premissas teóricas semelhantes, VARGAS, Jorge de Oliveira. "A impenhorabilidade e a interpretação corretiva da lei". *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Teresa Wambier, Ernane Fidélis, Luiz Rodrigues Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 476-483.

Enfim, são *em princípio* constitucionais as regras que *restringem a responsabilidade patrimonial*, impedindo a penhora de certos bens. Em um Estado Democrático que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), a restrição à penhora de certos bens apresenta-se como uma técnica processual *tradicional* e bem aceita pela sociedade contemporânea. Mas essas regras não estão imunes ao controle de constitucionalidade *in concreto* e, por isso, podem ser afastadas ou mitigadas se, no caso concreto, a sua aplicação revelar-se não razoável ou desproporcional.

Há, porém, o outro lado da moeda.

Exatamente porque são normas que visam proteger direitos fundamentais, as regras de impenhorabilidade podem ser *ampliadas* em razão de peculiaridades do caso concreto, como forma de tutelar adequadamente esses mesmos direitos fundamentais. Trata-se de aplicação do *princípio da adequação* (sobre o tema, ver o capítulo sobre princípios, no v. 1 deste *Curso*).

Alguns exemplos.

Não há regra expressa que proíba a penhora de um cão. No entanto, não será possível penhorar um cão-guia, que, para o cego, corresponde aos seus olhos. A natureza jurídica do cão-guia é de olho, órgão humano, e, como tal, não sujeito à responsabilidade patrimonial. A necessidade de proteção do direito fundamental à dignidade permite a interpretação judicial que repute impenhorável esse bem. A mesma metodologia autoriza que se repute *impenhorável* uma *cadeira-de-rodas*, que está sendo utilizada pelo devedor[54].

Do mesmo modo, é essa a justificativa do posicionamento jurisprudencial amplamente consolidado no sentido de que bem imóvel de *solteiro* é impenhorável (súmula do STJ, n. 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas"), a despeito da ausência de regra expressa nesse sentido.

Correta, portanto, mais uma vez, a lição de Marcelo Lima Guerra: "somente o modelo dos direitos fundamentais pode fornecer um caminho seguro, que oriente e justifique o *desenvolvimento judicial do direito*, no qual o juiz ora deixe de aplicar normas (regras) expressamente postas, ora aplique outras não expressamente positivadas, mas inseridas no âmbito semântico de algum direito fundamental"[55].

Essa *flexibilidade* na aplicação das regras de impenhorabilidade revela-se, também, na técnica legislativa empregada pelo legislador, que criou hipóteses normativas recheadas de conceitos jurídicos indeterminados, como "médio padrão de vida" (art. 649, II, CPC) e "elevado valor" (art. 649, III, CPC)[56].

54. Exemplo lembrado por Cândido Dinamarco, a partir de decisão da Corte Constitucional italiana (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, cit., p. 342).
55. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 166.
56. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3ª ed., cit., p. 93.

Assim, é preciso aplicar com algum *tempero* a lição doutrinária que apresenta a *tipicidade* como princípio regente das regras de impenhorabilidade, segundo o qual somente regras típicas (expressas) de impenhorabilidade poderiam ser aceitas[57].

6.2. Natureza jurídica das regras de impenhorabilidade. Regime processual das questões sobre impenhorabilidade: disponibilidade, preclusão e conhecimento *ex officio*

Costuma-se dizer que as regras de *impenhorabilidade* são de ordem pública[58].

A lição *não* parece correta.

As regras de impenhorabilidade não servem à proteção da ordem pública. Servem à proteção do *executado*.

Ressalvada a hipótese do inciso I do art. 649, que reputa impenhorável bem inalienável (indisponível, portanto)[59], todas as demais hipóteses cuidam de bens *disponíveis*, que podem ser alienados pelo executado, inclusive para o pagamento da própria dívida que se executa[60].

Ora, se é disponível, o bem poderia ser vendido pelo executado livremente. Se o bem pode ser alienado pela vontade do executado, porque não poderia ser *penhorado* (ato preparatório de futura expropriação judicial) pela vontade do próprio executado? Se o executado pode desfazer-se do bem *extrajudicialmente*, porque não poderia desfazer-se dele *judicialmente*? O STF, ao examinar a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, que permite a penhora de bem de família do fiador de contrato de locação, decidiu, por maioria, que o fiador, espontaneamente, porque é livre e capaz, pôs o seu patrimônio imobiliário como garantia da dívida locatícia, e isso é compatível com a Constituição, sob pena de tornarmos o proprietário de bem de família um civilmente incapaz, com percebeu o Min. Sepúlveda Pertence (STF, Pleno, RE n. 407.688, rel. Min. Cézar Peluso, j. em 08.02.2006, publicado no DJ de 06.10.2006).

---

57. Entendendo que as regras de impenhorabilidade são típicas e dependem de previsão expressa, ASSIS, Araken, *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 216-217; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 638.

58. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 4, cit., p. 341; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 222; REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 82; GÓES, Gisele. "Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial". Tese de doutoramento em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2007, p. 254; Entendendo que as regras de impenhorabilidade são típicas e dependem de previsão expressa, STJ, 4ª. T., REsp n. 327.593/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.12.2002, publicado no DJ de 24.02.2003, p. 238. Pontes de Miranda afirma que o *beneficium competentiae*, impenhorabilidade de bens estritamente necessários à preservação da dignidade do executado (art. 649, II-IX, CPC), examinado mais à frente, é de "direito público" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 133).

59. "Por isso, é sempre alegável, *e. g.*, a impenhorabilidade, até a decisão final passar em julgado, dos bens inalienáveis (art. 649, I), sem renúncia possível". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 135.)

60. Nesse sentido, amplamente, MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161-167.

Correto o posicionamento de Araken de Assis: "Qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor (...) poderá ser afetado à execução por sua livre e soberana nomeação (art. 655)"[61].

Assim, também, com boa fundamentação, a 3ª. T. do STJ, no REsp n. 351.932/SP, rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. em 14.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 278: "1 – Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis. Nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio". Nesse julgado, houve a ressalva do *bem de família,* cuja impenhorabilidade não poderia ser renunciada, posicionamento com o qual não se concorda, como se verá adiante.

Predominou, outrossim, nos autos do Resp n. 1141732, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 09.11.2010, o entendimento da mesma 3.ª Turma de que o oferecimento *voluntário* de imóvel como garantia hipotecária por fiador tem o condão de descaracterizá-lo como bem de família, tornando-o sujeito à penhora para assegurar o pagamento da dívida afiançada. No caso, os pais, fiadores em contrato de compra e venda de uma papelaria adquirida por seu filho (afiançado), para garantir a satisfação da dívida, hipotecaram o único imóvel da família, em que fiadores e afiançado residem, destacando a relatora Min. Nancy Andrighi que o oferecimento do imóvel foi voluntário e consciente, tendo, havido, pois, renúncia à sua impenhorabilidade, conclusão que se impõe em nome da "boa-fé insita às relações negociais".

A impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível[62]. Se a impenhorabilidade é disponível, *não* pode ser considerada como regra de *ordem pública.* Considerar uma regra como de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica jurídica.

Alguns exemplos podem ser úteis para a correta compreensão do tema.

a) Bem imóvel de família é, como cediço, *impenhorável.* Imagine a hipótese de um bem imóvel de pessoas casadas. De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, um cônjuge somente pode alienar bem imóvel com a autorização do outro. Imagine, ainda, que os cônjuges têm uma dívida e querem pagá-la. Como bons devedores, pretendem desfazer-se do seu patrimônio para pagar a sua dívida, readequando o seu padrão de vida. Ambos têm o direito de *alienar* o imóvel e, com o dinheiro arrecadado, adimplir a obrigação. Não há como impedi-los de fazer isso, eis que manifestação legítima do seu direito de liberdade. Assim, por que não poderiam, uma vez demandados pela dívida, *aceitar* a penhora sobre o imóvel, que terminará com a *alienação judicial* do bem? Repita-se a pergunta: se alienável *extrajudicialmente,* por que não alienável *judicialmente*?[63] Tanto mais se justifica

61. ASSIS, Araken de. *Manual da execução,* 11ª ed., cit., p. 217.
62. Embora considere as regras de impenhorabilidade como "normas de ordem pública", Cândido Dinamarco admite que, sendo disponível o bem, se deve aceitar a renúncia ao direito à impenhorabilidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil,* cit., v. 4, cit., p. 341).
63. Em sentido diverso, considerando *irrenunciável* a impenhorabilidade do bem de família, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – execução.* São Paulo: RT, 2007, v.

a pergunta, quando se vê, no CPC, a possibilidade de o executado pedir a substituição do bem penhorado por um imóvel, apresentando, de logo, a anuência expressa do respectivo cônjuge (art. 656, § 3º, CPC), hipótese examinada mais à frente, no item sobre a substituição do bem penhorado.

> Injustificável, assim, o posicionamento da 1ª T. do STJ, exposto no AgRg no REsp 813546/DF, relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 10.04.2007, publicado no DJ de 04.06.2007, p. 314: "1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ". Nessa esteira, STJ, 4ª T., Resp. n. 875687/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.08.2011, publicado no DJ de 22.08.2011. Lamentável também a postura do TST, cuja SDI-2, nos autos do RO n. 83100-48.2007.512.000, reconheceu a impenhorabilidade de bem imóvel de família que fora espontaneamente oferecido em hipoteca para garantia de empréstimo, por ser benefício irrenunciável e decorrente de norma de ordem publica.
>
> A regra não é de ordem pública, como se viu, pois protege o executado, sem retirar-lhe o direito à disposição do bem. De outro lado, a prevalecer o argumento de que a regra que proíbe a penhora de bem de família visa proteger à família, e não ao executado[64], seria preciso considerar *inalienável* o bem de família, em qualquer caso. Nada impede que o proprietário do imóvel o *aliene* voluntariamente, *em prejuízo à família*... Assim, é incoerente e inútil considerar *inalienável judicialmente* um bem que pode ser *alienado extrajudicialmente*.

b) Penhora sobre bem impenhorável *disponível*. Intimado a defender-se, o executado não a questiona, deixando de exercer o seu direito de não ter aquele bem penhorado. Há, no caso, *preclusão*, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos (art. 245 do CPC)[65].

c) Decidida a questão sobre a penhorabilidade do bem, e não havendo mais possibilidade de interposição de recurso, há preclusão, que impede nova apreciação dessa mesma questão[66]. Essa decisão poderá, ainda, ser objeto de ação rescisória, não obstante se tratar de decisão interlocutória (sobre a possibilidade de ação rescisória de decisão interlocutória, ver o capítulo respectivo no v. 3 deste *Curso*). Como visto no capítulo sobre a teoria da execução, é possível que surjam decisões no procedimento executivo, aptas a ser objeto de ação rescisória. Eis um outro exemplo.

3, p. 255; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. cit., p. 638.

64. STJ, 3ª. T., REsp n. 351.932/SP, rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. em 14.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 278.

65. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 217. Em sentido contrário, sem examinar os argumentos apresentados, STJ, 4ª T., REsp n. 262.654/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 05.10.2000, publicado no DJ de 20.11.2000. Cândido Dinamarco entende que apenas há preclusão no caso de impenhorabilidade relativa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, cit., p. 342). Em sentido próximo ao de Dinamarco, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 135.

66. STJ, 3ª. T., REsp n. 515.122/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. em 16.12.2003, publicado no DJ de 29.03.2004.

> Nesse sentido, vale a pena transcrever a interessante decisão da 3ª T. do STJ, no REsp n. 628.464/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 05.10.2006, publicado no DJ de 27.11.2006, p. 275: "- Em face do art. 485 do CPC, que se refere à 'sentença de mérito', doutrina e jurisprudência, no geral, entendem como possível o juízo rescindendo de decisão interlocutória apenas em situações muito específicas. – Os executados, ao atravessarem petição, no curso da execução, pedindo fosse a eles concedido o privilégio previsto na Lei nº 8.009/90, provocaram uma manifestação jurisdicional sobre questão que poderia, se acolhida, representar óbice à satisfação do crédito do exeqüente. Assim, dentro dos limites e objetivos do processo executivo, a decisão relativa à incidência ou não da Lei nº 8.009/90 tem o condão de resolver, antecipadamente, a pretensão deduzida pelo autor da ação de execução. – Por outro lado, a impenhorabilidade é direito próprio do devedor, pois prevista na Lei nº 8.009/90; há, portanto, um direito à satisfação do crédito, que se realizará pela expropriação do bem, e um direito à não expropriação do bem, em face de legislação específica. – É possível entender, portanto, que houve não só julgamento adiantado do que seria algo assemelhado ao 'mérito' da pretensão regularmente deduzida em juízo pelo exeqüente, em sede de decisão interlocutória, como também do próprio mérito de uma pretensão autônoma do devedor, de modo a ser cabível, excepcionalmente, a ação rescisória de tal provimento jurisdicional. (...) – Na presente hipótese, contudo, o juízo da execução foi provocado por duas vezes a respeito da impenhorabilidade do bem de família, tendo indeferido ambos os pedidos. A ação rescisória é dirigida à segunda decisão, desprezando totalmente os efeitos da preclusão decorrentes da falta de impugnação quanto à primeira decisão. – Não tem aplicação, assim, a jurisprudência que permite a argüição, a qualquer tempo, da impenhorabilidade do bem de família, pois tal possibilidade não pode dar margem a eventual tentativa de perpetuar a discussão, em face do oferecimento de sucessivos pedidos com o mesmo teor".

d) O executado *oferece* à penhora um bem móvel que guarnece a residência (impenhorável, também). Em seguida, opõe *embargos à execução*, pedindo a invalidação da penhora, em razão da *impenhorabilidade* daquele bem. O órgão jurisdicional não pode acolher esse pedido, pois o oferecimento do bem à penhora é *incompatível* com a impugnação dessa mesma penhora. Houve preclusão lógica, em razão do comportamento contraditório (aplicação do *princípio da proibição do venire contra factum proprium*)[67].

e) Por uma questão de economia processual, pode o órgão jurisdicional *controlar* a validade da penhora que recaiu sobre bem *impenhorável*. Sucede que esse poder somente pode ser exercido *até a manifestação do executado*, a quem *efetivamente* interessa a observância da regra. Como visto, se o executado não argüir o defeito da penhora, há preclusão, sempre que o bem penhorado for *disponível*. Aplica-se, aqui, o mesmo regime jurídico do reconhecimento da incompetência decorrente da abusividade de cláusula de foro de eleição, previsto no parágrafo único do art. 112 do CPC, e examinado no v. 1 deste *Curso*.

---

67. Corretamente, relacionando a situação com a proteção da boa-fé processual, MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*, cit., p. 167.

6.3. Fundamentos da impenhorabilidade

As regras de impenhorabilidade justificam-se em diversos critérios, todos jurídico-positivos, e, portanto, variáveis no tempo e no espaço. É muito difícil e talvez um tanto quanto inútil, exatamente pela natureza circunstancial das regras, proceder a um inventário exaustivo de todos os fundamentos das regras de impenhorabilidade.

O principal fundamento é, sem dúvida, a proteção da dignidade do executado[68]. Busca-se garantir um patrimônio mínimo ao executado, que lhe permita sobreviver com dignidade. Daí a impossibilidade de penhora do *bem de família* e do *salário*, por exemplo.

A impenhorabilidade pode decorrer, ainda, de uma exigência do direito material (impenhorabilidade material[69]). Nessa hipótese, a regra de impenhorabilidade é apenas um reflexo do que determinam as regras de direito material. É o caso da impenhorabilidade dos bens *inalienáveis* (indisponíveis): se o bem não pode ser alienado pela vontade do executado, também não pode ser alienado judicialmente (note que a recíproca não é verdadeira, pois, como visto, há bens *alienáveis*, que são impenhoráveis)[70]. Se assim não fosse, bastava ao executado, que quisesse alienar um bem inalienável, não impugnar eventual penhora que sobre esse bem recaísse, para que obtivesse, indiretamente e com o beneplácito judicial, a alienação da coisa. LEONARDO GRECO chama essa impenhorabilidade de *intrínseca*[71].

A jurisprudência do STJ considera impenhorável parcela do faturamento de uma pessoa jurídica empresária, como forma de garantir a continuação do seu funcionamento e, com isso, preservar a *função social da empresa*. Assim, por exemplo, STJ, 1ª T., REsp n. 803.435/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 18.12.2006.

Há regras de impenhorabilidade que servem para *impedir o exercício abusivo do direito pelo credor*. É o caso, por exemplo, da regra do § 2º do art. 659 do CPC: "não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução". Se o valor dos bens penhorados não for suficiente sequer para ressarcir as despesas que o credor teve com a execução, a penhora desses bens tornar-se-ia um ato inútil e o prosseguimento da execução, abusivo. É impenhorabilidade que se presta à tutela da boa-fé processual.

6.4. Hipóteses de impenhorabilidade

6.4.1. O beneficium competentiae

Chama-se *beneficium competentiae*[72] (benefício de competência) a impenhorabilidade do "estritamente necessário à sobrevivência do executado, e de sua família, e à sua

68. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3ª ed., cit., p. 91.
69. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 211.
70. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3ª ed., cit., p. 91.
71. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 13.
72. "A expressão *beneficium*, bem como *exceptio e honor*, encontram-se nas fontes romanas; não, porém, *competentiae*, que aí tem o significado de capacidade, de suportabilidade, que não é latino". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 135.) Luiz Carlos de Azevedo afirma que a expressão é moderna, provavelmente do século XVI, mas "que

dignidade"[73]. Trata-se de instituto que nasceu no Direito Romano[74], a partir do período da *cognitio extraordinária,* e se desenvolveu no Direito comum, até consagrar-se em quase todas as legislações[75].

> LUIZ CARLOS DE AZEVEDO explica o desenvolvimento do instituto no Direito Romano: "No primeiro estágio, que ascende ao período formulário do processo romano, o benefício favorecia apenas a determinados devedores, sendo concedido em caráter pessoal, intransmissível e irrenunciável. Já no Direito Justinianeu, o favor a todos se estenderia, com o objetivo de evitar ficassem os devedores totalmente privados de seu patrimônio: isto é, a possibilidade patrimonial do devedor era avaliada, de modo a deixar-lhe meios para a sua própria subsistência"[76].
>
> As regras de proteção do devedor, contidas no Direito Romano, nas quais se inclui o *beneficium competentiae*, sofreram forte influência dos valores do *cristianismo*: caridade, piedade, compaixão, moderação e clemência[77]. Esse dado histórico é importantíssimo para compreender porque tantas regras de proteção ao executado ainda sobrevivem em nosso país.

As regras do benefício de competência estão consolidadas no art. 649 do CPC, que, porém, não cuida apenas dessas hipóteses de impenhorabilidade. São regras de impenhorabilidade *processual*, pois não são conseqüência da incidência de regras de direito material.

Não parece correto afirmar que se trata de benefício irrenunciável[78], conforme as premissas expostas nos itens precedentes; sendo disponível o bem impenhorável, renunciável é a sua impenhorabilidade, mesmo nos casos de benefício de competência[79].

---

trata de situação que remonta às fontes" romanas (AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora.* São Paulo: Editora Resenha Tributária/FIEO, 1994, p. 138). Ignácio Poveda Velasco entende que a expressão é a nova denominação da antiga regra romana *condemnatio in id quod facere potest*, que determinava que a condenação do devedor deveria respeitar os seus limites patrimoniais, de modo a evitar a responsabilidade pessoal, ainda permitida, mas já em declínio (VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A execução do devedor no direito intermédio – beneficium competentiae.* São Paulo: Livraria Paulista, 2002, p. 13).

73. ASSIS, Araken de. *Manual da execução,* 11ª ed., cit., p. 222.
74. "Deve-se ressaltar, todavia, o ponto de partida destas limitações, situado em fragmento do Livro XVIII, "Ad Plautium", de Paulo (Lib. VI), o qual é por duas vezes reproduzido no Digesto: a primeira, no Livro 42, I, 19, Im referindo-se o texto àquele que foi demandado por causa de doação, e que deveria ser condenado somente até onde pudesse pagar. E assim comenta o jurisconsulto citado esta passagem: '...não creio se deva tirar tudo quanto tem. Deve-se agir de tal modo que não fique ele inteiramente desprovido de recursos'. 'Immo nec totum quod habet extorquendum ei puto; sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat'." (AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*, cit., p. 138.)
75. ASSIS, Araken de. *Manual da execução,* 11ª ed., cit., p. 223.
76. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora.* cit., p. 138.
77. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 91-101
78. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed., t. 10, cit., p. 134. A lição de Pontes de Miranda é, nesse ponto, um tanto confusa. Afirma a irrenunciabilidade do *beneficium,* e depois, referindo-se aos casos da antiga regra de impenhorabilidade do anel nupcial, afirma que a exclusão da impenhorabilidade desse bem fica "a líbito do devedor", que pode, por exemplo, empenhá-lo (cit., p. 134). Mais à frente, na mesma página, afirma que "sempre que o devedor poderia mudar, a seu talante, a qualidade do bem, é possível anuir ao ato da nomeação que é como se fosse execução voluntária". (cit., p. 134).
79. ASSIS, Araken de. *Manual da execução,* 11ª ed., cit., p. 223. Como afirma Leonardo Greco: "Essa espécie não implica em qualquer restrição à alienação voluntária do bem pelo devedor. Por isso, a exclusão é dispo-

6.4.2. Bens inalienáveis

O trecho inicial do inciso I do art. 649 define como impenhoráveis os bens inalienáveis. Trata-se de uma regra de impenhorabilidade bastante simples: se o bem não pode ser alienado, também não pode ser penhorado, porque a penhora é o primeiro ato do procedimento de alienação judicial do bem.

Os bens do incapaz podem ser penhorados. O art. 701 do CPC regula, inclusive, um procedimento específico para a arrematação de imóvel de incapaz. O art. 928 do Código Civil[80] deixa clara a possibilidade de responsabilidade patrimonial do incapaz. Como bem ensina CÂNDIDO DINAMARCO, "a inalienabilidade a que alude a primeira parte do inc. I do art. 649 é somente a que deriva de razões objetivas ligadas ao próprio bem e à sua utilização, não a que tem por fundamento a incapacidade do titular do bem (casos de indisponibilidade subjetiva)"[81].

> A 4.ª T. do STJ, ao julgar o REsp n. 786.292/RJ, em 20.04.2010, cujo relator foi o Min. Aldir Passarinho Junior, anulou penhora imposta sobre três elevadores do Hotel Sofitel Rio Palace, sob o argumento de que a impenhorabilidade dos bens inalienáveis do art. 649, I, do CPC abrange elevadores de edifícios (hoteleiros ou residenciais), que são deles partes integrantes. Acrescenta, ainda, o relator, em seu voto que: "Além de não poderem ser considerados adornos para aformoseamento ou comodidade, os elevadores de um imóvel encontram-se incorporados á estrutura do edifício, sendo insuscetível de divisão ou alienação em separado", sob pena de desvalorizar o bem e, possivelmente, inviabilizar a atividade fim da empresa.

Todo bem inalienável é impenhorável, embora nem todo bem impenhorável seja inalienável.

Além dos bens públicos, cuja alienação depende de autorização legislativa, também é inalienável o capital constituído para garantir indenização de ato ilícito (art. 475-Q, § 1º[82], CPC), que, portanto, é também impenhorável.

6.4.3. Bens declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução

O inciso I do art. 649, *fine*, também consagra a impenhorabilidade dos bens que, por ato voluntário, são excluídos da execução.

---

nível pelo próprio devedor, expressa ou tacitamente". (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 2, cit., p. 14.) José Miguel Garcia Medina, a propósito da impenhorabilidade dos móveis úteis ou necessários ao exercício da profissão, também defende a possibilidade de renúncia desse benefício (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, p. 157.)

80. Art. 928 do Código Civil: "O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes".

81. *Instituições de direito processual civil*, v. 4, cit., p. 348.

82. § 1º do art. 475-Q, CPC: "Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor".

É o que ocorre nos casos de "bens doados ou alienados com cláusula de inalienabilidade"[83], que há de constar no registro imobiliário para ser eficaz perante o exeqüente[84] e minimizar o risco de fraude. A propósito, eis a redação do art. 1.911 do Código Civil: "A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade"[85].

> Importante lembrar a regra do art. 1.848 do Código Civil: "Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros".

Também é fonte da impenhorabilidade negocial o *pacto de impenhorabilidade*: os contratantes podem pré-excluir determinado bem de futura execução, regra contratual que, obviamente, apenas vincula os contratantes[86].

O art. 813 do Código Civil, que trata do contrato de constituição de renda, autoriza que "a renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras". Trata-se renda constituída por alguém, gratuitamente, com finalidade *assistencial*, em cujo ato de instituição pode ser aposta a cláusula de inalienabilidade. Note que os credores do beneficiário da renda não sofrem qualquer prejuízo, pois o acréscimo patrimonial só existiu por liberalidade do rendeiro, que só o fez sob essa condição; sem essa possibilidade, não constituiria a renda, que, portanto, não ingressaria no patrimônio do executado.

> É preciso observar, porém, os pressupostos de aplicação do dispositivo: "pode o *instituidor*, que nada tenha a ver com os credores do favorecido, isentar, de todas as execuções pendentes e futuras, a renda constituída, declarando-a (...) inalienável ou, apenas, impenhorável; visando, com isso, garantir *assistência* ao *beneficiário*, que, frise-se, nenhum patrimônio (*capital*) teve de dar (a título de *contraprestação*) em troca"[87].

---

83. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 212.
84. Considerando ser desnecessário o registro, LOJO, Mário Vitor Suarez e REDONDO, Bruno Garcia. *Penhora*, cit., p. 99; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 83.
85. "A cláusula de inalienabilidade, de origem testamentária, somente recai em quotas ou bens de herdeiros ou legatários. Não pode atingir a herança toda, porque deixaria sem executabilidade os créditos contra o decujo e as despesas do processo de inventário e partilha" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 140).
86. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 226.
87. BARROS, Maria Ester V. Arroyo Monteiro de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2004, v. 7, p. 448.

6.4.4. 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

O imóvel que serve como residência do executado é impenhorável, como se sabe. Trata-se de regra conhecida de impenhorabilidade, que será examinada mais à frente.

A Lei n. 8.009/1990 regulamenta essa hipótese de impenhorabilidade. O par. ún. do art. 1º dessa Lei estende a proibição da penhora a "todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados". O art. 2º da Lei 8.009/1990 exclui da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

A proibição de penhora dos bens móveis que guarnecem a residência (também a alugada; art. 2º, par. ún., Lei n. 8.009/1990) foi reproduzida no inciso II do art. 649 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.382/2006, que trouxe algumas inovações. Os dispositivos se complementam, como se verá.

Seguindo a linha da Lei n. 8.009/1990, admite-se a penhora desses bens móveis se "de elevado valor" ou "que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida". O legislador valeu-se de conceitos reconhecidamente abertos, para permitir ao órgão jurisdicional o controle da razoabilidade da regra de acordo com as peculiaridades do caso concreto. O texto é mais claro do que a expressão "adorno suntuoso", que está no art. 2º da Lei n. 8.009/1990, nessa parte substituído pelo inciso II do art. 649 do CPC. Sob essa rubrica, incluem-se "os veículos de transporte e as obras de arte", meros exemplos previstos na Lei de 1990, salvo se se subsumirem a outra hipótese de impenhorabilidade, como a do inciso III do art. 649, logo abaixo examinado.

A impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência é regra cuja aplicação revela decisões curiosas: o STJ já considerou impenhoráveis aparelho de televisão a cores, mesa de centro, passadeira, rádio toca-fitas, gravador, microondas[88], ar-condicionado[89], um freezer, um microcomputador com acessórios, uma impressora[90] etc. Poderão ser penhorados, porque ultrapassam o padrão-médio, aparelhos de TV de PLASMA ou LCD, o *segundo* aparelho de televisão, a *segunda* geladeira, aparelhos de ar-condicionado que são verdadeiras peças de *design*, móveis antigos que se transformam em peças de decoração, faqueiro de prata, adega climatizada[91] etc.

Observe-se que essa impenhorabilidade pressupõe que os móveis já tenham sido pagos. Será possível penhorá-los na execução dos créditos relacionados à sua aquisição (art. 649, § 1º, CPC, examinado logo abaixo; art. 1º, par. ún., Lei n. 8.009/1990).

---

88. STJ, 4ª T., REsp n. 225.194-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 7.10.1999, publicado no DJ de 16.11.1999, p. 216.
89. STJ, 1ª. T., REsp n. 836.576-MS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.11.2007, publicado no DJ de 03.12.2007, p. 271.
90. STJ, 2ª T., REsp n. 691.729/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, publicado no DJ de 25.04.2005.
91. Dois exemplos de ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 226-227.

Trata-se de regra com farta jurisprudência. A aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade é, neste momento, absolutamente indispensável. A jurisprudência tem alargado em demasia o âmbito de incidência dessa regra.

6.4.5. Os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor.

O inciso III do art. 649 do CPC traz mais um caso do *beneficium competentiae*: a impenhorabilidade relativa dos bens de uso pessoal, salvo se de elevado valor.

> Por curiosidade, convém registrar o texto do § 3º do título LXXXVI do Liv. III das Ordenações Filipinas: "Porém não se penhorarão os Fidalgos, e Cavalleiros, e nossos Desembargadores nos cavallos, armas, livros, vestidos dos seus corpos, nem as mulheres dos sobreditos, nem mulheres Fidalgas nos vestidos de seus corpos e, camas de suas pessoas..."

Trata-se de regra que possui dois propósitos: de um lado, preservar a dignidade do executado, com a preservação de bens móveis importantes para a sua sobrevivência digna, como o vestuário, aparelho celular, relógio e os bens relacionados à sua higiene pessoal; de outro lado, a regra visa prestigiar a boa-fé processual, impedindo a execução mesquinha e abusiva, com a penhora de bens de pequeno ou nenhum valor, como um pente ou uma bota.

> O texto anterior do inciso III mencionava a impenhorabilidade do *anel nupcial* e dos *retratos de família*. Continuam impenhoráveis, porque se subsomem à regra atual, mais ampla. Mas, de todo modo, se de elevado valor (o retrato de família é um quadro de Portinari, por exemplo; o anel nupcial é uma jóia composta por inúmeras e carissimas pedras preciosas), poderão ser penhorados.

O texto normativo é composto, porém, de termos vagos, pois permite a penhora se os bens forem de "elevado valor". A regra é boa, exatamente para impedir o abuso do direito pelo réu. Assim, "mostrar-se-ão penhoráveis: (a) o vestido confeccionado pelo estilista célebre, adquirido em Paris em épocas de prosperidade familiar, eventualmente utilizado em saraus; (b) o relógio Rolex, Cartier, ou de marca similar, bem como o aparelho de telefonia celular lavrado em ouro e cravejado com pedras preciosas..."[92]

6.4.6. Rendimentos de natureza alimentar.

O inciso IV do art. 649 do CPC consagra uma das principais hipóteses do *beneficium competentiae*: a impenhorabilidade relativa das verbas de natureza alimentar. Trata-se de regra que possui o claro propósito de proteger o executado, garantindo-lhe o recebimento de valores que servem ao pagamento das despesas relacionadas à sua sobrevivência digna e à da sua família.

Eis a redação (bastante prolixa, para não deixar margem a dúvidas) do dispositivo, que torna impenhoráveis "os vencimentos, subsídios[93], soldos[94], salários, remunerações,

92. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 227.
93. Remuneração de algumas carreiras públicas, como os parlamentares.
94. Remuneração do militar.

proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios[95]; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo". A atual redação, determinada pela Lei n. 11.382/2006, consolida em um mesmo inciso, de maneira mais completa, os antigos incisos IV e VII desse mesmo artigo[96].

É preciso fazer algumas anotações a essa regra.

a) Trata-se de regra de impenhorabilidade relativa. O § 2º do art. 649 determina que a regra não se aplique à execução de alimentos (decorrentes de vínculo de família ou de ato ilícito). Se o fundamento da impenhorabilidade é a natureza alimentar da remuneração, diante de um crédito também de natureza alimentar, a restrição há, realmente, de soçobrar. Atente-se, porém, que não será permitida a penhora de parcela do salário que comprometa a sobrevivência digna do executado. É preciso, mais uma vez, fazer a ponderação entre o direito do credor e a proteção do executado[97].

b) De acordo com as premissas teóricas desenvolvidas acima, é possível mitigar essa regra de impenhorabilidade, se, no caso concreto, o valor recebido a título de verba alimentar (salário, rendimento de profissional liberal etc.) exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado[98]. É possível penhorar parcela desse rendimento[99]. Restringir a penhorabilidade de toda a "verba salarial", mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, é interpretação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exeqüente. Aplica-se tudo o quanto se disse no item introdutório logo acima.

Muito interessante a redação do art. 824º do CPC português:

---

95. "O *montepio* é um seguro de vida instituído pelo Estado ou por alguma associação, em virtude do qual aquêle, ou esta, se obriga a dar, à família do contribuinte, uma pensão destinada a prover a subsistência da mesma". (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954, v. 5, 145.)
96. Art. 649, IV e VII, antes da Lei n. 11.382/2006: "IV – os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; (...) VII – as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família".
97. CAMBI, Eduardo. "Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família", cit., 273.
98. Sobre a possibilidade de penhora de parte do salário e o impacto econômico da sua impenhorabilidade generalizada, com proveito, NASCIMENTO, Bruno Dantas, KÖHLER, Marcos Antônio. "Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário". *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Teresa Wambier, Ernane Fidélis, Luiz Rodrigues Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 440-464.
99. REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 99; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 229. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu, nos autos do agravo de instrumento n.º 529.016-0, rel. Juíza Convocada Josely Dittrich Ribas, que essa impenhorabilidade "se restringe à quantia necessária para subsistência do devedor".

"ARTIGO 824.º (Bens parcialmente penhoráveis) 1 – São impenhoráveis: a) Dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado; b) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante. 2 – A impenhorabilidade prescrita no número anterior tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos, o montante equivalente a um salário mínimo nacional. 3 – Na penhora de dinheiro ou de saldo bancário de conta à ordem, é impenhorável o valor global correspondente a um salário mínimo nacional. 4 – Ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excepcionalmente, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora. 5 – Pode igualmente o juiz, a requerimento do exequente e ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como o estilo de vida e as necessidades do executado e do seu agregado familiar, afastar o disposto no n.º 3 e reduzir o limite mínimo imposto no n.º 2, salvo no caso de pensão ou regalia social".

Há diversas regras no Direito estrangeiro que permitem a penhora de parte do salário. Assim, por exemplo, Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, art. 607[100].

Assim, corretamente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal vem entendendo que 30% do salário podem ser penhorados, exatamente porque se permite que esse percentual possa ser utilizado como garantia em contrato de empréstimo bancário consignado em folha salarial. O raciocínio é bem simples: se o sujeito pode dispor de uma parcela de seu salário para contrair uma dívida, essa parcela salarial não pode ser considerada impenhorável.

100. "Artículo 607. Embargo de sueldos y pensiones. 1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.
2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100. 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100. 3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al tribunal. 4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el tribunal podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por 100 en los porcentajes establecidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del apartado 2 del presente artículo. 5. Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo. 6. Los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas".

Emblemático o seguinte acórdão: TJDF, 6ª T. Cível, Processo n. 20080020151401AGI-DF, rel. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. em 26.11.2008, publicado no DJU de 12.12.2008, p. 76: "Direito processual civil. Agravo de instrumento. Execução. Pedido de penhora *on line*. Sistema BACEN-JUD. Salário e proventos. Art. 649, IV, do CPC. Segundo remansosa jurisprudência deste eg. TJDFT, a impenhorabilidade da verba salarial, disposta no art. 649, inc. IV, do CPC, há de ser mitigada em favor da efetividade do processo de execução, mormente quando se verifica que o bloqueio de parte da renda não privará o devedor de honrar outros compromissos assumidos. Nesse sentido, a limitação dos descontos na conta-corrente do devedor em 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos se mostra razoável".

O STJ reformou decisão do TJ/DF que admitira penhora de 30% da remuneração da devedora, ratificando a impenhorabilidade de salário (4ª T., Resp. n. 904774/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2011, publicado no DJ de 16.11.2011).

c) A impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária: remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês: vencido o mês e recebido novo salário, a "sobra" do mês anterior perde a natureza alimentar, transformando-se em investimento. Como já afirmara Leonardo Greco, é preciso sujeitar essa regra "a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção. (...) a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável, como qualquer outro bem de seu patrimônio"[101].

Assim, perde a natureza de verba alimentar e, conseguintemente, o atributo da impenhorabilidade. Se assim não fosse, tudo o que estivesse depositado em uma conta-corrente de uma pessoa física apenas assalariada jamais poderia ser penhorado, mesmo que de grande monta, correspondente ao acúmulo dos rendimentos auferidos ao longo dos anos. Corretamente, Celso Neves: "Depois de percebidas, passam a integrar o patrimônio ativo de quem as recebe e se aí forem encontradas como dinheiro ou convertidas em outros bens, são penhoráveis"[102].

Corretamente, STJ, 3ª T., RMS 25.397-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.10.2008, publicado no DJe de 03.11.2008: "Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o

101. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 21.

102. NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 8, p. 17. Assim, também, TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. "A penhora de salários e a efetividade do processo de execução". *Execução no processo civil – novidades e tendências*. Daniel Assumpção Neves e Sérgio Shimura (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 126; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 229; REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 93; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*, cit., p. 145.

suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável".

Em sentido diverso, há lamentável decisão da 2ª T. do STJ, no Resp n. 515.770-RS, rel. Herman Benjamin. Entendeu-se que a poupança formada a partir da remuneração do trabalho recebida pelo devedor é impenhorável. O entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que essa proteção ocorre mesmo antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.382/2006, que incluiu, no rol dos bens absolutamente impenhoráveis, a poupança de até 40 salários mínimos. O estado do Rio Grande do Sul havia conseguido autorização para penhorar, em execução fiscal, o dinheiro depositado na conta-poupança do militar. O Tribunal de Justiça gaúcho, contudo, acolheu recurso do devedor e excluiu essa possibilidade sob o fundamento de que, em nenhuma circunstância, o soldo pode ser penhorado. No recurso, a Fazenda gaúcha argumenta que o soldo não se confunde com o dinheiro aplicado em poupança. Esse argumento, contudo, foi rejeitado pelo relator do recurso, ministro Herman Benjamin. Ele ressalta que a Fazenda Pública discorda da extensão do benefício da impenhorabilidade do soldo aos produtos ou serviços adquiridos com o soldo, mais especificamente, da aplicação feita em poupança no Banco do Brasil. No caso, ressalta o ministro, o tribunal estadual reconhece que a poupança é alimentada com parcela do salário do militar descontada mensalmente. Essa a razão pela qual foi determinada a liberação do valor penhorado. Para o relator, "os valores recebidos como contraprestação da relação de trabalho (vencimentos, subsídios, salários, etc. – aqui incluídos os soldos pagos aos militares) gozam da proteção legal da impenhorabilidade absoluta". Tal proteção – disposta no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil (CPC) –, explica o ministro, deve-se ao seu caráter alimentar, "na medida da indispensabilidade para o sustento próprio e familiar".

A conclusão do relator, acompanhada por unanimidade pelos demais ministros da Turma, é que a poupança comprovadamente alimentada por parcela do soldo – mesmo antes do advento da Lei n. 11.382/2006 – deve gozar da proteção legal, porque não ultrapassa o objetivo de estabelecer segurança mínima para os infortúnios da vida e por representar aplicação de recursos destinados ao sustento próprio e familiar.

A prevalecer esse entendimento, não se poderá penhorar qualquer bem de um profissional liberal, empregado, servidor público, enfim de quem constitui seu patrimônio pelo salário que recebe. Sim, pois se não se pode penhorar a poupança formada pelo salário, não se poderá penhorar qualquer outro bem adquirido com o salário...

Trata-se de decisão teratogênica.

d) A regra aplica-se por extensão aos créditos trabalhistas auferidos em reclamação trabalhista[103], à indenização por acidente do trabalho, à renda dos aluguéis, quando ficar

103. Desponta da 4.ª T. do STJ, no julgamento do REsp n. 978.689-SP, o entendimento de que as verbas rescisórias de natureza trabalhista depositadas em conta-salário, ainda que aplicadas em fundo de investimento do mesmo banco, são impenhoráveis. Assim, preservou-se livre de constrição R$52.000,00 (cinqüenta e dois mil reais) que o devedor dispunha em conta-corrente, já que a quantia não poderia servir ao adimplemento de parcelas em aberto de financiamento bancário. O relator, Min. Luis Felipe Salomão, registrou que a jurisprudência do STJ interpreta a expressão "salário" de forma ampla, para inserir todo e qualquer

demonstrado que se trata de renda com finalidade alimentar[104], ao saldo do FGTS[105] e às comissões do representante comercial e do leiloeiro[106]. Como se vê, de acordo com as nossas premissas, é lícito também proceder a uma interpretação extensiva do inciso IV do art. 649.

e) O inciso IV remete ao § 3º do art. 649. Sucede que esse § 3º foi vetado pelo Presidente da República.

O § 3º trazia uma hipótese de relativização dessa regra de impenhorabilidade. Permitia-se a penhora de 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 (§ 3º do art. 649). A razão de ser da regra era bem clara: considerava-se um determinado valor como impenhorável, para garantir a sobrevivência digna do executado (R$13.560,00, hoje), e permitia-se a penhora de *apenas 40% do que excedesse esse piso*. Muito razoável. Há profissionais que chegam a ganhar cem, duzentos, trezentos mil reais por mês; é irrazoável e inconstitucional, por aniquilar o direito fundamental à efetividade, a impenhorabilidade de qualquer parcela desta remuneração. Reforça-se o que já se disse acima. Pegue-se o exemplo de um salário de cem mil reais: poderiam ser penhorados 40% de R$ 86.440,00 considerando o salário-mínimo de R$ 678,00), o que equivale a R$ 34.576,00, restando R$ 65.424,00 (o correspondente a quase 97 salários-mínimos) naquele mês para que a sua sobrevivência digna fosse garantida. Os valores seriam ainda mais absurdos se considerássemos o mês de pagamento do décimo terceiro salário...

Tratava-se de uma das melhores mudanças sugeridas pelo projeto que redundou na Lei n. 11.382/2006, que revelava uma guinada axiológica importante do direito brasileiro em favor do *credor* e do princípio da efetividade. A fundamentação do veto é singela, errada, contraditória, lamentável e inútil. De ínfimo tamanho, as razões do veto não enfrentam o fundamento principal das propostas de mudanças, que é a aplicação do princípio da proporcionalidade, para o equacionamento do conflito entre o direito fundamental à dignidade humana do réu e o direito fundamental à dignidade humana do credor (simbolizado na dificuldade de efetivar direitos seus por entraves causados pela legislação processual). Olha-se mais uma vez apenas para o devedor. Errou o Presidente da República ao afirmar que há, no direito brasileiro, o *dogma* da *impenhorabilidade absoluta* das remunerações de caráter alimentar. Como visto, bastaria ao Presidente ler a redação original do CPC-73: sempre se permitiu a penhora dos "salários" na execução de crédito alimentar. É, ainda,

---

crédito que advenha do exercício da profissão na esfera de proteção do art. 649, IV, CPC. (STJ, 4.ª T., REsp n. 978689-SP, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. em 06.08.2009, publicado no DJe de 24.08.2009).

104. REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 93.

105. Apesar disso, a 3.ª T. do STJ, no julgamento do REsp n. 1.083.061/RS, j. em 02.03.2010, rel. Min. Massami Uyeda, concluiu, por unanimidade, que FGTS pode ser penhorado para garantir o pagamento de *débitos alimentares*. Isso porque as hipóteses de levantamento de FGTS elencadas na Lei n.º 8.036 seriam meramente exemplificativas, não sendo possível o legislador exaurir todos os casos em que haveria necessidade e urgência do trabalhador em fazê-lo – dentre eles, o adimplemento de parcela alimentar, garantindo a subsistência digna dos seus dependentes.

106. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 229.

contraditória: na pequena fundamentação do veto, o Presidente considerou ambas as mudanças razoáveis, mas ainda assim as vetou. São razoáveis, foram amplamente discutidas pela comunidade jurídica (como, aliás, ressaltou o próprio Presidente, para diminuir o prazo da *vacatio legis*), foram aprovadas no Congresso Nacional, mas, para o Presidente, foi melhor vetá-las para que voltassem a ser debatidas pela comunidade jurídica e sociedade em geral. O veto é ainda inútil, pois, como vimos, deve o órgão jurisdicional afastar a incidência de regra que, aplicada ao caso concreto, ofenda de maneira não razoável um direito fundamental, como o direito à efetividade, como pode acontecer a partir da interpretação literal do inciso IV do art. 649 do CPC.

> SÉRGIO CRUZ ARENHART defende a *inconstitucionalidade* desse veto presidencial. O veto presidencial somente é possível em casos de inconstitucionalidade da lei ou contrariedade ao interesse público (art. 66, § 1º, CF/88). Trata-se de ato com fundamentação vinculada, ainda que aberta ("interesse público"). Nenhum desses fundamentos foi utilizado pelo Presidente da República, comprometendo a higidez constitucional desse ato jurídico. Explica o autor paranaense: "O motivo apontado no veto é a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas naquelas regras, o que, evidentemente, não é razão suficiente para autorizar o veto. O espaço para a discussão da viabilidade ou não de nova disciplina jurídica é o Legislativo, não se admitindo que possa o Executivo controlar tais opções"[107].

6.4.7. Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão

O inciso V do art. 649 do CPC torna impenhoráveis "os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão".

A regra tem claro propósito: garantir ao executado a preservação de alguns bens móveis (apenas os móveis; os *imóveis* são penhoráveis)[108] necessários ou úteis para o exercício de sua profissão, da qual extrai a renda que sustenta a ele e a sua família. "O supérfluo faz penhorável o bem, porque falta o pressuposto da necessariedade ou da utilidade"[109]. Trata-se de mais uma regra que busca preservar um patrimônio mínimo ao executado, conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

> Compreendeu muito bem a relação entre essa regra e a dignidade humana EDUARDO CAMBI: "A profissão representa um elemento formativo essencial da personalidade,

---

107. ARENHART, Sérgio Cruz. "A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários". *Constituição, jurisdição e processo – Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Carlos Alberto Molinaro, Mariângela Guerreiro Milhoranza, Sérgio Gilberto Porto (coord.). Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 583.

108. De acordo com o n. 451 da súmula do STJ: "É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial". Consultando-se o teor dos precedentes que deram origem ao entendimento sumulado, percebe-se que essa penhora é excepcionalmente admitida – independentemente de tratar-se de imóvel-sede de escritório de advocacia, clínica médica ou qualquer outra sociedade. É admitida quando inexistem outros bens passíveis de constrição e o bem não serve de residência familiar (Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97562>. Acesso em: 29 de nov 2010).

109. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 142.

> na medida em que o trabalho, além de proporcionar meios econômicos para que o trabalhador possa arcar com os seus custos de vida e de sua família, ocupa grande parte do tempo das pessoas e permite que elas desenvolvam suas subjetividades (i. e., criatividade, virtudes etc.) e interajam socialmente. Conseqüentemente, estar preocupado com a dignidade da pessoa humana e com o resguardo do produto (econômico) do trabalho implicar pensar em instrumentos que garantam a impenhorabilidade dos meios indispensáveis ao exercício profissional"[110].

O rol, como se vê, é *exemplificativo*[111].

Além disso, o texto normativo é composto por "expressões vagas", como "móveis necessários e úteis ao exercício da profissão", técnica legislativa bem utilizada no caso, pois confere ao órgão jurisdicional a competência para atribuir à regra uma "elasticidade" ou "flexibilidade" muito importante para a sua correta aplicação tendo em vista as particularidades do caso concreto. Note que basta que os bens sejam "úteis" ao exercício da profissão; não precisam ser indispensáveis.

> "E, de fato, o emprego do adjetivo indispensável suscitaria graves problemas de aplicação da regra. Por exemplo, o leito cirúrgico não é imprescindível ao médico, mas, porque coisa útil, se torna impenhorável. Idêntico raciocínio protege o computador pessoal do advogado"[112].

Os móveis podem ser de qualquer valor, não importa onde estejam (na casa do devedor ou no local de trabalho), mas devem relacionar-se sempre ao exercício de profissões lícitas[113]. Devem ser móveis de uso potencial, que se relacionem ao dia-a-dia do exercício da profissão; assim, é possível penhorar, por exemplo, "balança antiga e valiosa em desuso no estabelecimento"[114] do comerciante.

É imprescindível, como se vê, com o perdão pelo truísmo, valer-se do postulado da proporcionalidade na aplicação dessa regra. Discussões muito complexas podem surgir, às vezes cerebrinas. Por exemplo: é possível penhorar toda a biblioteca do advogado ou médico, ou apenas são impenhoráveis os livros de uso freqüente? A solução dessas questões não pode ser *apriorística*: convém se transfira ao órgão jurisdicional o poder de, no caso concreto, analisando as suas particularidades, dar a correta interpretação ao dispositivo. Volta-se, novamente, ao que se disse no item introdutório sobre as impenhorabilidades.

> Um exemplo citado por DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES pode ser útil para ilustrar o que se diz: "Existem determinados instrumentos de trabalho que, apesar de sua indiscutível utilidade ou necessidade, poderiam perfeitamente ser substituídos por outros do mesmo gênero, mas de menor valor. Imagine-se a situação do taxista que tem como automóvel um veículo último ano, de alto valor no mercado. É óbvio que

110. CAMBI, Eduardo. "Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família", cit., p. 269.
111. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 226.
112. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 230. Em sentido contrário, entendendo que apenas os móveis indispensáveis deveriam ser impenhoráveis, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 216.
113. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 230.
114. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 231.

> em tal caso o carro é instrumento indispensável à realização do trabalho, mas não há qualquer obrigatoriedade de o carro ser de último ano para permitir o exercício da profissão de taxista. (...) Assim, não parece correto que o credor nada receba de seu crédito enquanto o taxista permanece com o automóvel último modelo, apenas por ser seu instrumento de trabalho"[115].

Finalmente, a regra não se aplica, em princípio, às pessoas jurídicas. Pode aplicar-se às firmas individuais[116]. É possível, porém, admitir a impenhorabilidade desse tipo de bem móvel de pessoas jurídicas empresárias de pequeno porte, nas quais os sócios atuam exclusiva e pessoalmente[117].

> Convém, assim, ver a ementa do REsp n. 748.409-SC, julgado em 19.09.2006, pela 2ª T. do STJ, rel. Min. Eliana Calmon, acórdão publicado no DJ de 03.10.2006, p. 197: PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – IMPENHORABILIDADE – PEQUENA E MICROEMPRESA – REGRA DO ART. 649, VI, DO CPC. 1. A regra geral é no sentido de restringir-se a aplicação da impenhorabilidade dos bens indicados no inciso VI do art. 649 do CPC às pessoas físicas. 2. Jurisprudência divergente no STJ, com tendência no sentido de estender-se a regra às pequenas e às microempresas, quando forem elas administradas pessoalmente por um sócio apenas (precedentes). 3. Situação fática constante do acórdão que justifica a aplicação da exceção. 4. Recurso especial improvido".

6.4.8. O seguro de vida

O inciso VI do art. 649 do CPC torna impenhorável o seguro de vida. Trata-se de regra que torna insuscetível de penhora o *direito expectativo* à importância do seguro de vida. Trata-se de impenhorabilidade em favor do beneficiário do seguro[118], e não do segurado, até porque o valor do seguro não compõe nem comporá o seu patrimônio (art. 794 do Código Civil[119]). Assim, em uma execução contra o segurado, não será possível a penhora do seguro de vida, pois se trata de bem que não lhe pertence, nem mesmo em expectativa[120].

---

115. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 221.
116. STJ, 2ª T. REsp n. 58.869-S-SP, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. em 14.06.1995, publicado no DJ de 23.10.1995, p. 35.650
117. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 232; REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 103, especialmente a nota 72, com ampla citação de jurisprudência; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 217; THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49-50; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, p. 156; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3ª ed., cit., p. 98; HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 245; CAMBI, Eduardo. "Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família", cit., 271.
118. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 224; ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*. São Paulo: RT, 1978, p. 312-313.
119. Art. 794 do Código Civil: "No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito".
120. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 224; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 201; REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 108.

PONTES DE MIRANDA admite a possibilidade de a regra favorecer ao *segurado-estipulante*, se a ele for permitida a revogação da indicação do beneficiário[121].

Resta, então, uma dúvida: e se o executado for o *beneficiário* do seguro, que *já o recebeu*, o montante recebido é impenhorável, ou a regra só torna impenhorável o *direito expectativo*?

PONTES DE MIRANDA entende que *impenhorável é apenas o direito expectativo*; devida a soma ao beneficiário, torna-se parte do seu patrimônio, "e somente estaria imune à penhora se fosse separada do resto, em virtude da cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade... Então o caso pertenceria à regra jurídica do art. 649, I, ou à regra tautológica"[122]. Parece ser essa, realmente, a melhor interpretação: é possível a constituição de um capital ou renda impenhorável em favor de terceiro (art. 813 do Código Civil, já examinado), fato que se subsome à hipótese do inciso I, bem impenhorável por declaração de vontade, ou à hipótese do inciso IV, renda de natureza alimentar. A regra do inciso VI do art. 649 cuida de outra situação, não prevista nos incisos anteriores: a penhora de um crédito futuro, de um direito expectativo.

Há quem afirme, porém, que o valor do seguro *já recebido* e, pois, incorporado ao patrimônio do beneficiário-executado, ainda assim é impenhorável[123].

6.4.9. Os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas

De acordo com o inciso VII do art. 649 do CPC, são impenhoráveis "os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas". Como se vê, a "obra" pode ser penhorada (art. 677 do CPC[124]). A regra, como bem lembrou ARAKEN DE ASSIS, "estimula a penhora da própria obra inconclusa, à qual os materiais acrescem e, conseguintemente, valorizam"[125].

Cabe registrar a ponderação de MÁRCIO MANOEL MAIDAME, que relaciona essa regra com aquela que protege o bem de família: "Se os materiais são para o efetivo término

121. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 145.
122. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 145. Assim, também, ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*, cit., p. 313.
123. "Neste caso, entra no patrimônio do executado certa soma, a título de seguro de vida, e há razão de direito para que seja *per se* excluída da execução, ainda que o segurado não lhe haja imposto a cláusula de impenhorabilidade. (...) Sendo liberalidade por causa da morte, semelhante à doação, o segurado que, por testamento, podia fazer a doação clausulada, pode também assim proceder validamente quanto ao valor do seguro, sem necessidade de lhe apor cláusula de impenhorabilidade, como condição acidental". (CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 203). Assim, também, REDONDO, Bruno Garcia. LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 109-110; HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 245.
124. Art. 677 do CPC: "Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração".
125. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 232.

da obra, que se encontra em estágio avançado, é compreensível sua proteção, à luz do direito fundamental à moradia. Mas se a construção ainda encontra-se em estado germinal, ou se os materiais estão estocados para futura reforma, ou trata-se de alteração meramente voluptuosa ou somente útil (portões eletrônicos, piscinas, churrasqueiras etc), como estes produtos não serão utilizados para finalização da construção, afiguram-se absolutamente penhoráveis"[126].

6.4.10. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família

O art. 649, VIII, em sua redação original, anterior à Lei n. 11.382/2006, dispunha ser impenhorável "o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário".

Com sua nova redação, o dispositivo diz ser insusceptível de penhora "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família", reproduzindo parte do art. 5º, XXVI, CF/88[127], que já consagra a impenhorabilidade de tal bem.

A rigor, a sede de moradia, ainda que rural, é impenhorável em razão do art. 4º, §2º, da Lei n. 8.009/1990[128]. A proteção dada por esse dispositivo do CPC é a outros bens, no caso, a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza, todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, e os móveis que guarnecem a casa rural.

Cabe analisar, pontualmente, o que mudou.

a) Com a alteração do dispositivo, ficou estabelecida a impenhorabilidade da *pequena propriedade rural,* não mais do "imóvel rural, até um módulo". E, esclarece o legislador reformista, a pequena propriedade rural é aquela "assim definida em lei", isto é, aquela que não ultrapassa um módulo, de acordo com Estatuto da Terra. Trata-se de importante adaptação do CPC ao que já constava na CF/88.

b) No novo texto do inciso, resta disposto, ainda, que, para ser impenhorável, a propriedade deve ser exclusivamente *trabalhada pela família.* Trata-se de condição antes não prevista no CPC, mas já exigida pela CF/88. Logo, também é caso de adequação da lei ao já disposto na Constituição Federal.

Essas duas primeiras mudanças harmonizam a lei com a Constituição Federal.

Mas ainda houve terceira e significativa mudança.

126. MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor,* cit., p. 193.

127. "XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento".

128. § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

c) Com a reforma, suprimiu-se a ressalva que constava no final do dispositivo anterior, que admitia a penhorabilidade da propriedade rural quando "dada em hipoteca para fins de financiamento agropecuário", que, de resto, já se entendia como não recepcionada pela CF/88, que não a previa[129], por isso já vinha sendo afastada jurisprudencialmente[130].

d) Por fim, constata-se que a impenhorabilidade prevista pela Constituição Federal abrange somente execução de dívidas decorrentes da atividade produtiva; já aquela do CPC abrange a execução de toda dívida, salvo a cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem (§ 1º, art. 649, CPC). A redação do CPC é mais ampla do que a redação da CF/88, embora conste a ressalva do § 1º do art. 649, é e bem vista, pois protege o imóvel de quase todas as execuções, garantindo a subsistência familiar. Em qualquer hipótese, está protegida a sede de moradia, como imóvel de família, que é impenhorável por força do art. 4º, §2º, da Lei n. 8.009/1990[131].

Assim, o imóvel não pode ser penhorado na execução de crédito rural, concedido para estimular a produção agrícola, mas poderá ser penhorado na execução do crédito concedido para a aquisição do imóvel.

Não nos parece correto dizer que se trata de direito *irrenunciável*[132]: pode o devedor, se o imóvel for disponível, oferecê-lo como garantia de uma dívida. Ele não é obrigado a fazê-lo, e está seguro de que o bem não poderá ser penhorado para a execução do crédito. Mas não se pode proibir, em homenagem à autonomia privada e à segurança jurídica, que o bem seja onerado (hipotecado, p. ex.) para a garantia de um crédito, por livre vontade do devedor[133]. Seguem-se, mais uma vez, as premissas deste Curso, anunciadas nos itens introdutórios sobre as impenhorabilidades.

6.4.11. Os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social

O inciso IX do art. 649 do CPC reputa impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social. É regra de impenhorabilidade de bem pertencente a uma pessoa jurídica privada.

---

129. Note-se que a CF, em caminho oposto, prevê que deve dispor a "lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento", para substituir a garantia hipotecária (art. 5º, XXVI).
130. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 308. Assim, por exemplo, STJ, 4ª T., REsp n. 262.641/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j em 28.06.2001, publicado no DJ de 15.04.2002, p. 223.
131. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 236.
132. Entendendo que se trata de direito irrenunciável, REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 112.
133. Assim, em homenagem ao princípio da disponibilidade do bem, ASSIS, Araken de. "A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro". *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Teresa Wambier, Ernane Fidélis, Luiz Rodrigues Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 415; GIANNICO, Maurício. *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*, cit., p. 104. Em sentido contrário, REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 113; THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 52.

Há dois pressupostos para considerar-se impenhorável essa quantia em dinheiro: a) origem; b) finalidade do dinheiro[134].

"Recursos públicos são os que, sob a forma de auxílios financeiros ou de subvenções, originam-se das dotações orçamentárias" das pessoas jurídicas de direito público e, eventualmente, das empresas públicas e sociedades de economia mista[135]. Note que "verbas de natureza privada, ainda que com destinação semelhante, não se encaixam na proteção"[136].

É preciso, ainda, que se trate de recursos de aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social. Assim, é impenhorável, por exemplo, o dinheiro recebido por uma escola ou hospital, para custeio dos seus alunos e pacientes, por uma organização não-governamental, que cuida de crianças, idosos etc.

Trata-se de regra de impenhorabilidade absoluta, que "exibe elevado espírito social e se harmoniza com os princípios do art. 1º da CF/1988"[137].

6.4.12. Quantia depositada em caderneta de poupança (até o limite de quarenta salários mínimos)

De acordo com o inciso X do art. 649 do CPC, é impenhorável, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

Trata-se de impenhorabilidade absoluta. Esse valor de quarenta salários mínimos passa a ser visto como um montante com função de "segurança alimentícia ou de previdência pessoal e familiar"[138].

Como bem afirma ARAKEN DE ASSIS, "a regra só protege essa aplicação financeira"[139]. Se o valor estiver depositado em fundo de investimento, por exemplo, poderá ser penhorado. Se o devedor tiver várias cadernetas de poupança, a impenhorabilidade aplica-se à soma de todas elas, e não a cada uma delas isoladamente, "do contrário, valores expressivos poderiam ser pulverizados em várias contas, burlando a finalidade da regra, que é a de proteger a população de baixa renda"[140].

---

134. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 224.
135. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 224.
136. GIANNICO, Maurício. *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*, cit., p. 105.
137. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 225.
138. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.
139. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 225. Assim, também, REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 117; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 228; GIANNICO, Maurício. *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. Maurício Giannico e Vitor José de Mello Monteiro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105. Em sentido diverso, estendendo a impenhorabilidade aos depósitos feitos, até esse valor, em CDB, CDI, fundos de renda fixa ou de ações, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3ª ed., cit., p. 101.
140. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 225. Assim, também, REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 117; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de*

Deve ser considerada impenhorável a quantia existente em caderneta de poupança antes do momento da constituição da obrigação inadimplida. "Caso contrário, bastaria ao executado, em ato fraudulento, transferir recursos de sua conta-corrente para uma conta de poupança e, com isso, livrar da iminência da penhora uma quantia de até 40 salários mínimos que estivesse depositada em sua conta-corrente, o que não pode ser admitido"[141].

6.4.13. Os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político

A Lei n. 11.694/2008 acrescentou o inciso XI[142] no art. 649, CPC, para considerar como bens absolutamente impenhoráveis, os recursos públicos do fundo partidário recebidos pelos partidos políticos, previstos no art. 17, §3º[143], Constituição Federal, e disciplinado pela Lei n. 9.096/1995.

Nos termos do art. 41 da Lei 9.096/1995, a distribuição dos recursos para o fundo partidário é feita pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) diretamente aos Diretórios Nacionais dos partidos políticos. Mas, contraída uma dívida por um diretório estadual/municipal, o Judiciário determinava a penhora de bens do fundo partidário, decisão que repercute em todo o partido, e não somente no órgão partidário obrigado.

> Por isso, o artigo 15-A foi inserido na Lei 9.096/1995, pela Lei n. 11.694/2008, para esclarecer que a responsabilidade, inclusive civil, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento de qualquer obrigação, excluindo expressamente a solidariedade de outros órgãos de direção partidária.

Assim, a impenhorabilidade foi estabelecida no intuito de impedir que os diretórios nacionais de partidos políticos respondam por dívida dos diretórios estaduais/municipais – sobretudo em razão das várias decisões judiciais que determinaram penhora de recursos do fundo partidário de alguns partidos[144].

Perceba que a impenhorabilidade restringe-se aos recursos públicos do fundo partidário. Recursos de origem privada recebidos pelo partido político poderão ser penhorados[145].

A medida pode até agradar aqueles que vislumbram que os recursos do fundo partidário são públicos e, por isso, devem ser preservados, além de funcionarem como instrumento de viabilização da democracia[146]. Mas é preciso considerar o fato de que tais recursos se

---

Direito Processual Civil, v. 3, cit., p. 228; GIANNICO, Maurício. *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*, cit.,, p. 105.

141. REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. cit., p. 117.
142. XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.
143. § 3º – Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei
144. PORTELA, Simone de Sá. *Dinheiro Público. Nova Lei Considera Impenhorável Fundo Partidário*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/67635,1>. Acesso em: 04.jan.2009.
145. GIANNICO, Maurício. *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. cit.,, p. 106.
146. PORTELA, Simone de Sá. *Dinheiro Público. Nova Lei Considera Impenhorável Fundo Partidário*, cit.

incorporam ao patrimônio do partido político, que tem personalidade de direito privado, e deve responder pelas obrigações por ele contraídas[147]. E não é a vedação da sua penhora para o pagamento de legítimos credores que impedirá o desvio de tais valores para fins distintos dos previstos na lei.

A legitimidade da inovação merece, ainda, muita reflexão e debate doutrinário e jurisprudencial.

6.4.14. Bem imóvel de moradia ("bem de família")

A Lei nº 8.009/1990 instituiu a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar por qualquer dívida, salvo as exceções dos seus artigos 3º e 4º.

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" (art. 5º). No entanto, se o casal, ou entidade familiar, possuir vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor (art. 5º, parágrafo único). É o que ocorre, por exemplo, quando a família se divide em mais de uma cidade por motivos profissionais[148]. Por outro lado, se a família possui um único imóvel não habitado, que não garante sua moradia ou subsistência, há quem entenda que ele não está abrangido pela impenhorabilidade prevista na lei[149-150]. É impenhorável, porém, o único imóvel residencial do executado que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família (n. 486 da súmula do STJ).

---

147. Os recursos do fundo partidário destinam-se a (art. 44, da Lei 9.096/1995): "I. manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, este último até o limite máximo de 20% (vinte por cento) do total recebido; II. propaganda doutrinária e política; III. alistamento e campanha eleitorais; IV. criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do total recebido".

148. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 239.

149. A 3.ª T. do STJ, em recurso de relatoria do Min. Sidnei Beneti, mas em que predominou o voto divergente da Min. Nancy Andrighi, reconheceu a penhorabilidade do único imóvel da família, quando vazio, totalmente desocupado, não garantindo moradia ou subsistência da família. Ressalvou-se, contudo, a existência de precedentes da Corte Especial, propugnando a impenhorabilidade de imóvel que, mesmo não servindo à residência da família, garante seu sustento, com a percepção de aluguéis, por exemplo. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99805>. Acesso em: 29 nov 2010).

150. A 4ª Turma STJ já se posicionou no sentido de que imóvel gravado por usufruto vitalício e habitado pela genitora do nu-proprietário (titular do usufruto) também seria impenhorável. No caso em questão, o nu-proprietário não habitava o imóvel objeto de controvérsia, residindo com a respectiva família em imóvel alugado. Entendeu-se, no entanto, que a titular do usufruto integraria o núcleo familiar do nu-proprietário, fundamento este que, robustecido pelo próprio direito à moradia da idosa, justificaria a extensão da impenhorabilidade ao imóvel em questão. (STJ, 4ª T., REsp. n. 950663/SC, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 10.04.2012, publicado no DJ de 23.04.2012)

A impenhorabilidade abrange dos imóveis residenciais mais simples aos mais luxuosos[151]. Com a reforma de 2006, o legislador tentou, sem êxito, mudar essa realidade.

Com a Lei n. 11.382/2006 pretendia introduzir um parágrafo único no art. 650, CPC, que acabou sendo vetado, que tornava absolutamente impenhorável imóvel de até 1.000 salários mínimos, permitindo a penhora daqueles que ultrapassassem esse valor – devolvendo-se o equivalente a 1.000 salários mínimos para devedor (sob cláusula de impenhorabilidade) para adquirir outro. O veto é lamentável, pois protege de forma irrazoável os mais abastados. As críticas são as mesmas feitas ao veto presidencial da possibilidade de penhora de parte de salário, examinada acima, para onde se remete o leitor.

Nada impede que, com base no princípio da proporcionalidade (cuja aplicabilidade foi enfrentada em item precedente), o juiz determine a penhora de uma mansão milionária, que serve de sede familiar, decretando a inconstitucionalidade da restrição no caso concreto[152].

Como a lei só torna impenhorável o único imóvel residencial familiar (utilizado para moradia permanente), em contrapartida são penhoráveis os imóveis não-residenciais e os terrenos não ocupados[153].

Sabe-se que a impenhorabilidade do "imóvel residencial" abrange o solo, a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados (artigo 1º, parágrafo único) – ressalvada, na forma do n. 449 da súmula do STJ, eventual vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis, porquanto possa ser transferida a outrem, a qualquer título, sem que perca sua utilidade ou valor econômico. Mas a parte mais complexa da regra (que diz serem impenhoráveis "todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados") já foi analisada com a profundidade necessária em item precedente e foge à proposta de, aqui, enfrentar, exclusivamente, a impenhorabilidade do *imóvel residencial*.

A lei propõe-se a proteger imóvel residencial do "casal" ou da "entidade familiar", nos termos acima expostos. A CF/88 ampliou o conceito de entidade familiar, para abranger

151. É a visão da 3.ª T. do STJ que, no julgamento do Resp n.º 1.178.469, reformou a decisão do TJ/SP, para desconstituir a penhora de imóveis residenciais de particulares tidos por penhoráveis por serem de alto luxo e passíveis, pois, de desmembramento. Segundo o relator, Min. Massami Uyeda, as normas sobre a impenhorabilidade de bem de família são de ordem pública e de cunho social, assegurando condições dignas de moradia. "Ainda que o imóvel seja valioso, esse fato não tira sua condição de servir à habitação de família", sustenta. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99931> Acesso em: 29 de nov 2010).

152. Assim, também, PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*, cit., p. 101-103. "O direito à tutela jurisdicional executiva também poderá, em casos excepcionais, ser usado em ponderação com o direito à moradia, como instrumento apto a permitir (mesmo diante da vedação legal) a penhora de bem de família de elevado valor, que desvirtue, na prática, a garantia estabelecida na Lei 8.009/90." (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Executiva e a Técnica da Ponderação". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 169, p. 58.)

153. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 238.

a família monoparental[154] e a união estável. Mas deve considerar-se aí compreendidos os irmãos que vivem juntos[155] e a união homossexual[156]. Até o solteiro está abrangido pela impenhorabilidade se reside só no imóvel – isso, em nome da proteção à dignidade da pessoa humana e da moradia digna. Na verdade, houve uma mudança de compreensão acerca do sentido da proteção: de proteção da família à proteção da moradia, indispensável à preservação da dignidade da pessoa.[157]

Todos aqueles que se agrupam em instituição social, normalmente formada por laços de casamento ou união estável, incluindo-se os ascendentes e descendentes, irmãos solteiros, o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, o casado, o separado judicialmente e o divorciado, estão protegidos, vez que a norma se destina a garantir um teto para cada indivíduo, não se direcionando, necessariamente, a um núcleo de pessoas. E esse entendimento já foi consolidado na súmula do STJ, n. 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Que fique claro que a idéia é preservar o ser humano e o seu direito à moradia digna. Daí ser evidente que o imóvel pertencente à pessoa jurídica, ainda que voltado à residência, é penhorável[158].

Vale a pena observar que a impenhorabilidade do imóvel familiar, nos termos analisados, é *relativa*, já que é regra que comporta duas exceções legais:

a) a princípio, excepcionam-se as execuções previstas no art. 3º da Lei n. 8.009/1990[159], em que pode ser penhorada a residência da família (exemplo: execução de crédito de

---

154. Art. 226, § 4º, Constituição Federal: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

155. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 238.

156. Já se disse que seria devido nem que fosse pelo fato de se protegerem até mesmo os solteiros (na lição de ASSIS, Araken. Manual de Execução, cit., p. 328). Mas o STF, em paradigmático julgado do ano de 2011, enquadrou as relações homoafetivas no conceito de família (STF, Pleno, ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 15.05.2011, publicado no DJ de 14.10.2011; e STF, Pleno, ADI n. 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 5.05.2011, publicado no DJ de 14.10.2011).

157. Com esse mesmo espírito, encontra-se julgado do STJ, reconhecendo a legitimidade de membro da família para defender bem de família em que se reside, ainda que pertencente ao executado: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE DO FAMILIAR PARA DEFENDER A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IRRELEVÂNCIA DA PENHORA TER RECAÍDO NA METADE IDEAL DO EXECUTADO. 1. Ainda que, no ato de constrição, tenha sido ressalvada a sua parte, a genitora do executado tem legitimidade para opor embargos de terceiro visando à desconstituição da penhora realizada sobre a metade pertencente ao filho, ao fundamento de que se trata de bem de família. 2. Nos termos dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, "a legitimidade ativa, na hipótese, não decorre da titularidade (ou da cotitularidade) dos direitos sobre o bem, mas sim da condição de possuidor (ou copossuidor) que o familiar detenha e do interesse de salvaguardar a habitação da família diante da omissão ou da ausência do titular do bem". (STJ, 6.ª T., REsp n. 971.926-SP, rel. Min. Og Fernandes, j. em 02.02.2010, publicado no DJe de 22.02.2010).

158. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 236; e STJ, no Resp 412.536.

159. "Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: 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

trabalhador do próprio lar e de suas contribuições previdenciárias; execução de alimentos[160]; para cobrança de taxas devidas em função do imóvel familiar etc.).

> Uma advertência de Araken de Assis: "É preciso extrema cautela ao rejeitar a aplicação dessas exceções (da impenhorabilidade). Por exemplo, tornar a unidade autônoma impenhorável por dívidas contraídas pela necessidade de administrar o condomínio, apesar do disposto no art. 3°, IV, da Lei 8.009/90, implicaria transformar os demais condôminos em arrimo da moradia do inadimplente. Neste exagero incorreu, todavia, a 4ª Turma do STJ. Em seguida, mudou a orientação admitindo a penhora"[161]. Compreendeu-se que a expressão "contribuições devidas em função do imóvel familiar", no inciso IV do art. 3°abrange a "taxa condominial".[162]

Nesse contexto, revela especial interesse a penhora de imóvel do fiador em contrato de locação, lícita por força do artigo 3°, inciso VII, inserido pela Lei nº 8245/91. Isso porque a penhorabilidade do imóvel residencial em tais execuções chegou a ser decretada inconstitucional, no ano de 2005, pelo STF, em homenagem ao direito fundamental à moradia do fiador (STF, RE n. 352.940). Mas, já em 2006, a Corte Suprema reformulou a sua orientação, no julgamento do RE n. 407.688 (STF, Pleno, rel. Min. Cézar Peluso, j. em 08.02.2006, publicado no DJ de 06.10.2006), quando considerou constitucional dispositivo em questão. O fiador, neste caso, tem direito ao benefício de ordem previsto nos arts. 595, CPC, e 827, Código Civil.

> A leitura do acórdão proferido no RE n. 407.688, STF, é imprescindível. O relator, Min. Cézar Peluso, entendeu que o inciso que permite e penhor de bem de família do fiador é uma técnica de proteção do direito à moradia, pois serve de estímulo à locação de imóveis, permitindo a quem não seja proprietário de um imóvel a efetivação de um direito à moradia. O Min. Joaquim Barbosa afirmou, ainda, que a decisão de prestar fiança é expressão do direito de liberdade. Ao exercitá-la, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade do direito à moradia. Perceba que a argumentação do Min. Joaquim Barbosa está em conformidade com as premissas teóricas deste *Curso*. O Min. Gilmar Mendes seguiu a orientação vencedora baseando-se exatamente no direito à autonomia privada, manifestação da personalidade jurídica.

---

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".

160. Há, contudo, julgados do STJ, explicitando que os alimentos devidos em razão de acidente de trânsito estão aí abrangidos, porquanto a lei não diferencie créditos decorrentes ou não de ato ilícito (STJ, 2ª Seção, EResp. N. 679456/SP, Rel. Min Sidnei Beneti, j. 08.06.2011, publicado no DJ de 16.06.2011; e, STJ, 3ª T., REsp n. 1186225/RS, rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 04.09.2012, publicado no DJ de 13.09.2012).

161. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 237.

162. O STJ já se manifestou no sentido de que a exceção em questão não é extensível às taxas instituídas por associações de moradores. Entendeu que a pretensa obrigatoriedade de pagamento das contribuições associativas decorre da vedação ao enriquecimento ilícito, sendo, portanto, obrigações de caráter pessoal. Por outro lado, as taxas e contribuições condominiais constituiriam obrigações *propter rem*, daí decorrendo, por sua vez, o respectivo enquadramento na exceção trazida pelo art. 3°, IV, da Lei 8.009/90. (STJ, 3ª T., REsp n. 1324107/SP, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 13.11.2012, publicado no DJ de 21.11.2012)

b) Também não é beneficiado pela impenhorabilidade em questão o devedor que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga (art. 4º da Lei n. 8.009/1990).

Vista a regra e suas exceções, cabe analisar sua aplicabilidade no tempo.

Logo após a sua promulgação, a Lei n. 8.009/1990 gerou dúvidas sobre a possibilidade de ser aplicada imediatamente, inclusive em relação às penhoras já efetivadas. O STJ pacificou a controvérsia com a edição do enunciado n. 205 da súmula da sua jurisprudência predominante: "A lei n. 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência." Entendeu-se que a Lei n. 8.009/90 não ofende o ato jurídico perfeito, nem o direito adquirido, vez que visa decretar a impossibilidade de expropriação do bem de família, e não extinguir o direito do credor à satisfação de seu crédito. Embora hoje a discussão tenha mais caráter histórico, é difícil defender que uma penhora já feita não é um ato jurídico perfeito, protegido constitucionalmente por lei posterior.

6.4.15. Ressalva geral às regras de impenhorabilidade (art. 649, § 1º, CPC)

As regras de impenhorabilidade não se aplicam na execução dos créditos fundados em negócio jurídico que serviu para a aquisição dos respectivos bens. O § 1º do art. 649 assim determina: "a impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem". Trata-se de regra elogiável: não seria équo que o "credor que propiciou ao atual titular do bem sua própria aquisição não tivesse como haver o respectivo preço"[163].

Como bem lembra HUMBERTO THEODORO JR., "de duas maneiras pode surgir o crédito em semelhante situação: (i) o alienante concede ao adquirente prazo para pagar o preço do bem que lhe é desde logo transferido; ou (ii) o adquirente obtém financiamento com terceiro para custear o preço da coisa adquirida" [164].

6.4.16. Hipóteses de penhorabilidade eventual

Há casos em que o bem só se torna *penhorável* à falta de outros bens sobre os quais possa incidir a penhora. Note que não se trata de uma hipótese de impenhorabilidade relativa[165]. Esses bens podem ser penhorados na execução de qualquer crédito. Trata-se, em verdade, de uma regra que consagra uma *impenhorabilidade sob condição* ou *uma penhorabilidade eventual*, depende de como se queira enxergar o fenômeno. Os bens são impenhoráveis, desde que haja outros bens sobre os quais *possa* (p. ex.: art. 650 do CPC) ou *deva* (p. ex.: art. 655, § 1º, CPC) recair a penhora; diante da falta ou da insuficiência desses outros bens, tornam-se penhoráveis.

---

163. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 308.
164. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed., v. 2, cit., p. 309.
165. Consideram caso de *impenhorabilidade relativa*, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 225; REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. cit., p. 118.

O art. 650 do CPC autoriza a penhora dos frutos e rendimentos de bens inalienáveis. Sucede que essa penhora somente será lícita se não houver outros bens sobre os quais possa recair a constrição judicial. Eis a redação do artigo: "Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia". Os frutos e rendimentos de bens inalienáveis não poderão ser penhorados se destinados à satisfação de prestação alimentícia. Também não poderão ser penhorados se forem instituídos com cláusula de impenhorabilidade, na hipótese do inciso I do art. 649, já examinado. Há quem entenda que essa impenhorabilidade não se aplica à execução de alimentos, em que os *frutos e rendimentos de bem inalienável* poderão ser penhorados[166]. Aplica-se, pela identidade de *ratio*, a ressalva do inciso IV do art. 649, já examinado.

O art. 594 do CPC determina que "o credor, que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao devedor, não poderá promover a execução sobre outros bens senão depois de excutida a coisa que se achar em seu poder". Os demais bens do executado só se tornam penhoráveis se o produto da expropriação do bem objeto do direito de retenção do exeqüente não bastar para a satisfação do crédito. Cabe ao executado opor a *exceptio excussionis realis*, alegação de defesa de que a execução deve recair sobre aquele determinado bem, se a execução recair em bem diverso daquele sobre o qual o direito de retenção está sendo exercido. Se não o fizer no primeiro momento, haverá preclusão[167].

O § 1º do art. 655, de modo semelhante, prescreve que, "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". Os demais bens do executado só se tornam penhoráveis se o valor do bem dado em garantia não for suficiente para a satisfação do crédito.

Se houver bens arrestados, a penhora há de recair, também preferencialmente, sobre eles. É também caso de penhorabilidade eventual, semelhante àquele regulado pelo § 1º do art. 655, CPC. Esta é a norma que se extrai do texto do art. 818 do CPC: "Art. 818. Julgada procedente a ação principal, o arresto se resolve em penhora". Realmente, até mesmo pelo princípio da boa-fé processual, se já há bem anteriormente vinculado ao processo em razão do arresto, penhorar outros, sem a necessidade de complementação da garantia do juízo, é medida excessivamente onerosa e injustificada.

6.4.17. Penhora de quotas sociais

O CPC não previa, originariamente, a possibilidade de penhora de quotas de sociedade de responsabilidade limitada – o CPC/39 tinha regra expressa sobre o tema[168]. Mas sempre prevaleceu, em doutrina, o entendimento de que essa penhora seria possível, malgrado

166. REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, cit., p. 119.
167. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 235.
168. O art. 930, V, CPC-39, permitia penhora de direitos e ações, abrangendo, expressamente "fundos líquidos em sociedade civil e comercial" – onde se inserem as quotas sociais.

existissem divergências, sobretudo considerando que a penhora só poderia recair sobre quota quando o estatuto social previsse a possibilidade de sua alienação para terceiro sem anuência dos demais sócios.

> Não admitir a penhora de quotas é retirar da esfera de responsabilidade patrimonial bem que não foi expressamente afastado por lei, o que contraria o art. 591, segundo o qual o executado deve responder pela obrigação com todos os seus bens.
>
> A transferência de quotas para terceiro não significa transferência da *affectio societatis*. Só lhe é transferido o direito a haveres, podendo promover dissolução ou liquidação da sociedade.
>
> "O credor, exeqüente da penhora, torna-se titular apenas do direito de crédito relativo aos lucros líquidos e aos haveres apurados com relação às quotas sob penhora. O credor não adquire, entretanto, o *status* de sócio. Esse *status* extingue-se com a execução da penhora (liquidação da quota) e não é transferido ao credor"[169].
>
> Por fim, tornar impenhoráveis tais bens permitiria ao devedor furtar-se facilmente à execução, constituindo uma sociedade limitada e transferindo para ela seus bens – para manter em seu patrimônio apenas as quotas[170]. "Ora, as disposições do contrato social não obrigam terceiros porque, do contrário, o devedor criaria impenhorabilidade negocial, à revelia dos credores"[171].

Hoje, como advento da Lei n. 11.382/2006, há previsão legal nesse sentido. É admissível a penhora de quotas sociais, como prevê o inciso VI do art. 655, CPC.

> No caso de penhora de quota, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios para a adjudicação das cotas penboradas (art. 685-A, § 4º, CPC).

Mas o legislador civil, no art. 1.026, trouxe norma que relativiza a penhorabilidade das quotas sociais, dispondo no seu *caput* que: "O credor particular de sócio pode, *na insuficiência de outros bens do devedor*, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação" e complementando em seu parágrafo único: "Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação".

Note que o credor do sócio somente pode pedir a liquidação da quota do devedor se não houver lucros a distribuir. Se houver lucros, eles devem ser penhorados, não sendo lícito o pedido de liquidação da quota social. Não se trata de uma opção do exeqüente[172]. É uma situação em que a aplicação do o princípio da menor onerosidade da execução é fundamental.

A liquidação parcial da sociedade, para a satisfação do crédito de um credor do sócio, é medida drástica, pois implica diminuição forçada do capital social de uma sociedade.

---

169. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 90.
170. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 2, cit., p. 332.
171. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 219.
172. WALD, Arnold. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 14, p. 219-220.

Não se pode descartar a possibilidade de o juiz, diante das particularidades do caso concreto, e em homenagem à função social da empresa, rejeitar o pedido de liquidação parcial da sociedade.

O dispositivo torna as quotas sociais eventualmente penhoráveis: ou seja, só podem ser penhoradas na ausência de outros bens do devedor, adotando-se sistema semelhante ao do CPC/39. Isso ocorreu certamente porque o Código Civil partiu de um anteprojeto de 1972, quando ainda estava em vigor o CPC/39.

6.4.18. Impenhorabilidade do jus sepulchri, *da sepultura e do sepulcro.*

Questão das mais controvertidas no Direito funerário é a possível penhora do *ius sepulcri* (direito à sepultura, direito a ser sepultado; após o falecimento, nasce em favor dos herdeiros o *poder-dever de sepultar* e de *manter sepultado*, também conteúdo do *jus sepulchri*[173]), da sepultura (coisa) e do sepulcro (construções funerárias erigidas "sob ou sobre o terreno concedido para a sepultura"[174]).

O *direito à sepultura* (e os seus corolários *direitos a sepultar e a manter sepultado*) é impenhorável[175]. Trata-se de direito que decorre da cláusula geral da personalidade, inerente à dignidade da pessoa. Como direito da personalidade, é inalienável e, pois, impenhorável (art. 11 do Código Civil).

> A propósito, relacionando o direito à sepultura com a cláusula geral de proteção da personalidade, o enunciado n. 1 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, STJ, que é uma das conclusões a que se chegou sobre o art. 2º do Código Civil: "a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

A sepultura também é impenhorável, exatamente porque é nela que será exercido o *jus sepulchri*.

A questão é mais simples quando se trata de sepultura já ocupada por um defunto. O respeito aos mortos é aspecto ético de nossa cultura amplamente protegido pelo Direito positivo, até mesmo com a existência de tipos penais respectivos. A sepultura, nesse caso, é impenhorável. Essa interpretação pode ser construída a partir das premissas estabelecidas neste *Curso*, conforme exposto linhas atrás.

---

173. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Natureza jurídica do direito à sepultura em cemitérios particulares". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1122, 28 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8714>. Acesso em: 21 dez. 2008.

174. SILVA, Justino Adriano Farias da. "Impenhorabilidade do *jus sepulchri*". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 87, p. 243.

175. SILVA, Justino Adriano Farias da. "Impenhorabilidade do *jus sepulchri*", cit., p. 243; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 222; HOSN, Magda Abou El. *"Impenhorabilidade da sepultura na execução de dívida"*. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=647, em 21.12.2008, 16h23. Em sentido contrário, entendendo que o *ius sepulchri*, quer se trate de "direito de tumulação em sepulcro de família, quer em pedaço de terra de destinação sepulcral individual" é penhorável, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 140.

O art. 822, "e", do CPC português considera o túmulo impenhorável.

Já se decidiu sobre a *impenhorabilidade do jazigo que continha restos mortais*. A 2ª T. do TST, conforme voto do à época juiz convocado Horácio de Senna Pires. O órgão do TST não conheceu um recurso de revista interposto por um trabalhador mineiro. Após dois anos e meio no emprego, um assistente de pessoal ingressou em juízo contra a empresa para a qual trabalhava. Houve acordo judicial, que não foi cumprido. NA execução da sentença, descobriu-se que a empresa ré havia falido. Com a indisponibilidade dos bens da empresa, a penhora voltou-se contra o antigo sócio-diretor, em cujo patrimônio se descobriu a existência do jazigo.

O empresário falido recorreu e obteve a exclusão do jazigo, sob o argumento de que ali se encontravam os restos mortais de sua mulher. A desconstituição da penhora foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (com jurisdição em Minas Gerais) por entender que o interesse público não permite a remoção dos restos mortais, sob pena de ofensa ao princípio de respeito aos mortos. O TRT mineiro registrou a inviabilidade da penhora e da venda futura do jazigo.

O TST manteve a decisão (Recurso de Revista n. 589266/1999.5)

A sepultura não-ocupada em cemitério público também é impenhorável, por tratar-se de bem público.

O jazigo não-ocupado em cemitério particular pode, porém, ser penhorado, principalmente na execução do crédito relativo à sua aquisição. Trata-se de bem comercializável, de algum valor econômico e que, por não estar ocupado, poderia ser penhorado sem ofensa à dignidade humana nem ao respeito aos mortos.

O *sepulcro* é impenhorável, pois se incorpora à sepultura ocupada pelo corpo do defunto[176]. Poderá ser penhorado, porém, na execução do crédito relativo à sua aquisição ou construção[177], bem como se de elevado valor (gárgulas de ouro que protegem o pórtico de um mausoléu, por exemplo).

6.4.19. Penhora de bem dado em garantia real

Os bens dados em penhor, hipoteca e anticrese podem ser penhorados. Na execução dos respectivos créditos, a penhora recairá preferencialmente sobre eles (art. 655, § 1º, CPC).

Podem, ainda, ser penhorados na execução de outros créditos, por outros credores. Nessa hipótese, aplica-se o art. 1.477[178] do Código Civil, previsto para a hipoteca, mas aplicável por analogia aos demais direitos reais: o bem dado em garantia somente pode ser penhorado por credor quirografário ou o credor da segunda hipoteca, *se não houver outros bens penhoráveis*; enfim, apenas no caso de insolvência de fato[179].

176. Justino Adriano Farias da Silva não adota esse entendimento. Para ele, o sepulcro é impenhorável sempre, havendo ou não corpo sepultado ("Impenhorabilidade do *jus sepulchri*", cit., p. 243).
177. SILVA, Justino Adriano Farias da. "Impenhorabilidade do *jus sepulchri*", cit., p. 243.
178. Art. 1.477 do Código Civil: "Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira".
179. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1982, t. 20, § 2.557, n. 1, p. 378-379; THEODORO Jr., Humberto. "O imóvel hipotecado e a execução de terceiro".

> Note que o art. 1.477 do Código Civil apenas menciona o credor da segunda hipoteca; nada diz a respeito do credor quirografário. Ora, se o credor hipotecário da segunda hipoteca, que é um credor com título legal de preferência, somente pode penhorar o bem hipotecado após vencida a primeira hipoteca, ressalvada a hipótese de insolvência, tanto mais razão haverá na restrição ao credor quirografário[180].

A proteção do credor hipotecário é garantida pela ineficácia de eventual alienação do imóvel hipotecado penhorado, sem a sua prévia intimação (art. 619 do CPC), que se impõe por força do inciso II do art. 615, CPC. O titular do direito real de garantia poderá impugnar a penhora indevidamente feita sobre o bem hipotecado por meio dos embargos de terceiro (art. 1.047, II, CPC).

6.4.20. Impenhorabilidade de próteses

São impenhoráveis as próteses, pois se incorporam à pessoa e, assim, adquirem a *natureza jurídica de corpo humano*, insuscetível, portanto, de responder pela dívida do executado. Assim, "é também impenhorável o que se junta ou liga, embora separável ao corpo, para completá-lo, física ou funcionalmente: pernas, braços e dedos artificiais, etc.; dentaduras, chinós, calços, suspensórios ortopédicos, óculos, monóculos, lentes, os distintivos profissionais, etc., porque fazem parte da pessoa".[181] Notem que, como acertadamente apontou ARAKEN DE ASSIS, o direito brasileiro não resolveu o problema expressamente, não sendo suficiente a remissão ao inciso III do art. 649 (impenhorabilidade de bens de uso pessoal), "porque repugna ao princípio da dignidade da pessoa humana considerar tais bens, simplesmente, como 'objetos de uso pessoal'"[182].

O rol ainda pode ser mais extenso: a cadeira de rodas, o cão-guia e a muleta são impenhoráveis, desde que estejam sendo utilizados (obviamente, em execução contra uma pessoa jurídica empresária que comercializa cadeiras de roda, será possível penhorar tais objetos que estejam em seu estoque).

6.4.21. Penhora do saldo da conta vinculada do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço)

Controverte-se sobre a penhorabilidade dos créditos do trabalhador no FGTS. Como visto acima, há decisões que admitem a penhora de tais créditos.[183]

A questão, porém, é delicada e merece análise mais detida.

O patrimônio do FGTS é utilizado para investimentos em habitação, infraestrutura e saneamento. Por isso, os valores depositados no FGTS são indisponíveis: o titular do

---

Revista de Processo. São Paulo: RT, 1986, n. 44, p. 13-14; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 219; DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil*, v. 13, cit., p. 579.

180. THEODORO Jr., Humberto. "O imóvel hipotecado e a execução de terceiro", cit., p. 13.

181. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 137.

182. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 221.

183. Assim, p. ex., admitindo a penhora do saldo do FGTS em execução de crédito trabalhista, STJ, 3ª. T., REsp n. 1.083.061/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 02.02.2010.

crédito não pode levantá-los quando bem entender. O saque do dinheiro depositado na conta vinculada do FGTS somente pode ser feito em situações tipicamente previstas na legislação (extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 1974; suspensão do trabalhador avulso por período igual ou superior a noventa dias; quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna; aplicação, na forma individual ou por intermédio de Clubes de Investimento - CI-FGTS, em quotas de Fundos Mútuos de Privatização - FMP-FGTS, conforme disposto no inciso XII do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; quando o trabalhador permanecer, a partir de 14/07/90, mais de três anos seguidos, afastado do regime do FGTS; para moradia própria, comprada através do Sistema Financeiro de Habitação – SFH ou, mesmo fora desse Sistema, desde que o imóvel preencha os requisitos para ser por ele financiado; e quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave).

Indisponível, o crédito depositado na conta vinculada do FGTS é consequentemente impenhorável, por força do inciso I do art. 649 do CPC.

A penhora desses valores, com o posterior levantamento do dinheiro pelo exeqüente, transformar-se-ia em hipótese atípica de saque do FGTS, cujo montante poderia ser revertido para o pagamento de qualquer dívida. As possibilidades de fraude ao FGTS multiplicar-se-iam.

Pode-se argumentar que se trata de penhora de crédito futuro. Penhora-se o valor, que, quando tornar-se disponível, uma vez preenchida alguma das hipóteses que autorizam o saque da conta vinculada, poderia ser levantado pelo exequente.

A opção também não parece viável, ao menos como regra.

Primeiro, porque não haveria interesse processual na penhora de um crédito atualmente indisponível e somente por hipótese no futuro disponível, se o advento desta disponibilidade depender da manifestação de vontade do próprio executado (no caso de saque para aquisição de imóvel, p. ex.).

Em segundo lugar, é preciso notar que as hipóteses que autorizam o saque da conta vinculada estão sempre relacionadas à proteção da dignidade do trabalhador. Ou seja: esses valores somente podem ser sacados, pois a proteção do trabalhador torna-se imprescindível, tendo em vista as situações de vulnerabilidade presumida apontadas pelo legislador. Tais valores seriam, também por isso, e agora sob outra razão, impenhoráveis.

Nessas situações, quando o crédito já se tiver tornado disponível, será possível, no limite, penhorá-lo nos casos de execução alimentícia, por aplicação da regra do inciso IV do art. 649, já examinado.[184]

---

184. Admitindo a penhora dos créditos do FGTS, sem fazer a diferenciação proposta no texto quanto à disponibilidade ou não desse valor, STJ, 5ª T., REsp n. 805.454/SP, rel. Mina. Laurita Vaz, j. em 04.12.2009, acórdão publicado no DJe de 08.02.2010. Em outra oportunidade, o STJ reconheceu legitimidade da Caixa Econômica Federal para impetrar mandado de segurança contra ato judicial que, no bojo de execução de

Em suma, o saldo da conta do FGTS é impenhorável, salvo em casos de execução de alimentos, quando o valor tornar-se disponível para o executado.

7. LIMITES DA PENHORA

É certo que a execução pecuniária irá invadir o patrimônio do devedor (ou outros responsáveis). Mas deve fazê-lo dentro do estritamente *útil e necessário* para realização do direito de crédito. Essa invasão patrimonial encontra, portanto, dois limites[185].

Em primeiro lugar, o nosso CPC restringe a penhora aos bens suficientes para satisfação do crédito devidamente atualizado, com seus acessórios (juros, custas e honorários) (art. 659[186], CPC). Só deve ser alvo de penhora o que for realmente necessário para o pagamento do crédito.

O art. 659, mesmo depois da Lei n. 11.382 de 2006, restringe a penhora à parcela do patrimônio suficiente para pagamento da dívida e dos custos da execução. Mas o texto foi alterado para explicitar que o devedor se submete a uma *atualização monetária* do débito principal espelhado no título executivo, o que, a rigor, já era imposto pelo Código Civil (art. 395[187]), como decorrência natural da mora[188].

Para que a penhora não seja excessiva deve recair sobre bens que bastem para cobrir a dívida principal atualizada (com correção monetária), bem como os juros e os encargos processuais (custas e honorários). E para que não seja diminuta e insuficiente a penhora, deve ser considerado pelo juiz o tempo necessário para que se chegue à expropriação e ao pagamento, de modo a que se procedam aos inevitáveis acréscimos decorrentes desse período. É difícil chegar-se a uma perfeita correspondência entre a dívida e a penhora já no momento em que ela é realizada. Mas existem limites mínimos impostos pela razoabilidade, que permitem afastar excessos manifestos[189].

Em segundo lugar, exige o legislador que a invasão patrimonial revele utilidade prática. Não há interesse-utilidade na realização ou manutenção de uma penhora, quando o produto da venda destes bens for totalmente absorvido com pagamento das custas da

---

alimentos, determinou o levantamento de valor depositado em conta vinculada do FGTS, sob o fundamento de que a referida empresa pública ostentaria a qualidade de operadora do FGTS, sendo, portanto, terceira prejudicada pelo ato judicial em questão. Porém, na mesma ocasião, consignou-se expressamente que o rol de hipóteses de levantamento previsto na Lei n. 8.036/90 não seria taxativo, sendo certo, que, nos casos de execução de alimentos, a penhora seria efetivamente possível. (STJ, 3ª T., RMS n. 35826/SP, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 10.04.2012, publicado no DJ de 26.04.2012).

185. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 314-315. Para Araken de Assis, o limite parece ser um só: o princípio da adequação, que rechaça penhora inútil ou excessiva (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 606).

186. Art. 659 do CPC: "A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios".

187. Art. 395 do Código Civil: "Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado".

188. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 314-315.

189. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 314-315.

execução (art. 659, §2º, CPC[190]). Trata-se de regra de bom-senso e eqüidade, diz AMILCAR DE CASTRO[191], que cria uma regra de impenhorabilidade processual como técnica para mais bem tutelar a boa-fé no processo, impedindo o abuso do direito (conforme visto no item sobre os fundamentos da impenhorabilidade).

Se não encontrar mais bens penhoráveis, o oficial descreverá na certidão aqueles que guarnecem a residência ou o estabelecimento do devedor (artigo 659, §3º, CPC).

Mas a utilidade da penhora só pode ser aferida à luz do caso concreto, com cautela e ponderação. Afinal, se não for nítido que todo o valor da venda será tomado pelas despesas processuais, podendo-se vislumbrar pagamento de parte mínima do crédito, ela deve ser efetivada – e depois confirmada, se for o caso, no momento de renovação da avaliação (art. 685, CPC)[192].

8. ESCOLHA DOS BENS A PENHORAR. ORDEM LEGAL DE PREFERÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO

Antes da reforma, era conferida ao devedor a faculdade de escolher os bens a serem penhorados, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado da sua citação (art. 652, na sua redação originária).

Com a reforma promovida pelas Leis n. 11.382/2006 e 11.232/2005, transferiu-se ao credor a prerrogativa de escolher e indicar bens à penhora, de preferência já no seu requerimento/petição inicial (cf. artigos 652, §2º[193], na sua redação atual, e art. 475-J, § 3º[194], CPC)[195].

Mas se é conferido ao credor o poder de indicar bem à penhora, em contrapartida, em nome do contraditório, é garantido ao devedor o direito de questionar essa indicação, por impugnação ou embargos de executado (artigos 475-L, III, e 745, II), se não forem

190. § 2º do art. 659 do CPC: "Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução".
191. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, cit., p. 238-239.
192. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11 ed., cit., p. 606.
193. § 2º do art. 652 do CPC: "O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655)".
194. § 3º do art. 475-J do CPC: "O exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados".
195. Na realidade, a localização de bens penhoráveis é encargo do oficial de justiça, incumbindo ao credor diligente ajudá-lo com indicações – o que já era reconhecido por alguns sob o Direto anterior. A prática forense, por si só, já impõe ao advogado uma precaução: não deve ele dar início à execução sem antes identificar patrimônio penhorável. Mas as últimas reformas têm feito os mais atentos repensarem esta regra, pois foi imposto ao devedor o dever de indicar em juízo seus bens penhoráveis sob pena de punição (arts. 600, IV, e 601, CPC), além de ter sido expressamente regulamentada a possibilidade de penhora eletrônica das quantias depositadas em banco (art. 655-A, CPC) (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 601 e 602). Isso tudo sem falar na possibilidade de quebra do sigilo fiscal do executado, com o esgotamento de outras medidas, admitida com base no art. 198, CTN (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 602.)

respeitados a gradação legal do art. 655 (art. 656, I, CPC) e o princípio da menor onerosidade possível da execução (arts. 620 e 668[196]).

> Com essa reforma, o legislador simplificou o procedimento de escolha do bem a ser penhorado[197].
>
> Na execução de título extrajudicial, a idéia é de que a citação do devedor já se faça com um mandado onde constem bens indicados a penhora pelo credor.
>
> E, não havendo cumprimento espontâneo da obrigação, o oficial já poderá partir para penhora de tais bens, sem tumultos ou embaraços antes comuns à providência (652, § 1º, CPC).
>
> Na execução de sentença pecuniária, ultrapassada a fase de cumprimento voluntário e apresentado o requerimento do credor de instauração da fase executiva, expedir-se-á mandado de avaliação e penhora de bens, que, espera-se, também já tenham sido indicados pelo credor no requerimento inicial (artigo 475-J, *caput*, *fine*, § 3º, CPC). E o oficial também poderá procederá penhora livre de discussões em torno da medida.
>
> Em ambos os casos, só depois de seguro juízo, com penhora efetivada, poderá o devedor pleitear a substituição do bem (arts. 656 e 658 do CPC), afastando-se incidentes desta natureza no curso da diligência.

Em caso de omissão do credor, o oficial deverá penhorar os bens que encontrar, na quantidade necessária para garantir satisfação do credor, dentro dos limites do art. 659 do CPC, já examinado.

Havendo dificuldades na localização de tais bens, o magistrado pode, de ofício ou a requerimento, intimar o executado para, em cinco dias, indicar bens a serem penhorados (art. 652, § 3º, CPC[198]), o que se aplica à fase de execução de sentença, por força do art. 475-R, sob pena de incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça (inciso IV do art. 600, CPC)[199].

Para o legislador, não basta que o devedor aponte bem que diz ser seu. Deve, em atendimento à regra do art. 656, §1º[200], explicitar a localização do bem, exibir prova

---

196. Art. 668 do CPC: "O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exeqüente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)".
197. Observações parcialmente encontradas em THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 315.
198. Já o art. 656, §1º, diz que a indicação pelo executado deve ser feita "no prazo fixado pelo juiz", antinomia constatada por Barbosa Moreira, que sugere que se conciliem as normas, para entender-se que o prazo será de cinco dias em caso de omissão judicial (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., cit., p. 239).
199. E o devedor, devidamente intimado, tem a obrigação de indicar quais são seus bens penhoráveis (onde estão e os seus valores) dentro da ordem de preferência do art. 655, logo adiante analisada, somente podendo dela fugir mediante justo motivo. Se omite dinheiro para indicar outro bem qualquer, injustificadamente, incorrerá em ato atentatório à dignidade da justiça. A falta de justificativa é desacato à autoridade do Judiciário (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 268).
200. §1º do art. 656 do CPC: "É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa

de sua propriedade (e se for o caso certidão negativa de ônus), e abster-se de adotar qualquer conduta que tumultue a realização da penhora, sob pena de incorrer em *contempt ao court* e litigância de má-fé, sofrendo as multas do art. 14, parágrafo único, e art. 601 do CPC.

Estabelece o art. 655, CPC, com redação dada pela Lei n. 11.382/2006, uma ordem de preferência legal do bem a ser penhorado, levando-se em consideração a maior ou menor facilidade de conversão do bem em dinheiro (quando já não é dinheiro)[201].

Os bens do devedor ou de terceiro responsável devem ser penhorados, preferencialmente, na seguinte ordem: a) *dinheiro;* a penhora deve recair, em primeiro lugar, sobre dinheiro, em espécie, depósito ou aplicação financeira, afinal é execução de quantia; b) *veículo;* c) *bens móveis em geral*[202]*;* d) *bens imóveis;* e) *navios e aeronaves;* f) *ações e quotas* de sociedades empresárias; g) *percentual de faturamento de empresa devedora* – que deve observar o disposto no art. 655-A, §3º, CPC; h) *pedras e metais preciosos;* i) *títulos de dívida pública* (com cotação no mercado); j) *títulos e valores mobiliários* (com cotação no mercado) e outros direitos[203].

> O art. 655, I, CPC, estabelece que a penhora deve recair preferencialmente sobre dinheiro, acrescentando a Lei n. 11.382/2006 a especificação de que pode ser "em espécie ou em depósito ou aplicação financeira". Esse acréscimo foi feito para deixar claro que a penhora pode recair sobre o dinheiro depositado em instituição financeira, o que sempre pareceu óbvio, por não ser comum a prática de guardar dinheiro em espécie em casa, mesmo que o executado tenha outros bens. Mas havia realmente quem interpretasse que apenas dinheiro em espécie poderia ser penhorado, e não aquele depositado em instituição financeira; interpretação no mínimo esdrúxula[204]. Isso evidencia que não é necessário que o executado tenha exaurido a busca por outros bens penhoráveis para solicitar que o juiz requisite informações ao Banco Central sobre a existência de recursos depositados em instituições financeiras.
>
> Realmente, não há sentido na orientação de parcela da jurisprudência, que exigia esse exaurimento na busca de bens do executado para que fosse lícita a obtenção das informações junto ao Banco Central[205]. Isso somente seria razoável para a

---

de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)".

201. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 603.

202. A omissão do legislador em classificar os semoventes foi notada, sobretudo porquanto ainda a eles se refira no art. 668, parágrafo único, III. Está em aberto o seu enquadramento (cf. reflexões de ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 604).

203. A colocação dos valores mobiliários em última colocação é indigna e revela para Araken de Assis desconfiança do legislador com tais bens, apesar da liquidez da bolsa (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 604). A crise do mercado de capitais, iniciada em 2007 e escancarada em 2008, dá legitimidade à cautela do legislador, pois demonstrou a insegurança das bolsas de valores em todo o mundo.

204. Como perceberam MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 271.

205. STJ, 2ªT., REsp n. 721.567/AL, rel. Mina. Eliana Calmon, j. em 28.08.2007, publicado no DJ de 11.09.2007, p. 209. Um julgamento da Corte Especial do STJ espelha bem a evolução do pensamento a respeito do tema: "Corte Especial, ao julgar recurso sob o regime do art. 543-C do CPC c/c a Res. n. 8/2008-STJ, entendeu

> quebra do sigilo bancário ou fiscal, por se tratar de direitos fundamentais, mas não é esse o caso.
>
> O direito fundamental à tutela executiva, princípio basilar da execução, impede esta interpretação, que se revela inconstitucional.
>
> A viabilidade da medida é também confirmada com a introdução, pela mesma lei, do artigo 655-A, que confere ao credor o direito de pedir ao juiz que requisite informações à autoridade supervisora do sistema bancário informações sobre a existência de ativos em nome do devedor, para que determine sua indisponibilidade até o valor executado[206].

Portanto, o credor, que passou a ser titular da faculdade de indicar bens à penhora, deverá respeitar a gradação legal. A ordem de preferência instituída pelo legislador dirige-se, inicialmente, a ele, restando ao devedor impugnar uma escolha que a desrespeite.

Os tribunais, há tempos, firmaram, porém, o entendimento de que a ordem legal de penhora não é absoluta nem é rígida[207], o que parece ter sido acolhido pelo legislador reformista. A Lei n. 11.382/2006 modificou o texto do art. 655 para deixar claro que a penhora "observará, preferencialmente" e, não, necessariamente, a ordem ali contida. O entendimento jurisprudencial[208] é o de que a escolha do bem a ser penhorado deve

---

que a penhora *online*, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, configura medida excepcional cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha realizado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. Contudo, após o advento da referida lei, o juiz, ao decidir sobre a realização da penhora *online*, não pode mais exigir do credor prova de exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.010.872-RS, DJe 15/9/2008; AgRg no REsp 1.129.461-SP, DJe 2/2/2010; REsp 1.066.091-RS, DJe 25/9/2008; REsp 1.009.363-BA, DJe 16/4/2008, e EREsp 1.087.839-RS, DJe 18/9/2009" (STJ, Corte Especial, REsp 1.112.943-MA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.09.2010).

206. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 266-267.

207. Nesse sentido, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 316; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 603; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 265; OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. "A ordem preferencial para nomeação de bens e a penhora do faturamento da empresa (artigos 655 e 655-A do CPC)". *Execução extrajudicial. Modificações da Lei n. 11.382/2006* COSTA, Susana Henriques (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 208-209; WAMBIER, Luis Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 112. Assim, também, STJ, 2ª T., REsp n. 791.573/RS, rel. Mina. Eliana Calmon, j. em 07.02.2006, publicado no DJ de 06.03.2006, p. 361.

208. STJ, 4ª T., REsp n. 167158/PE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 17.06.1999, publicado no DJ de 09.08.1999, p. 172: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. IMPUGNAÇÃO PELO CREDOR, POR DESOBEDIÊNCIA À GRADAÇÃO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ARTS. 620, 655 E 656, I, CPC. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I – A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, absoluto, devendo atender às circunstâncias do caso concreto, à satisfação do crédito e à forma menos onerosa para o devedor, "a fim de tornar mais fácil e rápida a execução e de conciliar quanto possível os interesses das partes". II – A gradação legal há de ter em conta, de um lado, o objetivo de satisfação do crédito e, de outro, a forma menos onerosa para o devedor. A conciliação desses dois princípios é que deve nortear a interpretação da lei processual, especificamente os arts. 655, 656 e 620 do Código de Processo Civil. III – Embora na dicção legal a nomeação de bens à penhora seja ineficaz quando não observada a

ser feita considerando o direito à tutela efetiva do credor, inclusive a facilidade e a rapidez da execução, e o direito a menor onerosidade do devedor, harmonizando-se os dois princípios[209].

Trata-se de visão também acolhida em lei, a teor da nova redação do art. 668: "O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a *substituição não trará prejuízo algum ao exeqüente e será menos onerosa para ele devedor* (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)". Trata-se de regra que confere um *direito do executado à substituição do bem penhorado,* a ser examinada mais à frente, em item próprio.

Assim, penhora feita fora de ordem será legítima se realmente necessária à tutela efetiva do credor, não havendo opção menos gravosa para o devedor e igualmente eficaz. Deve-se resolver o conflito pela máxima da proporcionalidade. Por fim, a penhora feita fora de ordem, sem justo motivo, é errônea e deve ser desfeita e substituída[210], de acordo com as regras dos arts. 656, 668, 475-L, III, e 745, II, CPC.

9. LUGAR E TEMPO DA PENHORA

A Lei n. 11.382/2006 reformou o art. 659, § 1º, que trata do local da penhora.

Manteve-se a regra de que os bens devem ser penhorados *em qualquer lugar*, onde quer que estejam. Foram feitas duas inovações.

Primeiro, estabeleceu o legislador que o fato do bem estar na posse, detenção ou guarda de terceiros não obsta a que seja penhorado. A mudança reforça a regra do inciso III do art. 592, CPC.

Segundo, foi suprimida a exigência de requisição judicial ao chefe da repartição pública para penhora de bens ali localizados. Pode o oficial entrar e vasculhar armários e gavetas do servidor executado, independentemente de autorização judicial[211].

> Neste particular, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR salienta que se "o bem estiver em custódia ou sob o controle da repartição pública (uma caução ou uma locação do particular em favor da Administração), não é possível removê-lo para o depositário judicial, de imediato. A penhora deverá recair sobre o *direito* do executado sobre o bem, e não sobre este imediatamente. O chefe da repartição, em tal circunstância,

---

gradação do art. 655, CPC, o exeqüente deve justificar a sua objeção, dizendo as razões pelas quais não a aceita".

209. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 316. Nesse sentido, já se encontra o n. 417 da súmula do STJ: "Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto".

210. Por ser meramente indicativa a ordem de preferência, seu desrespeito não gera nulidade, concorda Araken de Assis, mas só a substituição da penhora, que é a correção do defeito (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 603).

211. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 605.

será notificado do gravame judicial, após o aperfeiçoamento da penhora por auto ou termo no processo"[212].

Mas se os bens podem ser penhorados onde quer que estejam, há uma preferência sobre aqueles que estão no *foro da execução* (art. 656, III, CPC). Caso o devedor não tenha bens no foro da causa, prevê o art. 658 que deverá ser realizada a execução por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da sua situação (art. 747).

Isso significa que o oficial de justiça do juízo da execução não pode realizar penhora fora da comarca em que está lotado – o que é manifestação do princípio da territorialidade da jurisdição[213]. Perceba que o art. 230 do CPC permite que o oficial de justiça proceda a atos de comunicação processual fora da sua comarca, desde que em comarcas contíguas ou da mesma região metropolitana.

Todavia, há decisão do STJ dizendo não ser absolutamente nula a penhora realizada por oficial de justiça em comarca contígua, se a finalidade do ato foi alcançada, sem causar prejuízos (art. 244 do CPC). Invoca-se o princípio de instrumentalidade das formas[214].

Existem exceções a essa regra. Há casos em que se admite a penhora de bem situado fora do foro da execução, independentemente de carta precatória:

a) O § 5º do art. 659 contém autorização legal para a realização da penhora de imóvel situado em qualquer localidade do território nacional, no próprio juízo da execução, por simples termo nos autos[215].

b) Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, em que a penhora incidirá sobre a coisa onerada, poderá ela ser efetivada no próprio juízo da execução, mesmo que a coisa esteja em foro diverso[216].

c) Tratando-se de bem situado em comarca diversa, mas indicado à penhora pelo devedor, que assume o encargo de depositário junto ao juízo da execução, alguns admitem que simplesmente se lavre o termo de penhora nos autos principais, independentemente do uso de carta, que só será exigida para avaliação e venda judicial[217].

d) A penhora eletrônica de dinheiro pode realizar-se em qualquer comarca, pouco importa em que agência o dinheiro esteja depositado, pois o bloqueio requisitado ao Banco Central pelo órgão jurisdicional atinge qualquer instituição financeira em qualquer comarca do país[218].

---

212. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 318.
213. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 539.
214. STJ, 3ª T., REsp n. 68.264/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 12.05.1997, publicado no DJ de 30.06.1997, p. 31022.
215. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 604-605.
216. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p 319; STJ, 4ª T., REsp n. 101.121/MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 11.06.2002, publicado no DJ de 23.09.2002, p. 366.
217. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p 319; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 539.
218. PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50.

A penhora por oficial de justiça, como todo ato processual externo (realizado fora da sede do juízo), realizar-se-á nos dias úteis, das 6 às 20 horas (art. 172, CPC) – sendo dia *útil aquele em que há expediente forense.*

Mas o §2º do art. 172 ressalva que a penhora, em casos excepcionais, poderá realizar-se em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário estabelecido neste artigo, respeitando-se o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Além disso, na forma do art. 173, II, durante as férias ou recesso forense e nos feriados não se praticarão atos processuais, ressalvando-se, dentre outros, a penhora.

Essas exceções, que atingem a penhora, somente ocorrem em casos excepcionais e mediante autorização expressa do juiz. Assim, de nenhuma valia é o pedido, comumente veiculado em petições iniciais, no sentido de que a citação seja feita na forma do art. 172, § 2º, sem que se indique, precisa e claramente, qual é a circunstância excepcional que autorizaria o pleito.

A realização de penhora fora dos limites temporais previstos em lei, sem prévia autorização do juízo, é violação à privacidade do devedor que conduz à invalidade do ato[219].

10. REALIZAÇÃO E FORMALIZAÇÃO DA PENHORA

10.1. Apreensão. Auto e termo de penhora

A penhora se aperfeiçoa com apreensão e depósito do bem (art. 664, CPC).

A *apreensão* formaliza-se por termo ou auto[220].

O *termo* é redigido pelo escrivão (ou escrevente que o auxilie), no bojo dos autos, na sede do juízo. Ele é utilizado quando o bem penhorado é aquele indicado à penhora por uma das partes, em juízo, por petição deferida pelo magistrado. Sempre que não houver necessidade de diligências externas para a busca do bem a ser penhorado, a penhora realizar-se-á por termo nos autos. Neste caso, o próprio termo de penhora já constitui a intimação do devedor – salvo se penhora de imóvel, na forma do art. 659, §§4º e 5º[221].

> Quando implantado o sistema informatizado de penhora de dinheiro, e averbação de móveis ou imóveis, a que se refere o art. 659, §6º[222], acrescentado pela lei nº 11.382 de/2006, tais constrições poderão ser realizadas ou tornadas públicas de forma muito mais simples, pela via eletrônica, e serão trazidas aos autos pelo escrivão através de simples termo de penhora.

---

219. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 605.
220. Sobre a diferença, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 527; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 160; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 323.
221. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 263.
222. § 6º do art. 659 do CPC: "Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos".

O *auto* é lavrado pelo oficial de justiça, quando a apreensão é realizada fora da sede do juízo. Se for necessário buscar os bens externamente, a apreensão será feita por oficial de justiça – onde quer que se encontrem os bens – que deverá lavrar auto de penhora[223]. Feita a penhora por auto, é necessária a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, conforme os arts. 475-J, §1º e art. 652, §§4º e 5º[224].

> Havendo resistência do executado, impedindo o oficial de entrar em sua residência ou na sede da empresa, por ex. ("se o devedor fechar as portas da casa", diz a lei[225]), o oficial deve comunicar o fato em juízo, solicitando ordem de arrombamento (art. 660[226]). Há aqui uma resistência presumida.
>
> A diligência deve ser feita por dois oficiais, que arrombarão portas, móveis e gavetas, lavrando auto circunstanciado ("auto de arrombamento") de todo ocorrido, a ser assinado por testemunhas presentes no ato (art. 661[227]). Note que *somente se autoriza o arrombamento se houver resistência*; a resistência indevida é ilícito processual autorizante (cf. v. 1 deste *Curso*, capítulo sobre a teoria dos fatos processuais). Não pode haver ordem de arrombamento sem resistência.
>
> Não há vedação legal ao arrombamento de cofres e caixas-fortes (que são móveis), se for necessário, para encontrar bens ocultados[228].
>
> A ausência de testemunhas não obsta o arrombamento nem o torna defeituoso, se o ato tiver alcançado sua finalidade, sem causar prejuízo ao executado[229].
>
> A diligência pode ser acompanhada pelo credor e seu advogado[230].
>
> Se necessário, pode-se requisitar força policial para ajudar no arrombamento e na prisão de quem resistir ao arrombamento (art. 662 do CPC[231]; art. 329 do Código Penal[232]). Note, porém, que somente pode haver prisão em flagrante se, em razão da resistência, o ato não se executar (art. 329, § 1º, Código Penal). É que a simples

---

223. "Na substância, os atos em si não diferem, exceto quanto ao agente, embora sejam assinaláveis os elementos do art. 665, quanto ao auto de penhora, e os requisitos formais dos arts. 168, 169 e 171 do CPC, quanto ao termo". (Araken de Assis, *Manual do Processo de* Execução, 7ª ed., cit., p. 620).
224. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 263.
225. Trata-se de expressão metafórica, o que é curioso, que abrange a recusa educada, furtiva ou agressiva e gera presunção de resistência. Mas pode não revelar-se como resistência; pode ser uma atitude com outro fim (ex.: fecha cancela ou coloca obstáculo para evitar fuga de animais e, não, para impedir acesso do oficial) (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 607 e 608).
226. Art. 660 do CPC: "Se o devedor 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".
227. Art. 661 do CPC: "Deferido o pedido mencionado no artigo antecedente, dois oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando portas, móveis e gavetas, onde presumirem que se achem os bens, e lavrando de tudo auto circunstanciado, que será assinado por duas testemunhas, presentes à diligência".
228. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 532; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 609.
229. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 610.
230. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 609.
231. Art. 662 do CPC: "Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem".
232. Art. 329 do Código Penal: "Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena – detenção, de dois meses a

resistência, embora conduta criminosa, é considerada ilícito penal de menor potencial ofensivo e, com essa qualidade, não admite prisão em flagrante (art. 69, par. ún., Lei n. 9.099/1995)[233].

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei n. 9.099/1995). A simples resistência, por ter pena máxima prevista em abstrato de dois anos de detenção, é crime de menor potencial ofensivo. A resistência eficaz, pois implica a não execução do ato, é apenada com no máximo três anos de reclusão; não é, portanto, crime de menor potencial ofensivo e, assim, admite prisão em flagrante. No caso de crime de menor potencial ofensivo, a autoridade policial deverá lavrar termo circunstanciado do ocorrido e encaminhar o autor do fato ao Juizado. Encaminha-se o autor do fato ao Juizado Especial Criminal competente (art. 69, Lei n. 9.099/1995). A regra do art. 662 do CPC deve ser aplicada de acordo com as novas regras processuais penais.

Havendo resistência, o auto de arrombamento deve ser redigido em duplicata, para que uma via seja levada ao conhecimento do juízo e outra ao comando policial – sendo que, se houver prisão, a segunda via deve ser encaminhada para autoridade policial que recebeu o preso (art. 663 do CPC[234]).

Do auto de resistência constará o rol de testemunhas, com a sua qualificação (art. 663, parágrafo único, CPC), o que é importante para o Ministério Público, em eventual inquérito e processo-crime.

Ao fim da diligência, podem subsistir até três autos diferentes: de arrombamento (com descrição das coisas rompidas, lesadas e assinatura de duas testemunhas), de resistência (se houver, quando se terá prisão em flagrante) e de penhora (se encontrados bens).

Se as diligências forem concluídas pelo meirinho em um só dia, lavrar-se-á um só auto de penhora. Entretanto, se isso não for possível (em razão do grande número de produtos penhoráveis de uma empresa, por exemplo), será lavrado *um auto por dia*, documentando as atividades diárias de constrição (art. 664, CPC). Trata-se de cautela relevante para se aferir a ordem de preferência das penhoras[235].

Se o oficial sair em diligência para realizar mais de uma penhora para garantir uma mesma execução (ex.: penhora de bens dos dois devedores solidários executados ou de

---

dois anos. § 1º – Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena – reclusão, de um a três anos. § 2º – As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência".

233. Parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1995: "Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima". A propósito do tema, TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Direito Processual Penal*. 2ªed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 455-456.

234. Art. 663 do CPC: "Os oficiais de justiça lavrarão em duplicata o auto de resistência, entregando uma via ao escrivão do processo para ser junta aos autos e a outra à autoridade policial, a quem entregarão o preso".

235. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 633.

bens situados em locais distintos[236]), não pode, por medida de economia, formalizar todas elas no mesmo auto. Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto. Deve ser lavrado um auto por penhora (art. 664, par. ún., CPC)[237].

Apreendidos os bens, o auto de penhora deve ser lavrado com (art. 665, CPC): *i)* o dia, mês, ano – essencial para estabelecer a preferência do credor e a ocorrência de alienação fraudulenta de bem penhorado. É relevante que se consigne também a hora, pelas mesmas razões (definição do credor preferente e configuração de fraude[238]); *ii)* o lugar em que se realizou a apreensão – importante para que se garanta que a penhora seja feita no foro da execução (arts. 658 e 655, III, CPC), ressalvadas as exceções legais; *ii)* os nomes do credor e devedor ou do terceiro responsável (ex.: sócio da empresa executada)[239] – cuja omissão é mera irregularidade; *iii)* a descrição do bem penhorado (e suas qualidades); e, enfim; *iv)* a nomeação do depositário.

São requisitos obrigatórios, mas cuja ausência conduz a defeito facilmente sanável (ex.: ausência de nomeação de depositário) – razão porque o ato não é, normalmente, invalidado[240]. Ainda que não sanado o vício, deve-se lembrar que a invalidade processual pressupõe prejuízo.

Mas o art. 665 deve ser lido conjuntamente com o art. 652, § 1º[241] e 475-J, *caput* e § 1º[242], que dispõem que o oficial, com o mesmo mandado de penhora, também avalia, lavrando-se auto com os dois fins. Logo, o auto formalizará a penhora e a avaliação.

10.2. Depósito

10.2.1. Noções gerais

Apreendidos bens do devedor (ou responsável), é necessário entregá-los a um depositário, que deverá guardá-los, conservá-los e, se for o caso, administrá-los até o momento de sua expropriação.

---

236. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 323.
237. Araken de Assis defende que dois ou mais bens podem ser penhorados com um mesmo auto, é o que extrai do art. 655, III, afastando a interpretação literal do art. 664 (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 613 e 633).
238. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., cit., p. 240; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 527.
239. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., cit., p. 240
240. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 238 e 239; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 611.
241. § 1º do art. 652 do CPC: "Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado".
242. Art. 475-J do CPC: "Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias".

Segundo o art. 664 do CPC, a penhora realiza-se com a apreensão e o depósito do bem. Logo, por força de lei, o depósito é elemento constitutivo da penhora, indispensável para que ela produza efeitos.

O depósito não é complemento da penhora; algo externo e posterior a ela, como propõem alguns[243]. Compõe a penhora; algo interno e contemporâneo à sua constituição[244].

O legislador não dispensa o depósito nem mesmo em caso de apreensão de imóvel (art. 659, §5º, CPC). Neste caso, a intimação do executado do termo de penhora, automaticamente já o constitui depositário.

Além disso, o depósito de que ora se trata não é o depósito convencional, figura de direito privado; é, isso sim, o depósito judicial, figura de direito público, estritamente processual, constituído em juízo executivo[245].

10.2.2. Escolha do depositário

Em princípio, é o oficial de justiça ou o escrivão que escolhem e nomeiam o depositário do bem penhorado, tomando sua assinatura pessoal ou de seu procurador[246] no auto/termo de depósito, que integra o auto/termo de penhora[247]. Devem consultar, em alguns casos, o juiz, como nas hipóteses do art. 666, I e III, ou o credor, para verificar se concorda que o executado seja o depositário (art. 666, §1º). Mas, em qualquer caso, devem ser respeitadas as preferências legais.

Antes da reforma (pela Lei n. 11.382/2006), o depositário era, em regra, o executado, dono do bem penhorado. Somente em caso de discordância do exeqüente o encargo era atribuído a outrem. (art. 666, texto anterior).

Depois da reforma (pela Lei n. 11.382/2006), houve significativa mudança. O encargo de depositário passa ser conferido, preferencialmente, a outrem (art. 666, CPC) – tornando-se exceção sua atribuição ao executado (art. 666, § 1º[248]).

---

243. É o que propõem, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 278; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 540 e 541.
244. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 162.
245. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 128; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 163; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 541.
246. Antes não se admitia a assinatura do seu advogado, pois se considerava ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assumisse expressamente o encargo de depositário judicial (súmula do STJ, n. 304). (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 632. Com o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, como será visto adiante, não parece haver mais óbice a que o termo de depósito seja assinado por procurador do depositário, com poder especial para tanto.
247. É indispensável a assinatura do depositário; se for o devedor e houver recusa, deve-se nomear e tomar compromisso de terceiro (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 613).
248. § 1º do art. 666 do CPC: "Com a expressa anuência do exeqüente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado".

AMILCAR DE CASTRO[249] defende ser de ordem pública a exigência de que o bem penhorado (seja ele móvel ou imóvel) não fique em poder do executado, para que não os oculte, degrade ou transfira para terceiro, bem como para que não fique estimulado a protelar execução, beneficiando-se do uso e gozo do bem.

Lembra que o artigo 664 estabelece que a penhora se perfaz com o depósito, mas reconhece que, junto a isso, o artigo 666 (hoje no seu §1º) admite que o bem fique em poder do devedor, se o credor concordar (afinal é um dos principais interessados).

Não parece ser o caso. A própria regra, ao exigir a concordância do exeqüente, já revela que não se trata de uma questão de ordem pública, mas, sim, do estrito interesse do exeqüente.

O executado só será depositário do bem, basicamente, em três situações:

a) quando exeqüente expressamente concordar, independentemente da natureza do bem penhorado (art. 666, § 1º);

b) quando for difícil a remoção do bem (exemplo: um tomógrafo que integra o patrimônio de um hospital executado) (art. 666, § 1º);

c) quando for bem imóvel, pois não há risco de ser ocultado ou subtraído pelo executado, sendo desnecessária e onerosa a sua entrega a terceiro.

Na realidade, o próprio legislador vislumbrou isso, estabelecendo no art. 659, § 5º que o executado será depositário do bem imóvel, por força de lei. É um depositário legal, dispensado, inclusive, de prestar compromisso formal. Mas isso não impede que ele rejeite o encargo, demonstrando que não tem condições práticas de guardar e conservar o imóvel, como nos casos em que o imóvel foi invadido por terceiros, por exemplo[250].

Mas esta é a exceção, as regras gerais sobre quem deve ser preferencialmente o depositário são encontradas nos incisos do art. 666, nos seguintes termos.

Inciso I: quando bem for *dinheiro, pedra/metal precioso ou papel de crédito* deve ser o depositário: a) o Banco do Brasil; b) a CEF – Caixa Econômica Federal; c) o banco em que o estado tenha mais da metade do capital social integralizado; ou, na sua falta d) estabelecimento de crédito designado pelo juiz.

Anda bem o legislador ao privilegiar as instituições bancárias oficiais, sobretudo as federais, para fins de depósito dos bens a que alude o art. 666, I, CPC. Tais instituições têm sua atividade coordenada pelo Conselho Monetário Nacional (art. 22, §1.º, Lei 4.595/64) e, por isso mesmo, desfrutam de maior solidez, que lhes permite exercer a condição de depositários necessários (art. 647, I, CC) com maior segurança de que a coisa depositada será, em tempo oportuno, restituída ao depositante (art. 629, CC).

Penhorado dinheiro em espécie, deverá ser depositado na instituição bancária oficial.

---

249. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 235.
250. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 342-343.

> Caso seja penhorado dinheiro já depositado ou aplicado em uma dada instituição, ainda que não oficial, não há que se falar em seu deslocamento para instituição diversa, basta que a quantia seja bloqueada junto ao Banco Central (art. 655-A), com cientificação da instituição competente de que lhe foi atribuído o encargo de depositária judicial[251].
>
> Convém reproduzir dois enunciados da súmula do STJ sobre o depósito de dinheiro:
>
> n. 179: "O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores depositados."
>
> n. 185: "Nos depósitos judiciais, não incide o Imposto sobre Operações Financeiras."

Importante lembrar que as jóias, pedras e objetos preciosos devem ser depositados com registro do valor estimado de resgate (art. 666, §2°). Trata-se de medida de simplificação e economia processual, pois facilita a liberação dos bens em caso de seu resgate com depósito da quantia respectiva, afastando discussões sobre o seu valor.

Inciso II: se o bem for *móvel ou imóvel urbano*, deve ser nomeado depositário judicial – sendo que, no caso do imóvel, isso só ocorrerá se houver justo motivo para que o executado não seja depositário, porquanto o encargo lhe seja conferido por força de lei (art. 659, § 5°). É dispositivo de difícil aplicação, em muitas localidades, tanto nas comarcas pequenas, que não têm condições de manter depositário judicial, cargo que muita vez sequer existe, como nas comarcas muito grandes, em que rapidamente se esgota a capacidade de custódia do depósito público. Nesses casos, deve ser nomeado um depositário particular pelo juiz, normalmente um leiloeiro ou o próprio credor, se pessoa idônea para tanto (como uma instituição financeira)[252].

Inciso III: se o bem for de qualquer outra espécie (demais bens, como navio, aeronave, imóvel rural etc.), deve ser nomeado depositário particular. Deve ser pessoa idônea e capaz escolhida pelo magistrado, que tenha habilidade para assumir a guarda e conservação do bem (ex.: o fazendeiro de renome para cuidar de imóvel rural e sua criação de gado)[253]. E quando nomeado depositário particular, pode ele recusar expressamente o múnus (súmula do STJ, n. 319[254]), se não reputá-lo conveniente ou não se sentir habilitado para exercê-lo.

Por fim, ressalte-se, recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, deve ser mantido nas constrições subseqüentes o mesmo depositário. Afigura-se impossível nomear-se mais de um depositário para um mesmo bem[255].

---

251. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 343.
252. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 633.
253. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 633
254. "O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado".
255. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 633-634.

10.2.3. Funções do depositário

O depositário é um auxiliar de justiça (artigo 148 do CPC). Exerce função pública de *guarda e conservação* dos bens penhorados[256], contra extravio e deteriorações, até que se chegue à fase de expropriação. E o faz na condição de *possuidor direto* do bem, o que o autoriza a empregar remédios possessórios para preservar a posse[257-258].

Mas há casos em que o depositário assume também as funções de administrador. A natureza dos bens penhorados pode impor que eles continuem sendo explorados economicamente, como no caso de penhora de empresa comercial, industrial ou agrícola, de plantações ou de edifícios em construção (art. 677, CPC). São bens economicamente produtivos.

Nesses casos, o depositário passa a ser também administrador. Deixa de ser depositário comum (responsável por simples custódia e preservação) para ser depositário-administrador (que também gere o bem apreendido).

A gestão do depositário-administrador deve ser feita com base em um plano previamente elaborado pelo administrador e aprovado pelo juiz da execução (art. 677, CPC) e os rendimentos daí advindos serão objeto de uma prestação de contas periódicas, revertendo-se em benefício da execução[259].

Neste caso, a escolha do depositário deve ser mais cuidadosa, recaindo sobre alguém habilitado para essa atividade administrativa e de boa reputação[260].

Se a guarda e a conservação dos bens apreendidos, com o depositário, o expuserem a risco (de deterioração ou depreciação) ou forem simplesmente onerosas e desvantajosas (o depósito é caro e absorve grande parte do valor dos bens), tal circunstância deve ser informada ao juízo, para que, se for o caso, seja determinada a alienação antecipada do bem (art. 670).

Ora, a manutenção dos bens com o depositário só trará prejuízos para as partes e para execução, devendo o juiz avaliar cuidadosamente a possibilidade de sua venda antecipada.

---

256. Podendo requerer medidas cautelares conservativas, independente de autorização judicial (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 626).
257. Para Marinoni e Arenhart as medidas possessórias podem ser solicitadas incidentemente à própria execução (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 280).
258. Não pode o depositário usar o bem em proveito próprio (ex.: automóvel); seu uso depende de autorização do juiz e deve ser em benefício do credor ou da massa ativa. Além disso, cabe ao depositário receber e manter sob sua custódia os frutos advindos do bem, que aproveitam à massa ativa e à execução (ex.: alugueres de imóvel penhorado, se a locação for autorizada pelo juízo, na forma do art. 17, Lei n. 5.478/1968). (CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 244 e 247 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 624).
259 Aventam a hipótese, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 247; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 625; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 166 e segs.; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 345.
260. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 625.

A alienação antecipada dos bens, nas hipóteses citadas, é medida de ordem pública que pode ser determinada de ofício pelo juiz, por provocação das partes ou do próprio depositário – em qualquer caso, garantindo-se prévio contraditório (art. 1.113 c/c art. 670, par. ún., CPC)[261].

10.2.4. Remuneração do depositário

O depositário deve ser remunerado pelos serviços prestados. Se depositário público (judicial), receberá emolumentos já fixados no regimento de custas; se particular, o juiz deve fixar o valor de sua remuneração, na forma do art. 149, CPC[262], considerando a localização dos bens, o tempo de serviço e as dificuldades de execução[263].

> "Mesmo na custódia de moeda corrente (art. 666, I), a instituição financeira receberá a contraprestação usual, ao extrair do dinheiro rendimentos em proveito da massa ativa da execução"[264].

Já as despesas inerentes à guarda, conservação e administração dos bens devem ser indenizadas em separado.

As duas prestações, remuneração e indenização de despesas, devem ser adiantadas pelo credor, e, ao fim, suportadas pelo devedor (art. 19 e 20, CPC). Obviamente, se o depositário for o próprio devedor, nada lhe será devido – nem remuneração, nem indenização, pois preserva coisa sua[265] e é seu o ônus de arcar com os custos da execução.

10.2.5. Prisão Civil. A reviravolta jurisprudencial. O reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel

O depositário tem o dever de devolver o bem sob sua custódia, quando determinado pelo juízo – por ordem de entrega expedida no próprio processo executivo. Caso não o faça, será considerado depositário infiel, submetendo-se, de acordo com o art. 666, §3º, CPC, e art. 5º, inciso LXVII, da CF/88, à prisão civil.

Sempre foi polêmica a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, *sem prévia ação de depósito*. Apesar disso, a jurisprudência do STF (súmula, n. 619, já cancelada) admitia o uso da medida, incidentalmente, no próprio processo de execução onde fora constituído depósito, como a manifestação do poder de polícia do juízo da execução.

---

261. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 247. Ordenada a medida, a venda poderá ser realizada através de leilão ou por iniciativa particular (art. 1.113, caput, e §3º). Mas, em sede de execução por quantia certa, o legislador criou uma disciplina específica que deve prevalecer em relação à da jurisdição voluntária (art. 1.113). Assim, a preferência é a expropriação por adjudicação ou alienação por iniciativa particular, se solicitado pelo exeqüente (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 344). Com lições parcialmente semelhantes, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed., cit., p. 246-247.

262. Art. 149 do CPC: "O depositário ou administrador perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução".

263. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 629.

264. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 629.

265. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 630.

A Lei n. 11.382/2006 tentou pôr fim à discussão. Seguiu a orientação até então predominante, para autorizar, no art. 666, §3º, a decretação de prisão civil do depositário infiel no bojo da própria execução, quando não restitui os bens sob sua guarda.

Contudo, no ano de 2008, houve uma reviravolta jurisprudencial. O STF, após intenso debate, decretou a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, nos autos do RE n. 466.343-1/SP. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, chegou à conclusão de que, apesar de os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, assinados e ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, não terem o *status* de norma constitucional, "desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel". O julgamento desse recurso foi concluído em 03 de dezembro de 2008, tendo o STF reconhecido que *não há mais base normativa para a prisão civil do depositário infiel*. O n. 619 da súmula do STF, anteriormente referido, foi *cancelado*.

> Segundo o noticiário do próprio STF, deste mesmo dia: "O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor – excetuado o inadimplente com alimentos – e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos". Seguindo essa linha de entendimento, o n. 25 da súmula vinculante do STF: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito", e o n. 419 da súmula do STJ: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel".

Para aqueles que ainda insistam na constitucionalidade da medida, a sua legitimidade depende do prévio contraditório, garantia constitucional que é. O depositário tido por infiel deve ser intimado previamente, para que justifique sua conduta e apresente provas do quanto alegado[266], oportunidade em que pode limitar-se a evitar sua prisão com depósito em juízo do valor do bem que estava sob sua custódia.

Afora a possibilidade, hoje afastada pelo Supremo, de prisão civil – que não pode exceder um ano (art. 652, Código Civil[267]) –, o depositário também responde civil e criminalmente por sua atuação na execução.

O depositário pode praticar crime de apropriação indébita, se toma para si os bens sob sua guarda, aplicando-se a agravante do art. 168, §1º, II, do Código Penal. Em sendo o depositário próprio devedor, pode incorrer na fraude do art. 179 do mesmo Código Penal.

---

266. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. cit., p. 246; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. cit., p. 628.

267. Art. 652 do Código Civil: "Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos".

Em termos de responsabilidade civil, pode ser demandado em ação de depósito, prestação de contas ou de indenização[268]. Na forma do art. 150, CPC, o "depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo".

10.3. Intimação do executado

Formalizada penhora *por auto* (art. 665), com a apreensão e depósito dos bens, o oficial de justiça deverá, na mesma oportunidade, intimar o devedor.[269]

> Na execução de título extrajudicial, a intimação do executado não é mais para embargar. O prazo para os embargos começa a correr da juntada do mandado de citação aos autos (arts. 736 e 738, CPC).
>
> Já na fase de cumprimento de sentença, a intimação do executado da penhora é termo inicial do seu prazo de quinze dias para impugnar a execução (475-J, § 1º), isso se não já houver impugnado (acolhido o posicionamento deste *Curso* no sentido de que é possível o oferecimento de impugnação sem a prévia penhora).

A intimação deverá ser feita na pessoa do seu advogado, se o tiver, ou pessoal (475-J, § 1º, e art. 652, § 4º).

Na execução de título extrajudicial, se o executado não for encontrado, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinar novas diligências (art. 652, § 5º). O juiz deverá ponderar, à luz do caso concreto, até que ponto deve insistir na busca do devedor, levando em conta o fato de que já estava ciente da execução e da penhora iminente com o ato citatório. Confere-se ao juiz o poder de ignorar o executado que intencionalmente evite ser intimado para embaraçar o prosseguimento da execução.

Se a penhora foi feita por *termo* nos autos, a intimação se confunde com a própria lavratura do termo, pois o devedor, através de seu advogado, deve participar da sua elaboração, firmando-o juntamente com o escrivão (ou escrevente). Excepciona-se, contudo, a penhora por termo de bem imóvel (art. 659, § 4º), examinada com detalhes em item posterior, que pode ser feita sem a participação de executado ou seu advogado, caso em que será intimado da penhora, pelas vias legais, o que o investe, automaticamente, na condição de depositário do bem.

---

268. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 345; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, cit., p. 630; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 544.

269. Nesse contexto, a 4.ª T. do STJ exige *intimação de todos os executados* da penhora, mesmo que ela recaia sobre bem de apenas um ou alguns deles, sob pena de nulidade dela (penhora) e de todos os atos que a sucedem, "na medida em que a defesa de um interessa aos outros, cabendo ação regressiva entre os devedores se um é forçado a pagar a dívida por inteiro" (STJ, 4.ª T., REsp n. 576148-ES, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 16.11.2010, publicado no DJe de 01.12.2010). Não parece correto dizer que se trata de requisito de validade da penhora. Não se pode analisar a validade de um ato jurídico com fatos que lhe sejam supervenientes. A intimação da penhora é ato posterior, obviamente, à penhora. A intimação pode ser encarada como condição de eficácia da penhora, não de sua validade

Afora o executado, outros sujeitos deverão ser, eventualmente, intimados da penhora, alguns deles para que venham assegurar sua preferência ou prelação material sobre o bem:

a) o titular de direito real de garantia ou usufrutuário do bem penhorado (art. 615, II): o credor pignoratício, hipotecário, ou anticrético, e o usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto;

b) o terceiro garantidor de dívida alheia, se bem seu foi penhorado (art. 655 § 1º, CPC). 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;

c) o senhorio direto e o credor com penhora anteriormente averbada, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da adjudicação ou alienação, que não seja de qualquer modo parte na execução (art. 698, CPC);

d) no caso de penhora de quota social, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios na adjudicação (art. 685-A. § 4º, CPC);

e) na penhora de imóvel, o cônjuge do executado deverá ser intimado, conforme será visto no próximo item.

11. PENHORA DE IMÓVEL

O CPC, em sua redação primitiva, continha previsão para penhora de imóvel divergente daquela constante na Lei de Registros Públicos.

A Lei de Registros Públicos dispunha ser obrigatório o registro da penhora para produzir efeitos perante terceiros (art. 240, LRP); o CPC, por sua vez, considerava aperfeiçoada a penhora com a apreensão e depósito do bem, e posterior lavratura do auto, sem se referir a qualquer ato registral (art. 664, CPC).

Diante disso, alguns diziam que a eficácia da penhora em face de terceiros decorria do simples ato processual de penhora (com apreensão depósito e lavratura do auto), prendendo-se ao regramento do CPC; já outros diziam que a perfeição da penhora dependia da inscrição no registro público, seguindo a Lei de Registros Públicos[270].

---

270. Apenas para demonstrar o tamanho do problema, eis um rol de posicionamentos. Entendiam que se tratava de norma para dar publicidade ARMELIN, Donaldo. "O processo de execução e a reforma do Código de Processo Civil". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 708; ANDRIGHI, Fátima Nancy. "O registro da penhora e a reforma do Código de Processo Civil". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 810-812; CARMONA, Carlos Alberto. "O processo de execução depois da reforma". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 759; BENETI, Sidnei Agostinho. "A penhora de bem imóvel diante da Lei n. 8.953/1994". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 816-818; COSTA, Moacyr Lobo da. "Registro da penhora de imóvel". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 833-834. Consideravam exigência para o aperfeiçoamento da penhora THEODORO Jr., Humberto. "As inovações no CPC, em matéria de execução forçada e procedimentos especiais". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva,

Mais de duas décadas depois, a Lei n. 8953/1994 acrescentou o § 4º no artigo 659 do CPC, para exigir o registro da penhora de imóvel no cartório competente. Mas não esclareceu qual seria a natureza deste ato registral: seria pressuposto para perfeição da penhora ou seria condição para sua eficácia perante terceiros?

A resposta veio já no novo milênio, com o advento da Lei n. 10.444/2002, que alterou a redação do § 4º do artigo 659, para esclarecer que o ato processual penhora se aperfeiçoa com a lavratura do auto ou termo respectivo, que é o que basta para que o processo siga adiante, mas a sua eficácia perante terceiros está condicionada à realização do registro. Facilita-se, também, a efetivação da transcrição da penhora no registro imobiliário, que exige apenas a apresentação, ao oficial do registro, de certidão com inteiro teor do ato constritivo, dispensando-se expressamente o mandado judicial (parte final do §4º do art. 659, CPC).

> Feita a inscrição da penhora na matrícula do imóvel, há presunção absoluta de seu conhecimento por terceiros, e qualquer a alienação ou oneração do bem penhorado posterior a isso será fraudulenta. Mas, ausente o ato registral, eventual aquisição do imóvel por terceiro será presumidamente de boa-fé (presunção relativa), cabendo ao credor apresentar prova em contrário.
>
> Embora a mencionada averbação não seja tida por indispensável por lei para que o processo siga adiante, é recomendável que o juiz não determine a realização de hasta pública do imóvel penhorado sem que haja prova de que a penhora foi publicizada. Com isso, evita-se a alienação judicial de bem já pertencente ao terceiro que se diz de boa-fé, evitando discussões em derredor do tema[271]. Assim, convém que a expropriação de bem imóvel fique condicionada à prévia realização do registro. A publicização da penhora de imóvel é diligência cuja realização a lei atribui ao credor, mas não é mera faculdade sua. É requisito obrigatório para a legítima realização do praceamento.

Pouco depois, a Lei n. 11.382/2006 fez singela alteração no §4º do art. 659. Limitou-se a substituir o termo "registro" pelo termo "averbação", apesar de a Lei de Registros Públicos referir-se ao registro. Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR[272], a mudança decorreu do fato de a averbação ser ato mais simples e singelo do que o registro, que é revestido de mais formalidades que poderiam retardar a publicidade da penhora. Além disso, o objetivo do § 4º do art. 659 é tão-só dar publicidade da penhora a terceiros, o que se faz com simples averbação; não visa constituir direito real nem gravame judicial, não sendo o caso de ato registral.

Mais significativa foi a introdução do § 6º no artigo 659 pela Lei n. 11.382/2006, com o seguinte texto: "Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos". Autoriza-se o uso de meio eletrônico para averbação de penhora de bens que constem em quaisquer registros

---

1996, p. 759-800; ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 524; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2, p. 89.

271. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 298.

272. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 298.

públicos (exemplo: imóveis, ações, veículos etc.), o que dependerá de regulamentação de cada tribunal. Trata-se de mais uma medida de simplificação e otimização dos atos executivos, que, oxalá, venha rapidamente a tornar-se realidade.

Por fim, algumas notas sobre o § 5º[273] incluído no artigo 659 pela Lei n. 10.444/2002, que contém autorização legal para a realização da penhora de imóvel situado em qualquer outra localidade, no próprio juízo da execução, por simples termo nos autos.

Consta do §5º do art. 659, explícita autorização para que se faça a penhora em "foro distinto daquele em que se situa o bem (ou seja, fazê-la no próprio ofício judiciário em que flui o processo executivo)"[274], dispensando-se a expedição de carta precatória com esta finalidade[275]. Assim, pode-se afirmar que o art. 658, CPC, que determina que se o devedor não tiver bens no foro da causa, far-se-á a execução por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação (art. 747), em se tratando de bens imóveis, não tem aplicação.

Para a formalização da penhora, deve o credor apresentar uma certidão da matrícula do imóvel, que comprove que pertence ao executado ou responsável (parte inicial do §5º do art. 659, CPC). Munido desse instrumento, cabe ao escrivão lavrar o respectivo termo de penhora nos autos, atribuindo ao devedor proprietário do imóvel o encargo de depositário, que lhe é imposto por força de lei, independentemente de firmar qualquer compromisso nos autos.

Intimado da penhora, pessoalmente ou por seu advogado, o executado será constituído, neste ato, depositário do bem. Fica investido na função de depositário por esta intimação, independentemente de assinatura do termo de penhora[276]. Com isso, esclarece o legislador que existe depósito na penhora por termo, apesar do silêncio que vigia até então[277].

Quando a penhora se faz por termo nos autos, baseada em simples certidão da matrícula do bem, podem não ser citados no respectivo termo a existência de acessórios (construções, plantações ou outras acessões)[278]. A omissão poderá ser suprida por iniciativa da própria parte, que poderá informar, em momento posterior, a existência desses

---

273. § 5º do art. 659 do CPC: "Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário".
274. DINAMARCO, Cândido. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 271.
275. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 244.
276. Parece que não há mais discussão quanto à desnecessidade de assinatura do termo de penhora pelo executado, prevalecendo a concepção já defendida por Araken de Assis: "É que, como o termo constitui ato de escrivão, a regra dispensa a assinatura do executado. A nomeação eficaz elimina a necessidade de o devedor comparecer pessoalmente em cartório e, de quebra, apaga a controvérsia sobre a ausência da firma do executado ou sua recusa em assinar o termo. Tudo isto se afigura irrelevante. Os requisitos que importam às funções da penhora já constam da nomeação válida." (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 552.)
277. Esclarecera o ponto Araken de Assis, *Manual do processo de execução*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 553.
278. Abrangidos pela penhora, ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 598 e 599.

bens para que sejam incluídos na penhora, ou por iniciativa do oficial-avaliador, que irá descrevê-los oportunamente[279].

Considerando tratar-se de penhora de imóvel, a lei exige a intimação do cônjuge do executado, salvo se tratar de bem do cônjuge casado em regime de separação absoluta (art. 655, §2º, CPC, c/c art. 1.647, Código Civil)[280], sob pena de nulidade dos atos posteriores[281] (salvo a própria penhora[282]). Há quem exija a intimação do companheiro, se houver prova da união estável nos autos[283].

Sobre a participação do cônjuge do executado, é necessário distinguir duas diferentes situações[284]. Se os dois cônjuges são obrigados no título executivo, e a execução é proposta contra ambos, ambos deverão ser cientificados da demanda executiva. Ainda que o cônjuge do executado não seja obrigado ou a execução não lhe tenha sido dirigida, recaindo a penhora sobre bem imóvel, deverá ele ser intimado da constrição, na forma do art. 655, §2º, para formação de um litisconsórcio necessário ulterior. Isso ocorre porque a lei exige sua participação na fase expropriatória do bem. E a regra deve ser respeitada ainda que a penhora só recaia sobre a meação do executado.

Enfim, em qualquer hipótese, o cônjuge é convocado para ser parte e poderá defender-se: a) por embargos/impugnação de executado, se quiser atacar a dívida exeqüenda; ou b) por embargos de terceiro, se quiser simplesmente proteger sua meação (súmula do STJ, n. 134), conforme examinado no capítulo sobre a responsabilidade patrimonial.

Tratando-se de penhora de *imóvel indivisível* do casal, não deve ser alienada só a parte do executado, deixando-se fração ideal para seu consorte. O art. 655-B estabelece que o imóvel será penhorado e alienado integralmente, e a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

> Existia grande polêmica em torno da questão antes da reforma. A orientação predominante foi a positivada pelo legislador. Se bem fosse indivisível, deveria ser penhorado e alienado, entregando-se ao cônjuge meeiro metade do valor obtido[285].
>
> Mas havia quem defendesse que se deveria levar à hasta pública fração ideal, gerando-se condomínio entre nubente meeiro e terceiro adquirente, o que nunca pareceu recomendável.
>
> No conflito entre interesse do credor em receber dinheiro e do devedor de preservar seu patrimônio, parece menos gravoso (art. 620, CPC) que o devedor receba o

279. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 301.
280. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 537; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 687.
281. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 689.
282. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 690.
283. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 277. Sobre o assunto, ver o item sobre a participação processual das pessoas casadas, no capítulo sobre pressupostos processuais, v. I deste *Curso*.
284. Com base em ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 688.
285. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 454.

dinheiro correspondente à sua fração ideal, que, muita vez, é difícil de ser usufruída pelo devedor, enquanto a outra parte é alienada para terceiro (exemplo: fração ideal de um automóvel)[286-287].

12. INCIDENTES DA PENHORA

12.1. Modificações da penhora: ampliação, redução e renovação da penhora

Há casos em que a penhora pode sofrer modificações, sobretudo depois da avaliação. São os casos de ampliação, redução, substituição e renovação da penhora.

A *ampliação da penhora* pode ocorrer quando, após a avaliação, constatar-se que os bens constritos são insuficientes para dar conta do débito (art. 685, II, CPC[288]). Diante disso, pode o credor solicitar, por petição simples, a penhora de novos bens (reforço da penhora) ou a substituição dos já constritos por outros de mais valor. Ouvida a parte contrária, em três dias (art. 657 do CPC[289]), o juiz apreciará seu requerimento.

A *redução da penhora* ocorrerá quando, após a avaliação, tornar-se perceptível que o valor dos bens penhorados é "consideravelmente" superior ao crédito do exeqüente e seus acessórios (art. 685, I, CPC[290]). Daí poder o credor pleitear, por petição simples, o desfazimento de parte da penhora ou a sua substituição por outra de menor valor. Ouvida a parte contrária, em três dias (art. 657, CPC), o juiz apreciará seu requerimento.

Não se deve confundir *excesso de penhora* com *excesso de execução*. O *excesso de penhora* é a apreensão de bem de valor muito maior do que o crédito executado (e seus acessórios). Já o *excesso de execução* é o pedido excessivo do credor que pode ser impugnado através de embargos/impugnação de executado. E é perfeitamente possível que ocorra um excesso de penhora sem excesso de execução[291].

Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens. (art. 685, parágrafo único, CPC).

A *renovação da penhora* (ou *segunda penhora*) é a realização de nova penhora na mesma execução, o que só é autorizado nas hipóteses do art. 667 do CPC, em que: *I* – a primeira for anulada; *II* – executados os bens, o produto da alienação não bastar para o

286. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269 e 270.

287. "Outra solução será penhorar e levar à praça a totalidade do bem, entregando o preço apenas ao credor, se for evidente que restaram para o casal bens suficientes para garantir a meação do cônjuge não devedor" (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 454 e 455).

288. Art. 685 do CPC: "Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: (...) II – ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito".

289. Art. 657 do CPC: "Ouvida em 3 (três) dias a parte contrária, se os bens inicialmente penhorados (art. 652) forem substituídos por outros, lavrar-se-á o respectivo termo".
Parágrafo único. O juiz decidirá de plano quaisquer questões suscitadas.

290. Art. 685 do CPC: "Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: I – reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exeqüente e acessórios".

291. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 286.

pagamento do credor; *III* – o credor desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens, ou por estarem penhorados, arrestados ou onerados[292].

O rol não é taxativo. Afora as hipóteses legais, admite-se, também, renovação da penhora, por exemplo: *a)* em caso de perecimento, destruição ou subtração do bem originariamente penhorado[293]; *b)* quando o bem for de baixa liquidez, desistindo o credor de sua penhora (art. 667, III, c/c art. 569, CPC)[294] etc.

A *substituição da penhora* é uma faculdade dada ao credor e/ou ao devedor de liberar o bem penhorado colocando outro em seu lugar, na forma dos arts. 656 e 668, CPC, adiante analisados.

12.2. Substituição da penhora

12.2.1. Nota introdutória

Com o advento da Lei nº 11.382, de 2006, há dois dispositivos que permitem o requerimento de substituição de penhora: *de um lado,* o art. 656 que prevê a substituição por iniciativa de qualquer das partes; *de outro,* o art. 668 que prevê substituição por iniciativa exclusiva do executado.

12.2.2. Substituição por iniciativa de qualquer das partes

O art. 656, CPC, concede a *qualquer das partes* o direito de requerer a substituição da penhora nos casos ali enumerados. São eles: I – *se não obedecer à ordem legal*; II – *se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento*: é o caso da penhora que não recai sobre bens gravados com direito real de garantia (art. 655, §1º, CPC), sendo eles suficientes para a satisfação do crédito; III – *se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados*; IV – *se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame*; V – *se incidir sobre bens de baixa liquidez*; VI – *se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem*: isso porque há bens que, em tese, são até valiosos, mas, na prática, não têm concorrentes dispostos a arrematá-los (ex.: fabricante de basculantes de ferro, que os oferece à penhora, mesmo sendo antiquados e facilmente deterioráveis, diante da possibilidade de se conseguir

292. A desistência não pressupõe que o credor não tivesse conhecimento do gravame à época da penhora; pouco importa se foi o próprio credor que indicou os bens à penhora. Tudo isso se justifica à luz da regra da disponibilidade da execução e dos atos executivos (art. 569, CPC), que estrutura o procedimento executivo. A execução atende a interesse do credor, cabendo a ele conduzi-la, neste particular, da forma como lhe for conveniente (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 662). Para alguns, a desistência da penhora gera para o credor o dever de indenizar o devedor por danos que o ato de constrição lhe tenha causado, mas acertada é a visão da doutrina de que não houve ato ilícito do credor que fizesse nascer o direito de indenização (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 663).

293. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 249; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 336.

294. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 661.

no mercado outros de alumínio[295]); ou VII – *se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei*: trata-se, na verdade, de fundamento para o credor impugnar um pedido de substituição do devedor feito com base no art. 668.

Percebe-se que algumas hipóteses revelam interesse exclusivo para o credor (ex.: 656, IV, V e VI) e outras interesse comum para ambas as partes (ex.: 656, I). E, de todas elas, só são totalmente novas as previstas nos incisos V e VI; todas as outras já podiam ser invocadas, no regime anterior, pelo credor para atacar a nomeação de um bem à penhora pelo executado[296].

A regra geral do art. 656 permite a substituição de bem penhorado em razão de um defeito processual (penhora sobre bem impenhorável, inciso II, ou que ofenda à ordem legal, inciso I), servindo como técnica de correção desse defeito, ou em razão de conveniência do exeqüente, para facilitar a satisfação do seu crédito, incisos III, IV, V e VI). As hipóteses de substituição em favor do executado, neste inciso, referem-se exclusivamente à invalidade da penhora. O direito de o executado substituir penhora *válida* está previsto no art. 668 do CPC, adiante examinado.

Não obstante o silêncio do art. 656, admite-se a substituição do bem penhorado em qualquer hipótese de invalidade da penhora, e não apenas nos casos dos incisos I e II desse artigo. A penhora de bem impenhorável, por exemplo, também pode ser substituída.

Da mesma forma, é sempre possível substituir o bem penhorado por *dinheiro*; não pode o credor recusar nem o juiz indeferir o pedido de substituição nesses casos.

Também se admite a substituição do bem penhorado por acordo processual (hipótese de negócio jurídico processual)[297].

O legislador instituí, enfim, um incidente cognitivo para que se avalie se é caso de substituição de penhora, com base em uma das hipóteses citadas.

Como não há previsão de prazo, conclui-se que a substituição pode ser requerida por qualquer das partes até o momento da expropriação judicial[298]. Uma vez requerida, a parte adversária deverá ser ouvida, no prazo de 03 (três) dias, antes de o juiz resolver o incidente (art. 657, CPC). A decisão que resolve o incidente é interlocutória, impugnável por agravo de instrumento.

Não há um momento para a produção de provas, razão pela qual o requerente deve ter o cuidado de trazer prova pré-constituída do quanto alegado. Inclusive, em sendo

---

295. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 616.
296. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 614.
297. Assim, também, YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais", cit., p. 16.
298. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 336 e 337. É de notar-se, contudo, que a hipótese prevista no art. 656, VI, só poderá ocorrer após tentativa frustrada de expropriação (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 616).

pedido de substituição do bem penhorado por imóvel, o executado deverá instruí-lo com documento que ateste a expressa anuência do cônjuge (art. 656, § 3º, CPC[299]). Observe que a anuência do cônjuge é dispensada, se trata de bem exclusivo do cônjuge executado, casado sob o regime da separação absoluta (art. 1.647, I, Código Civil)[300]. Demais disso, a anuência do cônjuge à penhora do imóvel é conduta incompatível com a propositura de embargos de terceiro por esse mesmo cônjuge[301] (aplica-se, aqui, a proibição de *venire contra factum proprium*).

> Nada impede que o credor aceite a substituição do bem penhorado para um bem imóvel, sem a anuência do cônjuge do executado. Nesse caso, aplica-se a regra do art. 655-B do CPC[302] e o cônjuge preterido poderá opor embargos de terceiro para defender a sua meação[303].

Há casos em que esse incidente será breve e de solução bem simples. Na hipótese do artigo 656, VI, CPC, por exemplo, não havendo interessados na arrematação do bem, desnecessário é insistir na hasta pública. O desinteresse de terceiros para sua aquisição já demonstra a falta de liquidez do objeto da penhora. O requerimento de substituição da penhora deve ser imediatamente deferido[304].

Por fim, se os bens inicialmente penhorados (art. 652 CPC) forem substituídos por outros, lavrar-se-á o respectivo termo (art. 657, CPC).

12.2.3. Substituição por iniciativa do devedor

O art. 668, CPC, consagra hipótese de substituição da penhora por iniciativa exclusiva do *executado*. Deve ser requerida no prazo de dez dias a contar da sua intimação da penhora e depende do preenchimento cumulativo de dois pressupostos previstos no dispositivo.

a) Em primeiro lugar, é preciso demonstrar que a substituição *não trará prejuízos* ao exeqüente. Não se deve aceitar troca por bens cuja comercialização seja difícil, lenta ou deveras onerosa, porquanto lesiva aos interesses do credor. Mas a ausência de prejuízo se

---

299. § 3º do art. 656 do CPC: "O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge".
300. Assim, também, THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 86; YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2008, n. 69, p. 14; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 312.
301. YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2008, n. 69, p. 14. Em *sentido contrário*, não admitindo essa preclusão lógica, embora reconheça que a anuência é ato "aparentemente incompatível do ponto de vista lógico com a irresignação", NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 313.
302. Art. 655-B do CPC: "Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem".
303. YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais", cit., p. 14, nota 41; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 313-314.
304. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 338.

presume, em contrapartida, quando for proposta a substituição por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia judicial, bens de alta liquidez (art. 655, I e V, c/c artigo 656, § 2º, CPC).

b) Em segundo lugar, é preciso demonstrar que a substituição proporcionará *execução menos onerosa* ao executado (art. 620, CPC).

> O art. 668 estipula o prazo de dez dias para que o executado peça a substituição do bem penhorado. Há discussão sobre se esse prazo é preclusivo ou não[305]. ARAKEN DE ASSIS entende que é possível o pedido de substituição, após o prazo de dez dias, mesmo já tendo sido oferecidos os embargos à execução, diante do potencial lesivo para o devedor e da ausência de prejuízo para o processamento dos embargos[306]. De fato, se não houver prejuízo para o exeqüente, pressuposto para o surgimento do direito de o executado substituir o bem penhorado, não há sentido em restringir a possibilidade de substituição.

São pressupostos cumulativos, que devem ser compatibilizados[307], pois a menor onerosidade para o devedor não pode ser razão de grande prejuízo para o credor (comprometendo a efetividade da tutela); e a tutela efetiva para o credor não justifica penhora excessivamente onerosa para o devedor. A substituição da penhora deve ser feita ponderando os interesses de ambos, considerando as circunstâncias do caso concreto, com base na eqüidade e na justiça. Devem ser invocadas as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade.

Não há necessidade de o executado apontar qualquer defeito da penhora; *não se trata de pedido de substituição de bem penhorado indevidamente*. Pedido de substituição de bem *indevidamente penhorado* é mais simples e não precisa atender às exigências do parágrafo único do art. 668 do CPC. A penhora, aqui, é válida, mas, para a proteção do executado, permite-se a substituição do bem penhorado, desde que não prejudique o credor.

> O art. 668, ao prever a possibilidade de requerimento de substituição pelo executado, remete ao art. 17, incisos IV e VI, CPC, que cuidam de hipóteses de litigância de má-fé. É que o pedido de substituição da penhora, pelo devedor, nesse caso, pode ser conduta temerária (por resistência injustificada ao andamento do processo ou pela provocação de incidente infundado) punível na forma da lei processual.
>
> No pedido de substituição do bem penhorado, deverá o devedor indicar qual o bem substituto (sob pena de inépcia da demanda de substituição). Na formulação do pedido, deve atentar para o princípio da boa-fé processual, não incorrendo em

---

305. Entendendo que o prazo *não é* preclusivo LOJO, Mário Vitor Suarez e REDONDO, Bruno Garcia. *Penhora*. cit., p. 203; RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 330-331; SILVA, Bruno Freire e. "O novo sistema de substituição da penhora no Código de Processo Civil reformado". *Execução civil e cumprimento da sentença*. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura (coords.). São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 41-42; entendendo que o prazo *é* preclusivo, YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais", cit., p. 16; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 3, cit., p. 255; THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 101; KNIJNIK, Danilo. *A nova execução de títulos extrajudiciais*, cit., p. 94.

306. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 616.

307. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 337.

comportamentos contraditórios ou que quebrem a confiança gerada dentro do processo.

Por exemplo[308], não pode o executado alegar desrespeito à ordem legal de preferência (art. 655), com base no art. 656, I, e indicar o bem substituto desrespeitando-a; não pode executado pedir a substituição do bem que já tenha sido objeto de penhora anterior, com base no art. 656, IV, designando outro na mesma situação; não pode indicar um bem a penhora, por determinação judicial, para depois requerer sua substituição sob o argumento de que feriria a ordem legal (*venire contra factum proprium*) – até porque teria havido preclusão lógica deste seu direito. O executado estaria, com todas essas condutas, provocando incidente manifestamente infundado, abusando do seu direito de resistir à execução, o que deve ser rechaçado não só no incidente do art. 668, como também no incidente baseado no art. 656.

Mas não são os únicos requisitos exigidos por lei.

Para a admissibilidade da troca fundada no art. 668, exige o legislador que o devedor respeite às seguintes exigências (art. 668, parágrafo único, CPC):

I – quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações;

II – quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram;

III – quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se encontram;

IV – quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e

V – atribuir valor aos bens indicados à penhora.

A falta de um desses requisitos poderá ser impugnada pelo credor, na forma do art. 656, VII, CPC.

O requerimento de substituição também será processado na forma do artigo 657 de CPC, isto é, uma vez requerida a troca pelo devedor, no prazo de dez dias a contar da sua intimação da penhora, o juiz deverá ouvir a parte adversária, no prazo de 03 (três) dias, antes de resolver o incidente (art. 657), por decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento. Não há necessidade de concordância do exeqüente para que ocorra a substituição: preenchidos os pressupostos legais, há direito do executado à substituição do bem penhorado[309]. Como não haverá um momento reservado para a produção de provas, o requerente deve ter o cuidado de trazer prova pré-constituída do quanto alegado[310]. Inclusive, em sendo pedido de substituição do bem penhorado por imóvel, o executado

308. Exemplos inspirados em ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 618.

309. YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais", cit., p. 15; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*, cit., p. 658.

310. Admitindo provas, desde que não sejam complexas, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 619.

deverá instruí-lo com documento que ateste a expressa anuência do cônjuge, conforme já examinado no item anterior, para onde se remete o leitor.

> O legislador perdeu a oportunidade de prever a possibilidade de penhora de imóvel voluntariamente oferecido por terceiro. A prática forense vem admitindo que terceiro, com a devida anuência (expressa) do seu cônjuge, requeira a substituição do bem penhorado por um imóvel de sua propriedade. A idéia é que o terceiro juridicamente desinteressado evite a expropriação de bem do executado que seja objeto do seu interesse, ainda que econômico ou meramente afetivo (exemplo: a penhora de sítio usufruído pelos netos, evitada pela sua avó, sogra do executado)[311].

Por fim, se os bens inicialmente penhorados (art. 652, CPC) forem substituídos por outros, lavrar-se-á o respectivo termo (art. 657, CPC).

Na sistemática originária do CPC, essa substituição prevista do art. 668 só era franqueada ao devedor que oferecesse dinheiro para substituir o bem penhorado. Com o advento da Lei nº 11.382/2006, o devedor pode solicitar a troca por qualquer outro tipo de bem, desde que comprovadamente garanta a menor onerosidade para si, sem prejudicar o exeqüente.

É claro que, ainda hoje, a substituição por dinheiro continua sendo prioritária e irrecusável, afinal a pecúnia é o objeto da prestação que está sendo efetivada, é o bem *in natura*, e está no primeiro lugar da escala legal de preferência (art. 655, CPC). O credor não tem como se opor a uma pretensão desse viés – havendo, como já se disse, uma presunção absoluta de "inofensividade" para ele.

Mas, na nova sistemática do CPC (que aproveita a experiência da Lei de Execução Fiscal, art. 15, I [312]), há a possibilidade de a penhora ser substituída por *fiança bancária*, que consiste em garantia fidejussória prestada por instituição bancária, ou por *seguro garantia judicial*, assim entendido "o contrato pelo qual a companhia seguradora presta a garantia de proteção aos interesses do credor (segurado) relacionados com o adimplemento de uma obrigação (legal ou contratual) do devedor, nos limites da apólice" [313], desde que oferecidos em um valor não inferior ao montante total executado acrescido de 30% (art. 656,§ 2º). Até então, vinha prevalecendo no STJ o entendimento de que a fiança bancária – e, por extensão, o seguro garantia judicial – teria o mesmo *status* que o dinheiro para fins

311. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 618.

312. Art. 15 da Lei de Execução Fiscal, n. 6.830/1980: "Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: I – ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária".

313. MELO, Gustavo de Medeiros. Seguro garantia judicial – Aspectos processuais e materiais de uma figura ainda desconhecida. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 201, p. 103. Nesse esclarecedor artigo, Gustavo de Medeiros Melo estabelece quais são os requisitos para que se possa pleitear a substituição da penhora por seguro garantia judicial, valendo destacar a necessidade de: *a)* requerimento da parte (exequente ou executado); *b)* a importância segurada ser 30% superior ao valor total do débito; *c)* a garantia prestada ser idônea, isto é, (c.1) a garantia deve advir de seguradora em atividade regular, (c.2) a apólice deve ter um prazo de vigência que abranja todo o tempo de duração do processo, (c.3) deve prevalecer mesmo em caso de o devedor/tomador do seguro estar inadimplente quanto ao prêmio, (c.4) a apólice deve estar apta a gerar efeitos imediatos, assim que a seguradora vier a ser acionada para proceder ao depósito da quantia garantida e (c.5) o seguro deve representar maior liquidez do que o bem penhorado a ser substituído. (op. cit., pp. 107-115).

de substituição de penhora [3143]. Recentemente, no entanto, a 1.ª Seção daquele Tribunal Superior, dirimindo a controvérsia existente entre as suas 1.ª e 2.ª Turmas, estabeleceu que "regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexiste direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária". Admitiu, porém, "em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos".[315]

> JOSÉ CARLOS PUOLI critica a inovação. Diz ser pouco ou nada relevante, pois a obtenção de fiança bancária é, na prática, condicionada a existência de depósitos do interessado naquela instituição financeira, no mesmo montante da carta, como garantia para o banco emitente. Além disso, o interessado paga ao banco uma taxa pelo serviço prestado.
>
> Só aqueles que têm grande poder de negociação do custo da fiança bancária poderiam tirar algum proveito da regra.
>
> É previsão que, de uma forma geral, destoa da prática do mercado e que é sobremodo agressiva por solicitar a fiança em valor 30% maior do que o crédito.
>
> E a mesma reflexão aplica ao seguro garantia judicial: "como é da natureza de todo o seguro, dependerá de cálculo atuarial e condições concretas do caso que permitam seja a fixação do prêmio da seguradora estipulada em patamar que torne este produto palatável e de utilização possível nos casos concretos"[316].

12.2.4. Confronto entre as regras

Examinadas as duas regras gerais, é possível fazer breve confronto entre elas.

Diferencia-se a hipótese do art. 668 daquela outra do artigo 656 pelo fato de que para aquela (art. 668) existem requisitos cumulativos (menor onerosidade e ausência de prejuízo para o credor, afora aqueles do seu parágrafo único) e para esta última (art. 656) são enumeradas hipóteses isoladas de cabimento do pedido, qualquer uma delas bastante para que a substituição seja autorizada[317].

---

314. STJ, 1ª T., REsp n. 534.710/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 25.11.2003, publicado no DJ de 22.03.2004, p. 229; STJ, 3ª T, Resp. n. 1.116.647/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.03.2011, publicado no D J de 25.03.2011. Esse é o entendimento de THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 339 e 340. José Carlos Baptista Puoli também coloca tais bens (dinheiro, fiança bancária e seguro garantia judicial) como garantias praticamente irrecusáveis, que "representam quase que absoluta certeza de deferimento do pedido de substituição", em razão da sua grande liquidez (PUOLI, José Carlos Baptista. "A substituição do bem penhorado na 'nova' execução civil (Lei no 11.382/2006)". *Execução extrajudicial. Modificações da Lei n. 11.382/2006*. Susana Henriques Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 243 e 245).

315. STJ, 1.ª Seção. EREsp 1077039/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, j. em 09.02.2011, publicado no DJe de 12.04.2011.

316. PUOLI, José Carlos Baptista. "A substituição do bem penhorado na 'nova' execução civil (Lei nº 11.382/2006)", cit., p. 243.

317. Assim, também, YOSHIKAWA, Eduardo. "A substituição da penhora antes e depois da Reforma da Execução dos Títulos Extrajudiciais", cit., p. 15; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*,

O art. 668 prevê a possibilidade de substituição de penhora válida, enquanto o art. 656 traz hipóteses em que se autoriza a substituição de penhoras defeituosas.

Por fim, o art. 668 prevê caso de substituição por iniciativa do executado, enquanto o art. 656 prevê substituição por iniciativa de qualquer das partes.

Mas a leitura conjunta de ambos os dispositivos (arts. 656 e 668) revela que o legislador, com a reforma promovida pela Lei n. 11.382/2006, pretende tornar mais flexível a ordem legal de preferência para penhora, ainda que mantenha a possibilidade de impugnar o desrespeito a esta ordem.

De um lado, permite que o devedor requeira a substituição da penhora sob o argumento de que a nova será menos onerosa para si. De outro, o art. 656, V, autoriza o pedido de substituição fundado na baixa liquidez do bem penhorado, sem considerar a ordem legal de preferência.

O CPC, depois da reforma citada, seguindo tendência jurisprudencial, norteia a escolha do bem penhorado não só pela ordem legal do art. 655, mas também por dois parâmetros gerais: a ausência de prejuízo para o credor e a menor onerosidade para o devedor, o que se traduz em uma exigência genérica de razoabilidade. Por isso, deve ponderar o juiz, no caso concreto, se a penhora realizada é a mais correta e razoável (ex.: se não é de difícil negociação do mercado ou implica um obstáculo para a realização da atividade econômica do devedor)[318].

Percebe-se, ademais, que, com a ampliação das hipóteses de substituição e a alteração das regras anteriores sobre o tema, recorreu o legislador a inúmeros conceitos abertos (como "prejuízo" para o credor, "menor onerosidade" para o devedor, "bens de baixa liquidez"), o que incrementa os poderes do juiz, que deverá preenchê-los cautelosamente à luz do caso concreto[319].

13. PENHORAS ESPECIAIS

13.1. Penhora *on line*

A Lei nº 11.382/2006 consagrou no art. 655-A a chamada penhora *on line*, que permite que o juízo da execução, pela via eletrônica, determine que o Banco Central bloqueie depósitos e aplicações financeiras em nome do executado. Não há necessidade de expedição de carta precatória: o bloqueio do Banco Central é eficaz em todo território nacional[320].

3ª ed., cit., p. 352. Em sentido um tanto diverso, entendendo que o art. 668 deve servir de guia para cada uma das hipóteses do art. 656, quando o executado tomar a iniciativa de formular o pedido de substituição, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 254; THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 102; SILVA, Bruno Freire e. "O novo sistema de substituição da penhora no Código de Processo Civil reformado", cit., p. 42-43.

318. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 339.

319. PUOLI, José Carlos Baptista. "A substituição do bem penhorado na 'nova' execução civil (Lei nº 11.382/2006)", cit., p. 232-249.

320. PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50.

Mas antes da penhora em si, o dispositivo citado autoriza que o magistrado solicite informações sobre a existência de numerário em nome do executado e já determine a indisponibilidade do valor necessário, tudo pela via eletrônica. Vejamos o procedimento a ser seguido.

> A Lei n. 11.694/2008 inseriu um §4º no art. 655-A, para dispor que quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995[321].

Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, *informações* sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua *indisponibilidade*, até o valor indicado na execução (art. 655-A, caput). Trata-se de espécie de *arresto executivo eletrônico*.

Na própria requisição judicial, deverá ser informado o valor do débito em execução, já atualizado no momento da propositura da ação, juntamente com previsão de despesas e honorários (art. 659, CPC). Isso porque as informações prestadas limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução (art. 655-A, §1º) e eventual ordem de indisponibilidade só poderá ser atendida até esse limite.

Atendida a requisição pelo Banco Central, com o bloqueio da quantia necessária, a medida deverá ser comunicada ao juízo requisitante, especificando-se, inclusive, qual o banco em que o numerário ficou em constrito. O bloqueio pode até ocorrer em valor menor do que o necessário, por insuficiência do depósito ou aplicação, no entanto jamais poderá ser em valor maior do que o informado na requisição.

> O legislador diz que o juiz "poderá" determinar a indisponibilidade até o valor indicado na execução. Mas é prudente que o juiz sempre o faça, pois esta pré-penhora (bloqueio prévio) assegura a eficácia da futura constrição, evitando saques furtivos do devedor titular da conta[322].

Recebida a informação do bloqueio bancário, o escrivão deverá lavrar o respectivo termo de penhora, do qual deverá ser intimado o executado na pessoa do seu advogado ou, em último caso, pessoalmente, na forma dos artigos 652, §1º e 4º e 475-J, §1º. O arresto executivo eletrônico converte-se em penhora neste momento.

---

321. O artigo 15-A foi inserido na Lei 9.096/95, pela Lei 11.694/2008, cuja redação é a seguinte: "A responsabilidade, inclusive civil, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária".
322. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 326.

A perspectiva é que a penhora *on line*, de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, venha a ser formalizada de forma muito mais simples, quando efetivado um sistema totalmente informatizado para sua realização, legalmente previsto no artigo 659, §6º, acrescentado pela Lei nº 11.382 de/2006. Mas sua implantação está condicionada à instituição de normas de segurança uniformes pelos tribunais.

Se dinheiro depositado ou aplicado for impenhorável, por força do art. 649, IV, CPC, ou qualquer outro dispositivo de lei, o executado deve requerer que o valor seja desbloqueado, recaindo sobre ele o ônus de provar sua impenhorabilidade, por imposição do artigo 655-A, §2º – podendo, para tanto, valer-se de seus extratos bancários ou outros meios de prova da fonte pagadora.

> Tratando-se de empresa economicamente produtiva, que sofre penhora *on line* de seu faturamento mensal, capital de giro que a mantém ativa, pode a empresa invocar o art. 655-A, §3º, argüindo que o legislador garante que a penhora só pode ser parcial e com a observância das cautelas ali previstas.
>
> Além disso, pode-se alegar a necessidade de observância da ordem legal de gradação do art. 655, que coloca seus rendimentos em sétimo lugar. Mas para conseguir o desbloqueio total dos valores, deve demonstrar a existência de outros bens penhoráveis, que garantam o resultado da execução[323].

A desconstituição da penhora indevida deve ser pleiteada através de embargos/impugnação de executado (arts. 745, II, e 475-L, II). Mas uma eventual urgência em desbloquear o numerário em razão de sua natureza alimentar pode autorizar uma antecipação dos efeitos da tutela em favor do executado, se apresentada prova inequívoca da origem do saldo bancário[324].

Finalmente, é preciso realçar um ponto da mais alta relevância: a penhora *on line* não implica quebra de sigilo bancário[325], nem é medida excepcional. Não se buscam informações sobre a movimentação financeira do executado. Pede-se ao Banco Central o bloqueio de dinheiro ou aplicação financeira porventura existente, sem qualquer preocupação com a origem dos recursos[326]. O exeqüente tem o direito de obter informações quanto ao patrimônio do executado, tanto que, como visto, há o dever de o executado indicar bens à penhora[327].

A penhora *on line* não pressupõe a existência de perigo ou de esgotamento da busca por outros bens, conforme já se disse no item sobre a ordem legal de preferência para

---

323. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 328.
324. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 327.
325. O argumento de que a penhora *on line* viola o direito à intimidade do executado "chega a ser risível" e "sequer mereceria análise, não fosse o estrago que pode provocar no sistema executivo de tutela dos direitos". (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 272.)
326. CARNEIRO, Athos Gusmão. "A 'nova' execução de títulos extrajudiciais. Mudou muito?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 143, p. 119; PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*, cit., p. 91-92.
327. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 272.

a penhora. É medida simples e barata, que merece ser estimulada e que, a despeito da ausência de dados mais precisos, se tem revelado muito eficaz na praxe forense[328]. A penhora *on line* é meio executivo que está em conformidade com o princípio da adequação, constituindo-se na "principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exeqüente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto"[329].

13.2. Penhora de créditos e de outros direitos patrimoniais (arts. 671-676, CPC)

São penhoráveis os direitos do devedor contra terceiros, desde que tenham caráter patrimonial e possam ser transferidos/cedidos independentemente do consentimento do terceiro[330].

Dentre os direitos e ações passíveis de penhora encontram-se, por exemplo, as dívidas ativas, vencidas e vincendas, as ações reais, reipersecutórias ou pessoais, em que se exige o cumprimento de obrigação, as cotas de herança no bojo de inventário, os fundos líquidos de devedor em sociedades em outros[331].

São impenhoráveis, entretanto, os direitos do arrendatário de gleba rural (decorrentes de contrato não intransferível), o direito real de usufruto inalienável (art. 1.393 do Código Civil)[332], muito embora se admita a penhora do exercício, como direito pessoal, do direito de usufruto transferível e com a expressão econômica, motivo pelo qual se admite penhora de título de sócio de sociedade civil, quando negociável, do direito de uso do telefone (salvo se bem de família) e direitos decorrentes de compromisso de compra e venda de imóvel[333].

De acordo com art. 672, a *penhora de créditos representados por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque e outros títulos* será feita pela:

---

328. Em sentido bem próximo, PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*, cit., p. 48-51.
329. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 274.
330. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 135.
331. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 135.
332. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 330. Os Ministros da 3.ª T. do STJ, em votação unânime, nos autos do REsp n. 883085, j. em 19.08.2010, concluíram que o direito de usufruto que incide sobre parte do imóvel (cinquenta por cento, no caso) não pode ser penhorado. O relator, Min. Sidnei Beneti, acompanhado pelos demais, defendeu que "o Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, estabelecia que o direito de usufruto era inalienável, mas que seu exercício podia ser cedido a título oneroso ou gratuito (...) Como o imóvel encontra-se ocupado pela devedora, que nele reside, não produz frutos que possam ser penhorados. Por isso, ele concluiu ser incabível a penhora sobre o usufruto do imóvel ocupado pela recorrente. A própria exceção à regra da inalienabilidade, que permitia que o usufruto fosse transferido ao proprietário, foi abolida. O ministro ressaltou que essa alteração consolidou a opção do legislador de que o proprietário só viesse a exercitar o domínio pleno da propriedade pela extinção do usufruto em decorrência da morte do usufrutuário" (Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98794>. Acesso em: 29 nov 2010).
333. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 330.

a) apreensão do documento, esteja ou não em mãos do executado (art. 672, *caput*[334]), para ser depositado, na forma do art. 666, I, CPC, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em um banco que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz;

b) não sendo possível a sua apreensão (como previsto no art. 671, CPC), mas confessando o terceiro (devedor do executado) a dívida[335], considera-se penhorado o crédito e o terceiro, seu depositário – que só se liberará da obrigação quando depositar em juízo a quantia devida (672, §1º, CPC[336]).

> Em que pese serem penhoráveis, os títulos de crédito podem assumir posição distinta na ordem de preferência legal. Quando são cotados em bolsa de valores, enquadram-se no inciso X do artigo 655. Quando não são cotados em bolsa de valores, subsomem-se no inciso XI, como último colocado na gradação legal – o que justifica a dificuldade na aceitação de nomeação debêntures, não negociáveis em bolsa, à penhora, quando existem outros bens penhoráveis[337].

Se o executado e o terceiro/devedor, em conluio, negarem a existência do crédito, eventual quitação dada pelo executado/credor será considerada fraude à execução (art. 672, §3º, CPC)[338] – isto é, ineficaz para exeqüente e inoponível a ele. Suspeitando desse conluio, o exeqüente pode solicitar uma audiência para coleta do depoimento de ambos, devedor e terceiro (art. 672, §4º[339], CPC)[340].

O legislador é bastante claro: terceiro/devedor só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida (art. 672, § 2º, CPC).

Na *penhora sobre outros créditos*, enquanto não apreendido seu título (art. 672), diz a lei (art. 671[341]) que a apreensão considera-se feita com: *a)* a intimação do terceiro/devedor (devedor do executado) para que não pague ao executado (seu credor); intima-se o terceiro

---

334. Art. 672 do CPC: "A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor".
335. Adoutrina tem entendido que o silêncio do terceiro intimado não deve impedir a penhora; gera-se presunção de existência do crédito e a penhora deve ser consumada (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 643).
336. § 1º do art. 672 do CPC: "Se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será havido como depositário da importância".
337. STJ, 2ª T., REsp n. 842.128/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 15.08.2006, publicado no DJ de 25.08.2006, p. 339; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 331
338. § 3º do art. 672 do CPC: "Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução".
339. § 4º do art. 672 do CPC: "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".
340. A solicitação da audiência também será útil quando o terceiro confessa o crédito, mas não o individualiza com precisão, dificultando a penhora (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 643-644).
341. Art. 671 do CPC: "Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação: I – ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor; II – ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito".

obrigado para que não satisfaça a obrigação, salvo por ordem do juiz, constituindo-o, naquele momento, depositário do crédito[342]; e *b)* a intimação do executado para que não pratique atos de disposição de seu crédito[343].

> São créditos suscetíveis de penhora aqueles representados por precatório contra a Fazenda Pública, independentemente de a execução ter sido movida pelo credor do precatório[344].
>
> Em se tratando de execução movida pela Fazenda Pública pode ela recusar a substituição do bem penhorado por crédito espelhado em precatório, tal como estabelecido em entendimento sumulado do STJ (n. 406 da súmula do STJ: "A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório."), porquanto equivalha à penhora de crédito e, não, de dinheiro. Vale dizer: a substituição da penhora, sem aquiescência da Fazenda Pública, somente pode se dar por depósito em dinheiro ou fiança bancária (art. 15, I, Lei n. 6.830/1980); considerando que aí não se enquadra o precatório (direito de crédito que é), a substituição da penhora por crédito representado por precatório judicial depende da concordância da credora (Fazenda Pública).

Trata-se de penhora que se aperfeiçoa, segundo a literalidade do art. 671, com alegação do exeqüente de existência do crédito perante terceiro e a dupla intimação acima citada. É o que basta, a princípio, para o legislador, que dispensa investigação judicial sobre a efetiva existência do crédito.

Mas autores como ARAKEN DE ASSIS[345] fazem uma leitura diversa da previsão legal. Defendem que o art. 672, §§1º, 3º e 4º regulam um *incidente de declaração de existência de crédito*, nos casos em que o título não é apreendido. Prevêem a possibilidade de o terceiro reconhecer ou não ser devedor do executado e de o juiz tomar depoimento de ambos para aferir a plausibilidade de existência do crédito e autorizar sua penhora. Logo, tais dispositivos temperam o art. 671 e a eficácia da dupla intimação ali prevista como constitutiva da penhora. Mas entende-se que se o credor não requerer a instauração do incidente, desistiu da penhora.

Com isso, a penhora de crédito, em que não tenha sido apreendido respectivo título, seguiria o seguinte rito:

a) intimação do executado para que não pratique ato de disposição (art. 671, II);

---

342. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 135.

343. Interessante notar que o dispositivo (art. 671) determina que a penhora de crédito será feita por oficial de justiça, mas que a penhora considera-se realizada com a intimação do devedor e do terceiro. Logo, na verdade, o ato inicial do oficial de justiça é de pré-penhora, que só se converte em penhora depois de feita a dupla intimação e, como se verá nas linhas seguintes, depois de realizado o incidente de declaração de existência do crédito previsto nos parágrafos do art. 672 (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 641). Apesar disso, defende-se que com a intimação do terceiro credor do executado, como já haveria a pré-penhora e já estaria ele ciente de que não deve pagar ao executado, nasce o direito de preferência sobre o crédito penhorado para o credor (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 642).

344. STJ, 2ª T., AgRg nos EDcl no REsp n. 1.059.302/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 11.11.2008, publicado no DJe de 27.11.2008; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, cit., p. 331.

345. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 638-640.

b) intimação do terceiro devedor do executado (art. 671, I) para que não pague ao executado;

c) intimado o terceiro devedor, se ele confessa o crédito, será automaticamente constituído seu depositário (art. 672, §1º, CPC);

d) uma vez intimado, se o terceiro devedor do devedor negar o débito em conluio com o devedor-executado, a quitação, que esse lhe der, considerar-se-á em fraude de execução (art. 672, §3º, CPC); além disso, como o débito foi negado, deverá o juiz, a requerimento do credor, determinar o comparecimento, em audiência especialmente designada, do devedor e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos e averiguar a regularidade do crédito (art. 672, §4º, CPC). Neste incidente, devem ser garantidos o contraditório, a ampla defesa e o direito fundamental à prova, em toda sua plenitude, encerrando-se com interlocutória agravável[346].

Recaindo *penhora sobre direito e ação* (art. 655, XI, CPC) do executado, e não sendo oferecidos embargos (ou impugnação, acrescente-se) pelo executado/demandado (ou sendo eles rejeitados, com ou sem exame do mérito), o exeqüente ficará sub-rogado no direito penhorado, até o limite do seu crédito (art. 673, CPC[347]) – o que o autoriza promover contra o terceiro a ação que tinha o seu devedor[348].

> A sub-rogação não é necessária ou automática. Como afirma Araken de Assis, o meio executivo prioritário é a adjudicação. A sub-rogação pode oferecer inconvenientes ao credor-exeqüente, que eventualmente pode não querer litigar contra o *debitor debitoris* (devedor do devedor)[349]. O princípio da disponibilidade da execução e o direito fundamental à efetividade determinam que se verifique a vontade do credor exeqüente. Ademais, "o credor substituiria, sem querer, na titularidade, o devedor executado, quando ele somente quer o valor; teria, sem querer, de pleitear; tirar-se-ia ao devedor executado o defender-se das contra-afirmações do réu, etc. O art. 673 não é completo; depende do elemento integrativo, que é o requerimento, ou ato de exercício de substituição, para que a sub-rogação se opera"[350].

É o que ocorre, por exemplo, com a penhora de direito sobre dado imóvel (adquirido por promessa de compra e venda): inexistentes ou rejeitados embargos/impugnação do executado, o exeqüente sub-roga-se no direito à aquisição do imóvel – podendo, por exemplo, mover eventual ação de adjudicação compulsória.

Observe, porém, que essa sub-rogação não ocorre no plano do direito material: não há sucessão no crédito; o exeqüente não passa a ser o credor do terceiro, que é devedor do executado. O executado não fica liberado da dívida após a sub-rogação, que é *pro solvendo*,

346. Incidente analisado com mais detalhamento por ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 645.
347. Art. 673 do CPC: "Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito".
348. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 331.
349. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 647.
350. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 233.

e não *pro soluto*[351]. A sub-rogação opera-se no plano da *legitimação ad causam*: o credor exeqüente assume a *legitimação extraordinária* para cobrar o crédito *pelo executado*; é "um caso de *parte* (sujeito da relação jurídica processual), que não é o sujeito da relação de *direito material*"[352]. Tanto é assim que há o § 2º do art. 673. No caso em que o credor exeqüente *não* recebe o crédito do terceiro devedor – ou o crédito recebido não promove satisfação integral, a sub-rogação não o impede de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor executado (art. 673, § 2º, CPC[353]).

Deve-se considerar que o credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará a sua vontade[354] no exíguo e insuficiente prazo de 10 (dez) dias contados da realização da penhora (art. 673, § 1º, CPC).

> O prazo não deve fluir da "realização da penhora", mas, sim, do reconhecimento do crédito perante o terceiro (após o incidente declaratório visto acima) e do fim do prazo para embargos ou rejeição deles (fator impeditivo da sub-rogação), pois qualquer manifestação anterior do exeqüente seria prematura e inoportuna[355].

Se a penhora recair sobre *direito litigioso*, deverá ser anotada no *rosto dos autos*: o oficial lavrará auto de penhora, intimando o escrivão do feito em que o direito constrito é litigioso, para que registre a penhora na capa dos autos[356]. Neste caso, o exeqüente será litisconsorte facultativo do executado, que assume a posição jurídica de credor do direito litigioso, segundo alguns autores[357].

Encerrado o processo, a penhora se transfere, automaticamente, para o bem que for adjudicado ou que vier a caber ao executado (art. 674, do CPC[358]).

Na penhora sobre *dívidas de dinheiro a juros, direito a renda ou direito a prestações periódicas* (art. 675[359]), o exeqüente pode levantar os juros, rendimentos ou prestações à medida que forem depositados, abatendo-se do crédito os valores que forem recebidos, através das regras da imputação em pagamento (arts. 352 a 355, Código Civil).

---

351. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 239. Assim, também, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 646.
352. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 237. Assim, também, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 646.
353. § 2º do art. 673 do CPC: "A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor".
354. Há quem opte por exigir manifestação expressa do credor pela sub-rogação, em razão dos inconvenientes que pode gerar (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 647).
355. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 647.
356. Ou no verso da metade da primeira folha dos autos, diz ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. cit., p. 648.
357. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 648.
358. Art. 674 do CPC: "Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, averbar-se-á no rosto dos autos a penhora, que recair nele e na ação que lhe corresponder, a fim de se efetivar nos bens, que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor".
359. Art. 675 do CPC: "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 STJ vinha admitindo, com muitas ressalvas, a penhora de *parte do faturamento* da empresa executada – isto é, de parte do dinheiro dos serviços prestados e das vendas realizadas no dia, na semana etc. em casa comercial, por exemplo. O objetivo era proteger a empresa, impedindo um desfalque em seu capital de giro. Exigia, ainda, que não houvesse outros bens penhoráveis[360].

Mas a Lei n. 11.382/2006 resolveu tornar expressa a possibilidade de penhora de faturamento (art. 655, VII) e disciplinar a matéria, inserindo o art. 655-A, § 3º, que dispõe 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 exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida".

Do texto legal e da natureza da penhora, extrai-se que são requisitos para sua realização: *a)* a inexistência de outro bem penhorável – ou, existindo, sejam eles insuficientes, de difícil expropriação, ou acima do faturamento da empresa na ordem de preferência do art. 655, CPC; *b)* nomeação de depositário-administrador, que fará plano de administração e pagamento com base nesses rendimentos – a ser aprovado pelo juiz, após ouvida das partes; *c)* a limitação da penhora a percentual do faturamento da empresa que não a leve à inatividade ou insolvência[361].

> "O depositário exercerá uma intervenção parcial na gestão da empresa, durante o cumprimento do esquema judicial de pagamento. Tomará providências para recolher as importâncias deduzidas do caixa da empresa, ou descontadas da conta bancária de cobrança das duplicatas. Poderá, até mesmo, encarregar-se da cobrança dos títulos correspondentes ao percentual do faturamento penhorado. O esquema de pagamento poderá explicitar, caso a caso, a forma adequada de apropriação das parcelas estabelecidas"[362].

Realizada a penhora, impõe a lei que o depositário-administrador realize uma prestação de contas mensal, entregando ao credor a parcela que lhe cabe do faturamento da empresa, para que seja imputada no pagamento da dívida. Mas a entrega de tais valores só ocorrerá se o processo não estiver suspenso por embargos ou impugnação de executado (ou outra medida qualquer, como eventual liminar em ação rescisória, por exemplo); caso estejam, o *quantum* deve ser depositado em juízo, aguardando a fase satisfativa.

Por fim, penhorado direito *a entrega ou restituição de coisa determinada*, o terceiro devedor (devedor do executado) será intimado para, no vencimento, depositar a coisa em juízo, transferindo-se para ela a penhora (art. 676[363]).

---

360. A jurisprudência é farta. Como exemplo, STJ, 1ª T., REsp n. 803.435/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 18.12.2006. Assim, também, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 327 e 332; WAMBIER, Luis Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, cit., p. 114.
361. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 327.
362. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 328.
363. Art. 676 do CPC: "Recaindo a penhora sobre direito, que tenha por objeto prestação ou restituição de coisa determinada, o devedor será intimado para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução".

13.3. Penhora de empresa e outros estabelecimentos (arts. 677-679, CPC)

Quando a penhora recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como semoventes, plantações e edifícios em construção, o juiz nomeará um depositário-administrador (aludido no art. 666, III, CPC) para dar continuidade à atividade produtiva do bem penhorado – até mesmo em razão da função social da empresa. A idéia é evitar a paralisação da atividade empresarial, que poderia conduzir à sua ruína.

O depositário-administrador deve ser pessoa de reputação ilibada, com disponibilidade e experiência no ramo do objeto da penhora. A lei lhe confere o poder de indicar prepostos para coadjuvá-lo na gestão (art. 149, par. ún., CPC)[364].

Assim, nomeado e investido o depositário-administrador na função, deverá, em dez dias, indicar a forma de administração (art. 677, *caput*). Após ouvir as partes sobre a proposta, o juiz deverá decidir (por interlocutória agravável) questões eventualmente suscitadas, para aprovar ou não o plano de administração (art. 677, §1º[365]).

> Na concretização do plano, o administrador não precisa submeter todas as suas decisões rotineiras ao juiz, tampouco o juiz ouvir as partes sobre essas questões. Isso só embaraçaria a sua administração.
>
> Só decisões de grande relevância (como uma contratação de alto custo, por exemplo), que vão além do estabelecido no plano de administração, exigem chancela do juiz[366].
>
> O artigo 655-A, §3º, chega a prever uma prestação de contas mensal, no caso de penhora parcial do faturamento da empresa, o que não parece fugir da recomendação doutrinária ora exposta.

Nada impede que as partes ajustem a forma de administração, escolhendo o depositário-administrador de sua confiança. Neste caso, o juiz deve homologar o negócio para que produza efeitos legais, por decisão interlocutória e, não, por despacho como faz crer o art. 677, §2º, CPC[367].

Tratando-se de penhora sobre empresa que preste serviço público, funcionando sob concessão ou autorização do Poder Público, serão apreendidos a renda, determinados bens ou todo o patrimônio – seguindo esta rígida ordem legal[368] –, devendo o juiz nomear como depositário-administrador, preferentemente, um dos seus diretores (art. 678[369]). Seria o caso da penhora de empresas de luz, de água, de vias férreas etc.

Mas a penhora não deve prejudicar o serviço público delegado[370].

---

364. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 655.
365. § 1º do art. 677 do CPC: "Ouvidas as partes, o juiz decidirá".
366. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 657.
367. § 2º do art. 677 do CPC: "É lícito, porém, às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação".
368. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 657.
369. Art. 678 do CPC: "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, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores".
370. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 333.

Se penhora for parcial, recaindo sobre renda e dados bens, o depositário deve apresentar plano de administração da empresa e forma de pagamento, aplicando o § 3º do art. 655-A, por analogia. O parágrafo único do art. 678 remetia aos arts. 716-720, CPC, substancialmente alterados pela última reforma legislativa, que cuidavam do usufruto de empresa, figura que não mais subsiste no ordenamento. Há um erro de remissão, lapso da última reforma. Deve-se seguir o método do § 3º do art. 655-A, CPC.

Mas se a penhora for total, recaindo sobre todo o seu patrimônio, a execução seguirá normalmente, sendo obrigatória a oitiva do Poder Público concedente ou autorizante antes da expropriação (art. 678, parágrafo único[371]). Deve ser ouvido para o caso de querer intervir na empresa, evitando sua paralisação, através de remição da execução (art. 651, CPC); ou para o caso de revogação da concessão/autorização, transferindo-a para outra empresa[372].

> HUMBERTO THEODORO JUNIOR[373] evidencia a razão de ser dessa necessidade de oitiva prévia do Poder Público:
>
> "O sistema de concessão de serviços públicos prevê que, ao final do contrato, os bens vinculados à respectiva prestação, ou seja, os utilizados no objeto da concessão, revertem ao poder concedente, não importando se preexistentes ou incorporados no curso da delegação. Em face do poder de encampação dos serviços da concessão e da reversão dos bens empregados nesses serviços, portanto, a Administração Pública pode impedir a alienação judicial do acervo penhorado da empresa concessionária (Lei nº 8.987/95, arts. 35,36 e 37). O interesse público em jogo suplanta o interesse privado dos credores exeqüentes.
>
> Entretanto, ocorrendo a hipótese de absorção do patrimônio da concessionária pelo Poder Público, terá este, naturalmente, de responder pelas obrigações que o oneram, pelo menos nos limites do acervo incorporado ao patrimônio público. Do contrário, estabelecer-se-ia o intolerável locupletamento do Estado à custa do prejuízo dos credores da concessionária".

Por fim, cabe *penhora de navio e aeronave*, sendo que deve ser investido no múnus de depositário, preferencialmente, um dos diretores da empresa devedora[374].

Os navios e aeronaves, embora penhorados, podem operar normalmente. Todavia, para o juiz conceder autorização de operação do bem penhorado, deve exigir que o executado faça seguro contra riscos existentes (art. 679, CPC[375]).

---

371. Parágrafo único do art. 678 do CPC: "Quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento observando-se, quanto ao mais, o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público, que houver outorgado a concessão".
372. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 657-658.
373. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. cit., p. 333-334.
374. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, cit., p. 334.
375. Art. 679 do CPC: "A penhora sobre navio ou aeronave não obsta a que continue navegando ou operando até a alienação; mas o juiz, ao conceder a autorização para navegar ou operar, não permitirá que saia do porto ou aeroporto antes que o devedor faça o seguro usual contra riscos".

Capítulo XVIII

Avaliação

O bem penhorado precisa ser *avaliado*.

A avaliação é ato processual de grande importância no procedimento executivo. É com base no valor alcançado pela avaliação que se fará a alienação do bem penhorado, por *adjudicação*, *alienação por iniciativa particular* ou *por hasta pública*. Há diversas regras jurídicas que têm como pressuposto de incidência o valor da avaliação. Elas serão examinadas ao longo deste volume do *Curso*, nos capítulos respectivos.

A regra é, como já se viu, que o próprio oficial de justiça proceda à avaliação do bem. Aliás, uma das atribuições do oficial de justiça é, justamente, efetuar avaliações (CPC, art. 143, V). Caso a avaliação requeira conhecimentos técnicos especializados, o juiz designará um perito-avaliador, fixando-lhe prazo não superior a dez dias para a entrega do laudo (CPC, arts. 475-J, § 2º e 680).

> Essa regra que impõe a designação de um perito, nos casos em que a avaliação exigir conhecimentos especializados, pode ser problemática em Comarcas do interior, onde muito provavelmente não existe especialista, a depender da área do conhecimento exigida. Ademais, a nomeação de um perito pode, a depender da complexidade da matéria, acarretar honorários de alta monta, encarecendo e onerando demasiadamente a execução. Em tal hipótese, a aplicação da regra pode dificultar o andamento da execução, podendo, então, ser flexibilizada com a aplicação, por analogia, do art. 427 do CPC, determinando a intimação do exeqüente para que apresente um estudo de um especialista sobre a avaliação do bem, com a indicação de seu valor.

Feita pelo oficial de justiça, a avaliação constará do auto de penhora. Se houver necessidade de perícia, devem ser aplicadas as regras relativas à prova pericial. Desse modo, deverá o juiz ou o perito designar a data e o local da avaliação, dando ciência às partes para que possam acompanhar a avaliação (CPC, art. 431-A), conferindo transparência à perícia, com o que se atende ao princípio do contraditório e, de resto, ao devido processo legal. Tratando-se de perícia complexa, ou seja, daquela que abrange mais de uma área do conhecimento, será nomeado mais de um perito, cada um de uma das áreas exigidas (CPC, art. 431-B).

Havendo perícia, o laudo deverá conter: a) a descrição dos bens, com os seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram; b) o valor dos bens (CPC, art. 681[1]).

Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos (CPC, art. 681, par. un.).

O laudo de avaliação submete-se à apreciação dos litigantes, tal como a perícia, aplicando-se o disposto no parágrafo único do art. 433 do CPC, de sorte que as partes

---

1. O art. 681 está na parte de execução fundada em título extrajudicial, mas também se aplica ao cumprimento de sentença por força do art. 475-R.

serão intimadas para, em dez dias, manifestarem-se sobre o laudo pericial. A decisão sobre a avaliação é impugnável por agravo de instrumento.

Não há necessidade de proceder à avaliação do valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa (CPC, art. 684, II). Nesse caso, o valor será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial (CPC, art. 682).

No caso de bem hipotecado, os contratantes podem fixar, no instrumento da hipoteca, o valor para fim de alienação judicial, o que dispensaria a avaliação (Código Civil, art. 1.484[2]). O valor acordado pode, porém, sofrer com a desvalorização da moeda; o valor da coisa sujeita-se às oscilações do mercado. Nessa hipótese, como afirma ARAKEN DE ASSIS, é possível que haja a necessidade de proceder-se à avaliação do bem em execução hipotecária[3].

Também não há avaliação se o bem penhorado for dinheiro.

A avaliação pode ser *invalidada* por erro na avaliação ou por dolo do avaliador (CPC, art. 683, I). A avaliação pode ser *revista*, se se verificar que houve majoração ou diminuição do bem, por fato que lhe seja superveniente (CPC, art. 683, II). Em ambas as hipóteses, haverá nova avaliação. No primeiro caso, em razão do desfazimento da primeira, por invalidade; no segundo, pela revisão da primeira ou por fato a ela superveniente.

Admite-se, ainda, que se faça nova avaliação, se houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (CPC, art. 683, III). É regra semelhante à que permite uma *segunda perícia*. Os arts. 437-439[4], CPC, que cuidam da *segunda perícia*, devem ser aplicados por analogia à *segunda avaliação* (o tema foi tratado no capítulo sobre perícia, no v. 2 deste *Curso*).

A avaliação é um meio de prova, pelo qual se busca provar o fato "valor do bem". Como meio de prova que é, a ele devem ser aplicadas as regras do Direito probatório[5], inclusive aquelas que dispensam a produção de prova, quando o fato for notório, confessado, incontroverso ou presumido pelo legislador (CPC, art. 334). Tanto é assim que, não se procederá à avaliação por perito ou oficial de justiça, se houver acordo das partes sobre o valor do bem: o credor aceita o valor estimado pelo executado (CPC, art. 680 e art. 684, I), por exemplo.

---

2. Art. 1.484 do Código Civil: "É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação".
3. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 693.
4. "Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida. Art. 438. A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu Art. 439. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra".
5. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 690.

CAPÍTULO XIX

ADJUDICAÇÃO

Sumário • 1. Considerações gerais sobre a adjudicação – 2. Legitimidade para adjudicar – 3. O direito de o membro da família *adjudicar* o bem penhorado. A extinção do direito de *remir* o bem executado. Um caso de ***supressio*** – 4. Direito de o executado *remir* o bem hipotecado que foi *adjudicado* ou *arrematado* – 5. Outras hipóteses sobreviventes de remição.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ADJUDICAÇÃO

A adjudicação é técnica de pagamento ao credor-exeqüente. Sofreu diversas alterações pela Lei Federal n. 11.382/2006, a tal ponto de o próprio conceito do instituto passar por uma reformulação. Não há problema em relação a isso, pois o conceito de adjudicação é um conceito jurídico-positivo e, pois, contingente, ficando sempre na dependência do exame de um determinado direito positivo.

Percebeu essa necessidade de redefinição do instituto HUMBERTO THEODORO JR., que conceitua atualmente a adjudicação como "o ato executivo expropriatório, por meio do qual o juiz, em nome do Estado, transfere o bem penhorado para o exeqüente ou para outras pessoas a quem a lei confere preferência na aquisição"[1]. Trata-se, pois, de uma transferência forçada[2] da titularidade de um bem que, se feita ao exeqüente, serve como pagamento da dívida. Quando a transferência é feita a terceiro não-exeqüente, a adjudicação serve ao exercício de um direito de preferência à aquisição de certos bens legalmente previsto.

> Agora, como se vê, a adjudicação serve a dois propósitos: aquisição de bem penhorado pelo credor-exeqüente e exercício de direito de preferência na aquisição do bem por alguns terceiros, antigamente exercitado por meio da remição, prevista nos arts. 787 e segs. do CPC, ora revogados. A adjudicação não mais se restringe ao credor-exeqüente; essa constatação é importante para que se possa dar o devido redimensionamento ao instituto. O tema voltará a ser examinado mais à frente.

A adjudicação pode ser tanto de bens móveis quanto de bens imóveis. O novo regramento resolveu antigo problema, pois, de acordo com o texto anterior, somente bens imóveis poderiam ser adjudicados, não obstante a doutrina à época admitisse a adjudicação de bens móveis. Agora, não há mais essa dúvida.

A adjudicação, após a reforma legislativa, mudou de *status*: trata-se, atualmente, da forma *preferencial* de pagamento ao credor (art. 647, I, CPC). "A execução tende, em primeiro lugar, a propiciar ao exeqüente a apropriação direta dos bens constritos em

---

1. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 117.
2. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 720.

pagamento do seu crédito"[3]. No regramento antigo, a adjudicação somente poderia ocorrer após a primeira tentativa de alienação forçada do bem penhorado. Doravante, a adjudicação poderá ocorrer a qualquer momento depois de decidida a questão sobre o valor do bem penhorado: depois, portanto, de resolvidas as questões relacionadas à avaliação[4]. Adjudica-se o bem penhorado pelo preço da avaliação.

> Assim, se o valor do crédito exeqüendo for superior ao valor do bem adjudicado, a execução prosseguirá pela diferença. Se o valor do crédito for inferior ao valor do bem adjudicado, o exeqüente deverá depositar em juízo a diferença. Eis o texto do § 1º do art. 685-A do CPC: "Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente".
>
> Observe, porém, que aquele que pretende adjudicar e não é credor do executado, como é o caso do cônjuge/companheiro, tem de depositar o preço, que é o valor da avaliação.
>
> Também terá de depositar o preço o próprio exeqüente, caso haja credor com garantia real ou credor quirografário com penhora anterior, que têm o direito de receber o dinheiro preferencialmente[5].

O limite temporal máximo para a adjudicação, embora não esteja claro no texto legal, parece ser o início da hasta pública. Não havendo licitante na venda judicial, não há problema em que se admita a *adjudicação* depois de realizada a frustrada tentativa de alienação do bem a terceiros[6].

> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES entende ser possível a *adjudicação*, por preço inferior ao da avaliação, desde que não seja vil, "quando já frustradas as tentativas de alienação do bem – por iniciativa particular ou hasta pública -, porque nesse caso estará concretamente comprovado que não existem interessados na aquisição do bem"[7]. O pensamento é interessante: se a alienação em hasta pública pode dar-se por qualquer preço, desde que não seja vil, e o exeqüente pode optar por participar da venda judicial, exatamente para pagar um valor menor, não vemos como impedir essa *adjudicação por preço inferior ao da avaliação*, que de resto é como se o credor tivesse arrematado a coisa penhorada por esse valor[8].
>
> Nada impede, ainda, que haja um acordo entre exeqüente e executado, para que a adjudicação seja feita por valor inferior ao da avaliação[9].

A adjudicação pressupõe manifestação de vontade de qualquer um dos legitimados. É importante a observação, notadamente em relação ao exeqüente[10], pois, pela adjudicação,

---

3. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 116.
4. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 121-122.
5. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 274.
6. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 122.
7. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 366-367.
8. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 668.
9. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 367.
10. É por isso que a redação do *caput* do art. 685-A do CPC é bastante clara a respeito: "É lícito ao exeqüente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados".

ele não receberá a tutela específica da obrigação pecuniária: em vez de o dinheiro, receberá o exeqüente uma *coisa* como *pagamento* da dívida[11] – daí que a adjudicação "opera *pro soluto* até o valor do bem adjudicado"[12].

A adjudicação deve ser requerida por escrito ou oralmente. Como se trata de técnica de pagamento ao exeqüente, convém que ao seu advogado tenha sido outorgado poder especial para tanto (art. 38 do CPC, aplicado por extensão). Esse mesmo poder especial é exigido também quando o legitimado a adjudicar não seja o exeqüente[13]: isso porque se trata da aquisição de um bem, um negócio jurídico material, para cuja celebração "os poderes gerais para o foro" é cláusula por demais indeterminada.

Decididas todas as eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação (§ 5º do art. 685-A, CPC). Dessa decisão, cabe agravo de instrumento. A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatório, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicatório, se bem móvel (art. 685-B, CPC).

Até a lavratura do auto, poderá o executado *remir* a execução, nos termos do art. 651 do CPC: "pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios".

O prazo para os *embargos à adjudicação* (art. 746 do CPC), conta-se da data da assinatura do auto de adjudicação.

A *carta de adjudicação* é documento imprescindível no caso de adjudicação de bem imóvel. Com ela, quem adjudicou o bem poderá proceder à transferência no registro imobiliário. A *carta de adjudicação* é um conjunto de documentos, assinado pelo juiz, que conte: "a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão".

> Não há necessidade de expedição de *carta de adjudicação* no caso de bem móvel, cuja transferência se dá pela tradição da coisa. No entanto, bem adverte ARAKEN DE ASSIS, a expedição dessa carta, embora não seja necessária, pode ser útil, "sempre que houver necessidade de provar o acordo de transmissão, a exemplo do que acontece com a aquisição de ações nominativas e de veículos"[14].

A *adjudicação* é um modo de aquisição *derivada* da propriedade.

---

11. Por isso, houve quem dissesse que a *adjudicação* tem semelhança com a dação em pagamento (art. 356 do CC), mas dela se distingue, pois não depende de concordância do devedor. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 254; GAJARDONI, Fernando. "Reflexões sobre o novo regime de expropriação de bens introduzido pela Lei n. 11.382/2006". *Execução extrajudicial – modificações da Lei 11.382/2006*. Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 270; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 667.)
12. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 720.
13. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 724.
14. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 727. Seguiu essa orientação BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 284.

A *adjudicação* pode ser alvo de uma ação anulatória, proposta nos termos do art. 486 do CPC, examinado no v. 3 deste *Curso*, no capítulo sobre a ação rescisória da sentença.

2. LEGITIMIDADE PARA ADJUDICAR

Outra importante alteração no regime jurídico da adjudicação foi a ampliação dos legitimados a *adjudicar*. Atualmente, não apenas o exeqüente pode fazê-lo, mas, também: *i)* credor com garantia real; *ii)* credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem; *iii)* cônjuge[15], descendentes ou ascendentes do executado (§ 2º do art. 685-A, CPC); *iv)* e, no caso de penhora de quota social, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios (§ 4º do art. 685-A, CPC).

É preciso tecer algumas observações a esse novo regramento.

a) Penhorado bem dado em garantia a um negócio jurídico (hipotecado ou empenhado, por exemplo), deve o credor hipotecário ou pignoratício ser intimado dessa penhora (art. 698 do CPC). Esse credor com garantia real adquire o direito de adjudicar o bem penhorado. Observe que não há necessidade de esse tipo de credor ajuizar a sua própria execução[16]: ele pode valer-se da execução ajuizada por outro credor, em que foi feita a penhora sobre o bem dado em garantia, para ou *adjudicar* o bem ou *aguardar* a sua transferência forçada a uma terceira pessoa, hipótese em que receberá o dinheiro preferencialmente, em razão do seu título legal de preferência (o direito real de garantia).

b) A legitimação ao cônjuge deve ser estendida, pela identidade de razão, ao companheiro em união estável[17] ou homoafetiva[18]. Se se trata de dispositivo que serve à proteção da família, parece bastante razoável estender a sua aplicação às demais espécies de família.

c) Note que, neste novo rol de legitimados à adjudicação, foram incluídos os parentes e o sócio do executado. Trata-se de sujeitos que, pelo Direito anterior, poderiam *remir* o bem penhorado (sobre a antiga *remição*, ver item mais à frente). A possibilidade de os membros da família *resgatar* o bem penhorado estava prevista nos arts. 787 e segs, ora revogados.

A jurisprudência admitia a possibilidade de o filho do sócio de pessoa jurídica executada remir o bem penhorado, quando se tratasse de sociedade empresária de caráter

15. Para Araken de Assis, mesmo o *cônjuge* separado de fato tem legitimidade para a adjudicação (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 722-723).
16. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 722; ÁLVARES, Samantha Lopes. "A adjudicação na nova execução por quantia certa contra devedor solvente (lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006)". *Execução extrajudicial – modificações da Lei 11.382/2006*. Susana Henriques da Costa (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 299; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 273.
17. Assim, também, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 274.
18. Ainda mais agora que já fora atribuída à união homoafetiva natureza de entidade familiar pelo STF (STF, Pleno, ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 15.05.2011, publicado no DJ de 14.10.2011; e STF, Pleno, ADI n. 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 5.05.2011, publicado no DJ de 14.10.2011).

familiar[19]. A opção do legislador reformista, porém, foi outra: a legitimidade de adjudicar é do sócio, quando o outro sócio for executado e tiver sido penhorada quota social.

d) Sendo vários os legitimados a adjudicar, será muito freqüente a ocorrência de várias propostas. Surgirá o *concurso para a adjudicação*, que, nos termos da primeira parte do § 3º do art. 685-A, será resolvido por uma *licitação* entre os pretendentes: vence quem oferecer o maior valor. Havendo igualdade de propostas, os membros da família têm o direito de preferência, nesta ordem: cônjuge/companheiro, descendente e ascendente.

Se, entre os pretendentes, houver apenas *credores* do executado, é preciso garantir a *preferência* na adjudicação, pelo maior preço ofertado, aos credores com título legal de preferência (privilégio ou direito real de garantia) e, entre os credores quirografários, àquele cuja penhora for mais antiga[20].

Observe, porém, que o § 4º do art. 685-A, que confere legitimidade ao *sócio* para adjudicar a quota social penhorada, "é norma especial. Outorga preferência absoluta aos sócios, à frente dos credores e dos familiares"[21].

3. O DIREITO DE O MEMBRO DA FAMÍLIA *ADJUDICAR* O BEM PENHORADO. A EXTINÇÃO DO DIREITO DE *REMIR* O BEM EXECUTADO. UM CASO DE *SUPRESSIO*

O cônjuge/companheiro, os descendentes ou ascendentes do executado, antes da Lei Federal n. 11.382/2006, poderiam remir o bem penhorado, adquirindo o bem que fora adjudicado ou arrematado, pagando o respectivo preço (art. 787 e segs. do CPC, agora revogados).

A remição era instituto que tinha o objetivo de evitar que bens da família saíssem do respectivo patrimônio; o objetivo era "salvar" um bem da execução. "É benefício criado *pietatis causa* para permitir que, em condições de igualdade, o bem penhorado se transfira para membro da família do devedor e não para estranho"[22]. Remir é resgatar, tirar do poder alheio: salvar o bem que seria transferido para o terceiro ou para o exeqüente. Por isso a remição pressupunha prévia adjudicação ou arrematação.

O regramento do instituto no CPC foi revogado pela Lei Federal n. 11.382/2006.

---

19. STJ, 2ª T., REsp n. 857.638/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 26.10.2006, p. 288.
20. ASSIS, Araken de. *Manual da execução,* 11 ed., cit., p. 725; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 27ª ed., cit., p. 254; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 371; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 281.
21. ASSIS, Araken de. *Manual da execução,* 11 ed., cit., p. 725. Assim, também, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, cit., p. 372. Em sentido contrário, para quem "o intuito de permitir que o bem permaneça no patrimônio familiar deve prevalecer sobre possível conveniência da sociedade", MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 27ª ed., cit., p. 255.
22. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 332.

No Código Civil, porém, ainda há previsão do direito potestativo de remir bem hipotecado: "Art. 1.482. Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. *Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado*".

Resta, então, a seguinte dúvida: o cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente ainda têm o direito de *resgatar* o bem penhorado transferido a outrem (terceiro ou exeqüente)?

Parece que não[23].

Esses sujeitos, pelos mesmos motivos que justificavam a antiga remição de bens, têm agora o direito de preferência na aquisição do bem penhorado *fora* e *antes* da hasta pública. São legitimados a *adjudicar* o bem penhorado. Mesmo se os outros legitimados (exeqüente, credor com garantia real e sócio da pessoa jurídica) pretenderem exercer o direito potestativo de adjudicar o bem, em igualdade de condições têm o cônjuge ou companheiro, o descendente e o ascendente, nesta ordem, a preferência na adjudicação (art. 685-A, § 3º, CPC). Se houver vários pleiteantes no mesmo grau de preferência, far-se-á uma licitação entre eles, "caso em que a adjudicação será deferida àquele que maior preço oferecer"[24]. Conferiu-se a tais sujeitos um direito mais abrangente: podem adquirir qualquer bem, independentemente da existência de prévia arrematação ou adjudicação, como outrora, desde que, para isso, depositem no mínimo o valor alcançado na avaliação. Não há mais *resgate*, *salvamento*: o bem adjudicado não estava *indo embora*... Ele é adquirido *antes* que seja transferido a um terceiro. Não é mais possível, portanto, utilizar, ao menos em respeito ao vernáculo, o verbo *remir*. Obviamente, porém, se houver hasta pública sem licitante, o direito de adjudicar *ainda* pode ser exercitado.

Mas remanesce outra dúvida: e se o bem *hipotecado* for transferido a terceiro ou ao exeqüente, poderá um desses sujeitos, ainda assim, *remir* o bem, *resgatando-o* (perceba que o CC, art. 1.482, prevê esse direito na *execução hipotecária*)?

Parece-nos também que não: o não-exercício do direito de adjudicar é conduta que implica a perda do direito de remir, até como forma de proteger a boa-fé do terceiro adquirente, que tem a expectativa de não ser *surpreendido* com o resgate do bem que acabara de adquirir. É uma espécie de *supressio*[25] (*Verwirkung*, para os alemães): perda de um direito por não ter sido exercido pelo titular em certo lapso de tempo, o que gerou a legítima expectativa (por força da boa-fé objetiva) em outrem de que não seria mais

23. Em sentido contrário, entendendo que o art. 1.482 do Código Civil ainda confere o direito de resgate do bem hipotecado aos membros da família, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 274.
24. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.
25. Sobre o tema, amplamente, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797-836.

exercido. Trata-se de interpretação que visa tutelar a confiança e, portanto, a boa-fé objetiva. O direito do membro da família, doravante, deverá ser exercido nos moldes do art. 685-A, CPC.

Há duas diferenças significativas entre o direito de adjudicar e o direito de remir, ambos potestativos: *a)* o direito de adjudicar é exercido *antes* da transferência do bem a terceiro ou ao exeqüente, *diferentemente* do direito de resgatar o bem, que pressupõe a *perda* do bem para um terceiro estranho à família; b) o preço a ser pago na *adjudicação* é aquele definido na avaliação, enquanto na *remição* o preço era ou o da arrematação (que poderia ser em valor inferior ao da avaliação) ou o da adjudicação (que era o da avaliação).

A adjudicação do bem dado em garantia real pelo cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente *extinguirá* o direito real (art. 1.499, VI, CC), que se sub-rogará no preço da transferência. É preciso, porém, intimar o credor com garantia real da penhora feita no bem que lhe foi dado em garantia. Se o valor da avaliação for inferior ao valor da dívida garantida por hipoteca, o antigo credor hipotecário, agora transformado em credor quirografário, poderá cobrar a diferença do devedor (art. 1.430 do CC)[26].

4. DIREITO DE O EXECUTADO *REMIR* O BEM HIPOTECADO QUE FOI *ADJUDICADO* OU *ARREMATADO*

O art. 1.482 prevê, ainda, o direito de o próprio executado *remir* o bem hipotecado que foi transferido ao exeqüente ou a terceiro.[27]

Antes da reforma, discutia-se a possibilidade de o próprio executado remir o bem hipotecado que fora adjudicado ou arrematado. O art. 1.482 do Código Civil prescreve: "Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido". Remir é resgatar: salvar o bem que seria transferido para o terceiro ou para o exeqüente. Por isso a remição pressupunha prévia adjudicação ou arrematação.

O CPC silenciava sobre o assunto. A Lei Federal n. 11.382/2006, ao extinguir a remição e ampliar o rol de legitimados para a adjudicação, permaneceu em silêncio.

O art. 651 do CPC, porém, dispõe que "Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios". Esse artigo trata da *remição da execução* (resgate de toda a dívida exeqüenda, mediante o pagamento ou depósito do principal, mais juros, custas e honorários, extinguindo a execução pelo pagamento).

---

26. Art. 1.430 do CC: "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".

27. Em sentido contrário, entendendo que o caso é de remição da execução (art. 651, CPC), e não remição do bem penhorado, ASSIS, Araken de. "Providências preliminares aos atos de expropriação dos bens penhorados (art. 685, parágrafo único, CPC)". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 174, p. 19.

É preciso perceber, ainda, que, nos termos do inciso V do art. 656 do CPC, é possível a substituição do bem penhorado que for de "baixa liquidez". O objetivo do inciso é, obviamente, permitir a substituição do bem penhorado por outro que possa ser convertido mais facilmente em dinheiro. Assim, é lícito dizer que é sempre possível a substituição do bem penhorado por dinheiro.

São três comportamentos distintos: *a)* remir a execução é pagar integralmente a dívida pecuniária executada; *b)* remir o bem executado é resgatá-lo, salvá-lo de uma transferência para o patrimônio do exeqüente ou de um terceiro; *c)* substituir o bem penhorado por dinheiro não significa pagar a dívida nem resgatar o bem, que ainda não foi alienado: significa, apenas, substituir o objeto da penhora por dinheiro, no valor determinado pela avaliação. Ao pedir a substituição do bem penhorado por dinheiro, o executado apenas livra o bem que fora penhorado, depositando o preço da avaliação, sem, necessariamente, remir a execução, pois o valor depositado (que é o valor da avaliação) pode ser inferior ao valor executado. A remição da execução somente se dá com o depósito integral do montante do crédito, incluindo juros, custas e honorários advocatícios.

As condutas "a" e "c" podem ser praticadas pelo executado. A dúvida remanesce em relação à conduta "b", em razão do silêncio do CPC sobre o assunto e da eloqüente revogação do instituto da remição, antes aplicado por analogia ao executado.

O silêncio do legislador processual perdurou, ignorando a regra do Código Civil. Parece-nos que o caso é de permitir ao executado a remição do bem *hipotecado* que foi alienado ao exeqüente ou ao terceiro, com o pagamento do preço da avaliação, pois se trata de direito potestativo que lhe foi conferido por norma de direito material, que, por não haver qualquer outra regra em sentido contrário, bem como não causar prejuízo para o exeqüente, deve ser garantido e efetivado pelo direito processual. Ainda há o direito de o devedor hipotecário *resgatar* o bem hipotecado[28].

É preciso advertir, porém, que, com base no art. 1.482 do Código Civil, esse direito deve ser exercido até a assinatura da carta de arrematação ou até a prolação da decisão que *adjudique* o bem ao exeqüente ou aos legitimados a adjudicar previstos nos §§ 2º e 4º do art. 685-A, CPC. A decisão que defere o pedido de adjudicação é *interlocutória* e, pois, impugnável por agravo de instrumento (a palavra "sentença" prevista no texto do art. 1.482 do Código Civil deve ser compreendida em sentido amplo, como sinônimo de decisão judicial).

Ocorrendo a remição pelo executado, o "bem remido ficará liberado, substituído pelo preço pago pelo devedor (...). No entanto, é possível que tal preço não seja suficiente para pagamento integral da dívida. Neste caso, como dispõe o art. 1.430, o devedor continuará pessoalmente obrigado, e seus bens poderão ser penhorados"[29]. Nessa hipótese, o bem, ora

28. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie "Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, n. 146, 2007, p. 178-179. Adotou esse entendimento BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 279.

29. DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 640.

remido, poderá ser novamente penhorado em outra execução, inclusive pelo antigo credor hipotecário[30].

5. OUTRAS HIPÓTESES SOBREVIVENTES DE REMIÇÃO

Como visto, os arts. 787 e segs. do CPC, que cuidavam da remição do bem penhorado, foram revogados. Viu-se que ainda sobrevive a possibilidade de o executado *remir* o bem penhorado em execução hipotecária (art. 1.482 do Código Civil).

Permanecem vigentes, ainda, algumas outras hipóteses de remição.

O art. 1.505 do Código Civil garante o direito de a União ou o Estado-membro remir a *estrada de ferro hipotecada* que tenha sido *arrematada* ou *adjudicada*, no prazo de quinze dias contados de sua intimação: "Na execução das hipotecas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação". Trata-se de verdadeira remição. Assim, o ente público pode *resgatar* a via férrea penhorada em execução hipotecária, pagando o preço da arrematação ou adjudicação.

Ainda remanesce o direito de a União, Estado ou Município remir *bem tombado*, que tenha sido adjudicado ou arrematado. É o que está previsto no art. 22 do Decreto-lei n. 25/1937:

> "Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessôas naturais ou a pessôas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.
>
> § 1º Tal alienação não será permitida, sem que prèviamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.
>
> § 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na fórma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga

30. "...a) a remição não torna o bem impenhorável; b) pelo saldo, o credor que era hipotecário se transforma em quirografário; c) outros credores desse mesmo devedor, sejam quirografários ou não, ao cobrarem judicialmente seus créditos, podem penhorar esse bem que foi remido (pois o mesmo, repete-se, não se tornou impenhorável). Logo, se for adotada posição diferente dessa que ora se defende, chegar-se-á à seguinte e absurda conclusão: os outros credores quirografários podem penhorar esse bem, mas o antigo credor hipotecário, que agora também é quirografário, não pode fazê-lo. Ou seja, os demais credores estarão na verdade recebendo uma preferência, em relação ao antigo hipotecário, e este estará sendo punido e discriminado pelo fato de um dia ter sido credor hipotecário, tendo por garantia aquele mesmo bem. Ora, é evidente que essa conclusão absurda não pode ser aceitam daí porque também deve ser rejeitada a idéia que lhe deu origem". (DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 641.)

a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias.

§ 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, prèviamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação.

§ 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessôas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir.

§ 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto do arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extraír a carta, enquanto não se esgotar êste prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência".

CAPÍTULO XX

ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

Sumário • 1. Introdução – 2. O art. 52, VII, da Lei nº 9.099/1995 (a alienação por iniciativa particular nos Juizados Especiais Cíveis) – 3. O art. 685-C do CPC (alienação por iniciativa particular nas execuções civis): 3.1. Generalidades; 3.2. Requisitos objetivos e subjetivos; 3.3. Participação facultativa de corretor; 3.4. Procedimento e condições do negócio; 3.5. Termo de alienação – 4. Aplicação subsidiária das regras da arrematação.

1. INTRODUÇÃO

A partir das modificações levadas a cabo pela Lei nº 11.382/2006, penhorado um bem do executado, dá-se a expropriação, que consiste na adjudicação, na alienação por iniciativa particular, na alienação por hasta pública ou no usufruto de bem móvel ou imóvel (CPC, art. 647).

Antes da Lei nº 11.382/2006, a expropriação de bens para satisfação da dívida era feita, prioritariamente, pela arrematação. Somente quando não houvesse arrematação é que o exeqüente poderia adjudicar o bem penhorado.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006, conferiu-se prioridade à adjudicação, como já foi visto. Penhorado um bem do executado, já é possível ao exeqüente e a outros sujeitos adjudicar o bem. Não havendo adjudicação, poderá, então, ser feita a alienação por iniciativa particular. Não realizada a alienação por iniciativa particular, aí sim é que se designa leilão ou praça para a venda do bem. Significa que a venda em hasta pública somente se realiza, caso não haja adjudicação do bem nem sua venda por iniciativa particular.

A alienação por iniciativa particular não é um contrato privado; não é uma simples compra e venda, até mesmo porque seus contornos são determinados pelo juiz, que, inclusive, fiscaliza a sua execução. É uma *venda judicial* (alienação coativa, expropriação) da coisa penhorada, semelhante à hasta pública, com procedimento mais simples, pois a busca de compradores é feita pelo próprio exeqüente, sem a participação obrigatória do aparelho estatal.

> Correta a impressão de Araken de Assis: "O procedimento se transformou, realmente, no 'sucedâneo' da alienação em hasta pública. No entanto, a assinatura do termo (art. 685-C, § 2º,) forma negócio entre o Estado, de um lado, sub-rogando o poder de disposição do executado, e o adquirente, de outro"[1].

---

1. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 730. Assim, também, Pontes de Miranda, ao comentar o art. 973 do CPC/1939: "Se o poder foi expropriado, a expropriação continuou a mesma, a despeito de se ter mudado o executor... Não podemos ver, mais, nessa 'venda por iniciativa particular', do que deslocação de executor... De qualquer modo, o Estado está presente". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, t. 13, p. 380.) Tanto que, mais à frente, na mesma obra e página, ensina: "A expressão 'iniciativa particular' não significa 'venda particular', e sim conversão judicial sem entrega a quem lance".

Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exeqüente poderá requerer sejam tais bens alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, tudo em conformidade com o disposto no novo art. 685-C do CPC.

Tais regras – que permitem a alienação por iniciativa particular – não encerram novidade no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, o art. 973 do Código de Processo Civil de 1939 já previa tal mecanismo, que foi eliminado com o advento do atual Código e, agora, revigorado pelo novo art. 685-C.

O art. 700 do atual CPC – revogado pela Lei nº 11.382/2006 – autorizava o juiz, ouvidas as partes e sem prejuízo da expedição dos editais, a "atribuir a corretor de imóveis inscrito na entidade oficial da classe a intermediação na alienação do imóvel penhorado". Tal dispositivo não tratava, propriamente, de uma alienação por iniciativa particular, mas de uma venda pública com intermediação de corretor[2], que se revelava excepcional, aplicando-se, apenas, à venda de bens imóveis.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a alienação por iniciativa particular sempre foi possível, a teor do que dispõe o art. 52, VII, da Lei nº 9.099/1995.

Na verdade, o que fez a Lei nº 11.382/2006 foi *generalizar* a possibilidade da alienação por iniciativa particular, permitindo-a nas execuções em geral.

Este capítulo dedica-se ao estudo desta modalidade de expropriação.

2. O ART. 52, VII, DA LEI Nº 9.099/1995 (A ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS)

Nos termos do art. 52, VII, da Lei n. 9.099/1995, é possível, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a alienação forçada de bens por iniciativa do próprio exeqüente, ou do executado, ou de terceira pessoa idônea.

Realmente, segundo se infere do aludido dispositivo, nas execuções processadas perante os Juizados Especiais Cíveis, o juiz poderá autorizar o executado, o exeqüente ou uma terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoa em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for imediato, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel.

A medida destina-se a agilizar a efetivação do processo de execução, eliminando os entraves e as dificuldades de uma alienação por hasta pública[3], podendo ser muito mais eficiente na busca da realização prática do princípio da menor onerosidade (CPC, art.

2. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 700, p. 1.983; LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007, n. 4.4, p. 91.
3. REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à lei 9.099, de 26/09/1995*. Recife: Bagaço, 1996, p. 300. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Sérgio Torres. Processo de execução no

620)[4]. Sendo possível a alienação por iniciativa particular, o juiz *deve*[5] autorizá-la, ficando a cargo do exeqüente, do executado ou de uma terceira pessoa idônea. A única exigência é a de que a celebração do negócio seja concretizada em juízo[6], até a data do leilão ou praça. Vale dizer que, realizada a hasta pública, já não é mais possível a alienação por iniciativa particular. Enquanto não realizado o leilão ou praça, o exeqüente, ou o executado, ou uma terceira pessoa idônea pode encetar, desde que previamente autorizado pelo juiz, todos os atos pertinentes com o pretenso comprador, aperfeiçoando e ultimando o negócio em juízo.

Em princípio, o bem penhorado deve ser alienado pelo valor da avaliação. É possível, contudo, que a alienação se concretize por preço inferior ao da avaliação, desde que ouvidas previamente as partes e haja concordância. Não havendo concordância, caberá ao juiz decidir conforme as peculiaridades do caso, podendo autorizar a venda, caso não haja um desnível muito grande entre o valor da avaliação e o da alienação[7].

3. O ART. 685-C DO CPC (ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR NAS EXECUÇÕES CIVIS)

3.1. Generalidades

O art. 700 do CPC – revogado pela Lei nº 11.382/2006 – permitia que o juiz atribuísse a corretor de imóveis inscrito na entidade oficial da classe a intermediação na alienação do imóvel penhorado. Tal dispositivo difere do atual art. 685-C, pois não tratava de uma alienação por iniciativa particular, mantendo-se a feição de venda pública. Enquanto aquela hipótese era excepcional e se restringia a imóveis, a atual forma de expropriação é considerada geral, devendo anteceder a alienação por hasta pública, que passou a ser residual. Ademais, a alienação por iniciativa particular de que trata o art. 685-C não se restringe a imóveis, podendo realizar-se tanto para a venda de um móvel como para a de um imóvel.

É bem verdade que a alienação por iniciativa particular pode ser realizada por um corretor designado pelo juiz. A possibilidade de nomeação de corretor para intermediar a alienação não desfigura, entretanto, a essência do meio executivo; o corretor exerce

---

âmbito dos juizados especiais cíveis. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 574.

4. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, n. 20.1.3, p. 184-185.
5. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 386.
6. REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à lei 9.099, de 26/09/1995*. Recife: Bagaço, 1996, p. 300. Assim também: TEIXEIRA, Sérgio Torres. Processo de execução no âmbito dos juizados especiais cíveis. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 574.
7. "Desarrazoado e contrário aos princípios orientadores do próprio Juizado, é postergar a satisfação do crédito do exeqüente, em face de uma pequena ou insignificante diferença verificada." (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 386). Segundo Alexandre Freitas Câmara, somente é possível a venda por preço inferior ao da avaliação, caso haja concordância de *ambas* as partes (*Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, n. 20.1.3, p. 184).

funções análogas às do porteiro e às do leiloeiro, que se somam aos deveres inerentes à sua atividade profissional[8].

As regras pertinentes à alienação por iniciativa particular constam do já mencionado art. 685-C do CPC, as quais passam a ser adiante examinadas.

3.2. Requisitos objetivos e subjetivos

A alienação por iniciativa particular somente é cabível, se não tiver havido adjudicação do bem penhorado. Se o exeqüente ou qualquer um dos legitimados a que alude o § 2º do art. 685-A do CPC não requerer a adjudicação do bem penhorado, resta possível a alienação por iniciativa particular. Vale dizer que a *ausência de adjudicação* constitui o requisito objetivo para a alienação por iniciativa particular.

No momento previsto no parágrafo único do art. 685 do CPC[9], deve o exeqüente ser intimado para definir sobre os atos de expropriação de bens, deliberando se pretende adjudicar o bem penhorado ou se almeja seja levada a efeito a alienação por iniciativa particular ou a alienação por hasta pública[10].

Contrariamente ao que dispunha o antigo art. 700 do CPC, que se referia apenas a bens imóveis, o art. 685-C permite a alienação particular de quaisquer bens penhorados, podendo ser utilizada na venda de imóveis ou móveis[11]. A assertiva tem a confirmá-la o § 2º do próprio art. 685-C, segundo o qual, formalizada a venda por termo nos autos, expede-se carta de alienação do *imóvel* para o devido registro imobiliário, ou, se o bem for *móvel*, mandado de entrega ao adquirente.

Literalmente, o art. 685-C do CPC estabelece que cabe ao exeqüente a escolha deste meio executivo, de sorte que não poderia o executado ou mesmo o juízo lhe impor essa opção[12]. Muito embora a *letra* do dispositivo atribua apenas ao exeqüente a legitimidade para requerer a alienação por iniciativa particular, deve-se admitir, em respeito ao princípio da isonomia e ao princípio da menor onerosidade (CPC, art. 620), que o executado também a requeira, devendo o juiz deferi-la, desde que não haja prejuízo para o exeqüente[13] ou desde que haja concordância deste último[14]. A questão há de ser resolvida *in concreto*, levando-se em conta que cabe ao órgão jurisdicional reprimir eventual *abuso do direito*

---

8. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 731.
9. "*Parágrafo único*. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens".
10. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 285, p. 730-731.
11. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007, n. 4.4, p. 92; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 285, p. 730.
12. KNIJNIK, Danilo. *A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 164, p. 246.
13. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3*. São Paulo: RT, 2007, p. 156.
14. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 381.

processual do exeqüente, que, sem justo motivo, se negue a aceitar a prática deste meio de expropriação. Incide o princípio da boa-fé processual (ver o v. 1 deste *Curso*, capítulo de princípios), que impede condutas abusivas no processo (art. 14, II, CPC).

> Com efeito, a alienação por iniciativa particular pode ser requerida ao juiz pelo exeqüente ou pelo executado. Conquanto a lei confira apenas ao exeqüente a possibilidade de formular tal requerimento, impõe-se permitir que o executado também o faça, quando evidente a ausência de prejuízo ao exeqüente e demonstrada ser essa forma menos onerosa ao próprio executado.

Sabe-se que a expropriação se realiza, segundo o art. 612 do CPC, em proveito do exeqüente. Também é sabido que a execução deve processar-se pela forma menos gravosa para o executado, a teor do art. 620 do CPC. Há, como se vê, uma colisão entre princípios na execução. O princípio da efetividade choca-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios fundamentam aquelas regras: de um lado, a execução deve satisfazer os interesses do exeqüente, sendo a mais efetiva possível (CPC, art. 612), desde que, por outro lado, seja adotado o meio menos gravoso para o executado, não afetando sua dignidade humana (CPC, art. 620).[15]

O que se pretende deixar assentado é que, sem embargo de a *letra* do art. 685-C do CPC atribuir apenas ao exeqüente legitimidade para requerer a alienação por iniciativa particular, ao executado também se deve franquear tal legitimidade, se, no caso concreto, restar evidente ser essa a melhor forma de satisfação do crédito, atendendo, a um só tempo, os interesses do exeqüente (tornando *efetiva* a execução) e os interesses do executado (sobressaindo como meio *menos* oneroso). Em vista da proporcionalidade realizada no caso concreto, pode-se admitir que o executado requeira a alienação por iniciativa particular, desde que não se imponha ao exeqüente a tarefa de realizar tal alienação; caberá ao executado – por si ou por intermédio de corretor credenciado – realizar a venda particular.

Bem se poderia afirmar ser desnecessário ao executado requerer a alienação por iniciativa particular, bastando-lhe colocá-lo à venda, já que é o proprietário do bem. Impõe-se, contudo, ao executado obter a autorização judicial, para que não se considere ter a venda se operado em fraude à execução. Ademais, é possível que, feita a penhora, o bem seja subtraído da posse do executado, sendo entregue a depositário público ou particular (CPC, art. 666)[16], dificultando, senão impedindo, a venda feita por iniciativa particular do executado.

A alienação por iniciativa particular pode ocorrer tanto antes como depois de iniciado o procedimento de venda por hasta pública[17], desde que ainda não realizada a arrematação.

---

15. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 82-110.
16. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3*. São Paulo: RT, 2007, p. 157.
17. LAMY, Eduardo de Avelar. "Considerações sobre a fase de expropriação na nova sistemática da execução civil". *Execução civil e cumprimento da sentença*. BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). São Paulo: Método, 2007, p. 91.

Se já tiver sido efetivada a arrematação e assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, será, a partir daí, considerada perfeita, acabada e irretratável (CPC, art. 694), não podendo mais haver adjudicação, nem alienação por iniciativa particular. A alienação por iniciativa particular já não será possível, quando realizada a arrematação, mesmo que não se tenha ainda concretizado a assinatura do respectivo auto.

3.3. Participação facultativa de corretor

A regra que prevê a alienação por iniciativa particular permite que o juiz lance mão de intermediário, conhecedor do ramo, para mediar a realização do negócio, podendo o corretor, no exercício de seu mister, opinar sobre o preço, esclarecer o interessado sobre as formalidades de sua proposta, além de acompanhá-lo nas tratativas negociais com as partes interessadas[18].

Ao designar corretor para intermediar a alienação por iniciativa particular, o juiz deve fixar o valor da comissão de corretagem, levando em conta os *usos comerciais* do local e o valor do bem. O Código de Processo Civil não estabeleceu quanto deva ser a comissão de corretagem, nem qual o percentual a ser definido pelo juiz; caberá ao magistrado verificar as peculiaridades do caso concreto e, então, fixar o valor ou o percentual da comissão. É conveniente que o exeqüente ajuste com o corretor sua remuneração, submetendo tal acerto ao crivo do juiz[19], somente sendo paga a comissão, se concretizada a venda; não efetivada a alienação, não deve o corretor perceber a comissão fixada pelo juiz[20].

O art. 685-C do CPC alude à figura do "corretor", que pode intermediar a venda de um móvel ou de um imóvel[21]. Neste último caso, a intermediação deve ser feita por um corretor de imóveis, inscrito na respectiva autarquia de classe (Lei n. 6.530/1978, art. 2º)[22]. Tradicionalmente, o termo *corretor* é utilizado para designar o intermediário na venda de imóveis, sendo nesse sentido utilizado no revogado art. 700 do CPC. O legislador afastou-se, contudo, dessa utilização tradicional, de sorte que o corretor, na alienação por iniciativa particular, pode intermediar a venda do bem penhorado, independentemente de ser um móvel ou imóvel[23]. Não é sem razão, aliás, que o § 2º do próprio art. 695-C estabelece que, formalizada a venda por termo nos autos, expede-se carta de alienação do *imóvel* para o devido registro imobiliário, ou, se o bem for *móvel*, mandado de entrega ao adquirente. Note, porém, que nem todos os *corretores* são vinculados a um conselho de fiscalização profissional, como o são os corretores imobiliários.

O corretor, nos termos do § 3º do art. 685-C, deve estar em exercício profissional por não menos de cinco anos, cabendo à parte indicar ou ao juiz designar um dentre os

18. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 731.
19. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 732.
20. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 387-388.
21. Para Marcelo Abelha Rodrigues, o artigo cuida apenas do corretor de imóvel (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 378).
22. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 732.
23. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007, p. 381.

credenciados, na forma estabelecida em provimento editado pelo respectivo tribunal[24]. O credenciamento confere ao corretor a condição de auxiliar eventual da Justiça, a exemplo do que sucede com o perito[25]. Não existindo credenciamento prévio, justamente por não haver ainda regulamentação específica[26], cabe ao juiz nomear corretores de sua confiança, respeitado o tempo mínimo da experiência profissional exigido[27]. Nesse caso, basta o corretor prestar compromisso, tal como o perito[28].

A ausência de regulamentação pelo respectivo tribunal não impede, como se vê, a realização de tal meio expropriatório, exatamente porque o art. 685-C do CPC já tem plena eficácia, não se tratando de norma de eficácia contida ou dependente de regulamentação. A regulamentação tem finalidade *complementar*, agregando ao referido dispositivo um maior detalhamento do procedimento a ser observado pelo órgão jurisdicional[29].

3.4. Procedimento e condições do negócio

A alienação por iniciativa particular tem início com o requerimento do exeqüente (ou do executado, conforme defendido no item 3.2. supra), finalizando-se com a expedição da carta de alienação[30].

Não obstante o silêncio da norma, a parte contrária deve ser intimada para pronunciar-se sobre o pedido de alienação por iniciativa particular, a fim de que lhe seja assegurado o direito de participar do convencimento do juiz, em atendimento à garantia constitucional do contraditório[31].

Ao deferir o requerimento para que se realize a alienação por iniciativa particular, o juiz deve estabelecer os elementos do negócio, fixando o prazo para sua realização, além de estabelecer a forma de publicidade, o preço mínimo da alienação, as condições de

---

24. A exigência de cadastramento prévio é objeto de críticas desferidas por Daniel Amorim Assumpção Neves (*Reformas do CPC 2*,. cit., p. 382-383).
25. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático.* São Paulo: Método, 2007, n. 4.4, p. 92.
26. Na forma da Resolução nº 160/2011 do CJF – Conselho de Justiça Federal, art. 2º, o credenciamento dos corretores pressupõe preenchimento de condições constantes em edital de credenciamento expedido por diretores de foro das seções ou subseções judiciárias. O art. 3º considera requisitos mínimos para o credenciamento, além de outros previstos no edital, a comprovação de inscrição no CRECI, se corretor de imóveis, a comprovação de exercício da profissão de corretor por não menos de cinco anos – por certidão do CRECI ou outro meio idôneo – e apresentação de certidão negativa de Justiça Estadual e Federal.
27. CÂMARA, Alexandre Freitas. "O novo regime da alienação de bens do executado". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, v. 148, jun. 2007, p. 238.
28. ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 732.
29. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 191.
30. Nos termos da Resolução nº 160/2011 do CJF, art. 4º, no requerimento o exequente deverá esclarecer se ultimará o negócio pessoalmente ou por corretor credenciado. E, nos termos do art. 14 da mesma Resolução, a alienação pode ser em ambiente virtual, observado, no que cabível, a Resolução nº 925/2009, CJF.
31. KNIJNIK, Danilo. *A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 165, p. 247.

pagamento, as garantias a serem prestadas e, se nomear corretor, a comissão de corretagem[32]. O órgão jurisdicional deve ter a cautela de não complicar demais o procedimento da alienação particular, que se apresenta mais vantajosa do que a hasta pública exatamente pela "cooptação do adquirente" e a "dispensa de publicação dos editais"[33]. Não se deve, por exemplo, criar exigências publicitárias que onerem sobremaneira a execução[34].[35]

> Marcelo Abelha Rodrigues sugere que, dentro das regras da alienação judicial, que devem ser fixadas pelo juiz, seja possível a troca do depositário oficial, que normalmente é o devedor, "se entender que em cada caso concreto o sucesso da alienação depende de que o exeqüente seja depositário do bem", como é o caso da alienação de veículos automotores[36].

A alienação deverá ser feita com tais elementos, estabelecidos previamente pelo juiz. As peculiaridades do mercado e as vicissitudes de qualquer negociação podem impor, contudo, que a venda seja feita em desconformidade com o quanto estabelecido pelo juiz, desde que o juiz assim o permita em decisão posterior, contando com prévia concordância

---

32. Assim, atribuindo ao juiz a tarefa de fixar tais elementos do negócio, tem-se o art. 5º da Resolução nº 160/2011 do CJF, que acrescenta que a comissão de corretagem não deve ultrapassar o montante de 5% do valor da transação (art. 5º, "e"). Além disso, prevê que: "havendo pagamento parcelado, a comissão do corretor ou leiloeiro será retida e paga proporcionalmente, à medida que as parcelas forem sendo adimplidas" (art. 5º, parágrafo único), mas não sem antes a proposta de pagamento parcelado ser apresentada por corretor ao juiz, com condições de pagamento e garantias (art. 9º), que ouvirá as partes a seu respeito (art. 10º).
33. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 732.
34. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 732.
35. Conforme art. 6º da Resolução 160/2011 do CJF, caberá ao corretor a divulgação publicitatória com dados indispensáveis sobre procedimento e bens ali previstos, a saber, nos seguintes termos: "Art. 6º Caberá ao corretor a divulgação publicitária da alienação por iniciativa particular, devendo apresentar dados indispensáveis sobre o procedimento e os bens a serem alienados, a saber: I – o número do processo judicial e a vara onde se processa a execução; II – a data da realização da penhora; III – a existência ou não de ônus ou garantias reais, de penhoras anteriores sobre o imóvel em outros processos contra o mesmo devedor e de débitos fiscais federais, estaduais o municipais; IV – fotografia do bem, sempre que possível, como informação suplementar, em caso de imóvel, de estar desocupado ou ocupado pelo executado ou por terceiro; V – o valor da avaliação judicial; VI – o preço mínimo fixado para a alienação; VII – as condições de pagamento e as garantias que haverão de ser prestadas na hipótese de proposta de pagamento parcelado; VIII – a descrição do procedimento, notadamente quanto ao dia, horário e local na hipótese em que serão escolhidas as propostas; IX – a informação de que a alienação poderá formalizada por termo nos autos da execução; X – a informação de que a alienação poderá ser julgada ineficaz nas seguintes hipóteses: a) se não forem prestadas as garantias exigidas pelo juízo; b) se o proponente provar, nos cinco dias seguintes ao da assinatura do termo de alienação, a existência de ônus real ou gravame até então não mencionado; c) se a alienação se realizar por preço que vier considerado vil pelo juiz; e d) se não houver prévia notificação da alienação ao senhorio direto e ao credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada quando não seja parte na execução (art. 698 do CPC); XI – o nome do corretor responsável pela intermediação, endereço e telefone, número do cadastro de pessoa física (CPF), do registro geral (RG) e da inscrição no Conselho Regional de Imóveis (CRECI); XII – o percentual da comissão de corretagem arbitrado pelo juiz, a cargo do proponente. Parágrafo único. Além, das informações previstas neste artigo, outras que se mostrem relevantes para o aperfeiçoamento da alienação por iniciativa particular deverão ser prestadas.
36. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3ª ed., cit., p. 378.

do exeqüente e do executado[37]. É possível, com efeito, que a alienação somente se concretize após o prazo fixado pelo juiz, ou que as condições de pagamento tenham sido negociadas diferentemente do que fora estabelecido na decisão judicial, ou, ainda, que o valor da venda seja um pouco inferior àquele fixado pelo magistrado.

Em prol da efetividade, é preciso que se interpretem essas regras com alguma flexibilidade, conferindo-se certa margem de negociação ao particular ou corretor incumbido da realização do negócio para, então, autorizar a alienação por iniciativa particular por preço inferior ao fixado pelo juiz, ou com condições de pagamento e garantias diferentes das que foram estabelecidas ou, até mesmo, em prazo superior ao estipulado[38], desde que tanto o exeqüente quanto o executado concordem com tal flexibilização, chancelada por posterior decisão do juiz.

O § 1º do art. 685-C do CPC prevê que o juiz deve fixar o preço mínimo, reportando-se, no particular, ao art. 680 do mesmo diploma legal, cujo teor trata da avaliação do bem penhorado. Daí se pode inferir que o preço, na alienação por iniciativa particular, não deve, aparentemente, ser inferior ao da avaliação[39]. Se, contudo, o executado concordar, poderá o bem ser alienado por valor inferior ao da avaliação[40], em virtude de vicissitudes do mercado, de variações econômicas, de desvalorização do bem penhorado ou de defasagem no valor da própria avaliação. Ao juiz se impõe, para evitar situações como essa, estabelecer a correção monetária do valor da avaliação, fixando o indexador a ser utilizado quando da definição dos elementos do negócio[41].

O que se percebe, em verdade, é que o art. 685-C do CPC não impõe, expressamente, obediência ao valor da avaliação, referindo-se, apenas, ao art. 680 do CPC, que autoriza o oficial de justiça a avaliar o bem e somente em casos excepcionais, quando necessário conhecimento específico, exige a presença de avaliador oficial. Aqui, o legislador não previu, expressamente, o valor da avaliação como o limite mínimo a ser observado, tal como o fez no caso de adjudicação, que, por inequívoca previsão do art. 685-A, estabelece ser lícito ao exeqüente, "oferecendo preço não inferior ao da avaliação", requerer seja-lhe adjudicado o bem penhorado. É certo, porém, que vale a regra de que a alienação

37. É o que parece autorizar o art. 8º da Resolução nº 160/2011 do CJF: "Não se harmonizando as propostas com as condições fixadas pelo juízo para a efetivação da alienação por iniciativa particular, a questão será submetida à apreciação judicial, ouvidas as partes".
38. KNIJNIK, Danilo. *A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 165, p. 247-248.
39. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 733; CÂMARA, Alexandre Freitas. "O novo regime da alienação de bens do executado", cit., p. 238.
40. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3*. São Paulo: RT, 2007, p. 157. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. "O novo regime da alienação de bens do executado", cit., p. 238.
41. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 189.

não pode ser por preço vil[42] (aplicação analógica do art. 692, *caput*, CPC, que de resto é concretização do princípio de proteção do executado).

A referência ao art. 680 do CPC deve ser entendida como uma mera indicação, a nortear a fixação a ser feita pelo juiz, nada impedindo que o valor da alienação seja inferior ao da avaliação, se as exigências do mercado assim apontarem. A propósito, assim observa Daniel Amorim Assumpção Neves: "O juiz, portanto, para fixar o valor indicado pelo dispositivo legal ora comentado deverá levar em conta a avaliação, mas somente para ter uma base para a fixação do mínimo a ser alcançado pela alienação particular. Deve levar em conta especialmente o preço que o bem obteria numa futura hasta pública, podendo determinar um valor mínimo que não seja vil, mas que também não chegue ao da avaliação. Nesse caso, caberá ao juiz a aplicação da razoabilidade para, diante das circunstâncias do caso concreto, determinar o valor. No direito espanhol há interessante previsão pela qual o juiz pode fixar um mínimo de 50% do valor avaliado para os bens móveis e de 70% para os bens imóveis, demonstrando o legislador espanhol que se o ideal é a alienação pelo valor da avaliação, pior é realizar a hasta pública (art. 641.3, LEC). No direito brasileiro, como não há previsão semelhante, o juiz deverá razoavelmente fixar um valor que não seja insignificante e que, ao mesmo tempo, atraia interessados na compra"[43].

Tudo está a demonstrar que, em se tratando de alienação por iniciativa particular, alterações supervenientes ou exigências de mercado podem permitir a alteração das condições do negócio. No dizer que Danilo Knijnik, "nada impede que a parte interessada requeira a modificação da resolução autorizativa, seja quanto a prazo, seja preço e garantias"[44]. Significa, em outras palavras, que, em princípio, a decisão está sujeita à preclusão, ressalvada a superveniência de fatos ou elementos novos que imponham a modificação das condições impostas pelo juiz.

3.5. Termo de alienação

Concluída a tratativa pessoal ou virtual (neste último caso, por meio eletrônico permitido pelo juiz ou disciplinado pelo tribunal respectivo), a alienação será firmada por termo nos autos, expedindo-se carta de alienação do *imóvel* para o devido registro imobiliário, ou, se o bem for *móvel*, mandado de entrega ao adquirente.

À carta de alienação aplicam-se, por analogia, as regras pertinentes à carta de adjudicação contidas no parágrafo único do art. 685-B do CPC, que prevê seus requisitos formais[45], e que será examinada no capítulo próprio.

Vale dizer que alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exeqüente e pelo adquirente. Se o executado estiver presente, também deve assinar.

---

42. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 732.
43. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*, cit., p. 386-387.
44. *A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 167, p. 249.
45. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*, cit., p. 388.

Sua presença, contudo, não é necessária, podendo formalizar-se o negócio sem sua assinatura, visto tratar-se de medida executiva forçada ou de meio sub-rogatório, levado a efeito mesmo contra sua vontade[46].

Em se tratando de alienação de imóvel, a carta deve conter a sua descrição, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do termo de alienação e a prova de quitação do imposto de transmissão.

4. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS DA ARREMATAÇÃO

As regras sobre a hasta pública devem ser aplicadas subsidiariamente à alienação por iniciativa particular, como, por exemplo, as regras que limitam a legitimidade para aquisição de bem em venda judicial (art. 690-A, CPC) e as regras de desfazimento da arrematação (art. 694, § 1º, CPC)[47].

46. Assim, art. 11 da Resolução nº 160/2011 do CJF.
47. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 734.

Capítulo XXI
ARREMATAÇÃO

Sumário • 1. Conceito e natureza jurídica – 2. O edital – 3. Preço vil (art. 692, CPC) – 4. Legitimidade para arrematar (art. 690-A, CPC) – 5. Forma de pagamento (art. 690, CPC) – 6. Arrematação global (art. 691, CPC) – 7. Hasta pública eletrônica (art. 689-A, CPC) – 8. Alienação de imóvel (praça): 8.1. Generalidades; 8.2. Carta de arrematação; 8.3. Alienação de imóvel de incapaz (art. 701, CPC); 8.4. Alienação de imóvel que permite cômoda divisão (art. 702, CPC) – 9. Alienação de móveis (leilão) – 10. Auto de arrematação (art. 693, CPC) – 11. Arrematação "perfeita, acabada e irretratável" (art. 694, *caput*, CPC) – 12. Desfazimento da arrematação (art. 694, § 1º, CPC): 12.1. Sistematização das hipóteses de desfazimento da execução; 12.2. Desistência ou revogação da arrematação; 12.3. Invalidade da arrematação; 12.4. Resolução da arrematação; 12.5. Ineficácia da arrematação por desrespeito ao art. 698 do CPC – 13. Suspensão da hasta pública (art. 689, CPC) – 14. Transferência da hasta pública (art. 688, CPC) – 15. Encerramento da hasta pública (art. 692, CPC) – 16. Efeitos da arrematação: 16.1. Efeitos da alienação forçada: por iniciativa particular ou em hasta pública; 16.2. Efeitos no plano material: 16.2.1. Título e modo da aquisição; 16.2.2. Responsabilidade tributária do adquirente; 16.2.3. Responsabilidade do adquirente pelas despesas condominiais; 16.2.4. Posse da coisa adquirida; 16.2.5. Alienação de bem objeto de locação ou comodato; 16.2.6. Purgação dos direitos reais de garantia; 16.2.7. Direito aos frutos do bem; 16.2.8. Traspasso dos direitos reais de gozo; 16.3. Efeitos no plano processual: 16.3.1. Conversão coativa da penhora; 16.3.2. Dever de pagar o preço; 16.3.3. Preclusão do direito de argüir a impenhorabilidade do bem arrematado – 17. Alienação judicial e as pretensões redibitória e de abatimento do preço (art. 441 do Código Civil) – 18. Alienação judicial e evicção (art. 447 do Código Civil).

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A penhora não basta à satisfação do credor de quantia certa. A penhora é apenas um passo para a satisfação do crédito. Não adjudicado o bem pelo credor-exeqüente, é preciso convertê-lo *forçadamente* em dinheiro.

Essa conversão coativa do bem penhorado em dinheiro dá-se ou pela *adjudicação*, quando feita por algum dos legitimados que não seja o credor-exeqüente (art. 685-A, CPC), ou pela *alienação judicial* do bem, feita por *iniciativa particular* ou por *hasta pública*. Nesses três casos, transfere-se a alguém o bem penhorado, após o pagamento do respectivo preço, que será distribuído conforme a ordem de preferência sobre o bem penhorado.

A *adjudicação* e a *alienação por iniciativa particular* já foram examinadas.

A *alienação por iniciativa particular* e a *alienação em hasta pública* assemelham-se bastante. São substancialmente idênticas (expropriação forçada do patrimônio do executado); distinguem-se no procedimento.

A *alienação judicial* assemelha-se a um contrato de compra e venda. Exatamente porque com ele apenas se assemelha, *não* é um contrato de compra e venda. Há, na alienação judicial, a presença soberana do Estado, que exerce o poder de expropriar o patrimônio do executado, mesmo contra a sua vontade[1].

---

1. Como viu, pioneiramente, em nível mundial, BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1935, p. 161. A primeira edição deste livro é de 1855. Na Europa, essa visão foi difundida por

> CARNELUTTI considerava que o Estado *administra* o patrimônio do devedor, para tutelá-lo[2]. O Estado não age em nome do devedor, em seu favor. Ao contrário, "A atuação do poder estatal beneficia o credor em detrimento do devedor"[3]. Como afirma PONTES DE MIRANDA, em sua dura crítica à teoria de CARNELUTTI: "o devedor sofre a execução; a execução é, por definição, coerção nos bens...; a proteção à tutela jurídica é, acrescentemos, ao credor, que é o autor da ação executiva, isto é, da ação para a solução *forçada* da dívida"[4].

Há, ainda, um *negócio jurídico bilateral de direito público*[5]: o Estado promove a alienação do bem e um terceiro propõe-se a adquiri-lo. A fusão desses dois atos jurídicos gera a alienação judicial. Duas declarações de vontade se juntam para a formação de um negócio jurídico: de um lado, o convite do Estado a que se faça alguma oferta (*invitatio ad offerendum*); de outro, a oferta do licitante[6]. Forma-se uma relação jurídica de direito público.

> Há três atos, portanto: o edital para a hasta pública, a oferta do licitante e a aceitação pelo Estado da oferta Os dois últimos são negócios jurídicos unilaterais, que geram o negócio bilateral que é a alienação do bem[7]. O primeiro ato é *ato jurídico em sentido estrito*[8], *comunicação de vontade*; "o que constitui *declaração de vontade* é o bater do martelo, que significa 'houve oferta última'"[9]. O negócio jurídico formado *não* é um contrato.
>
> A explicação de PONTES DE MIRANDA parece ser definitiva: "negar-se que seja contrato a hasta pública, com a arrematação, a adjudicação, ou a remição, não é negar-lhe a negocialidade, nem, sequer, a bilateralidade negocial; é apenas negar-lhe a

---

Heinrich Dernburg, em 1864, nove anos depois da obra do processualista pernambucano. Assim, não é correta a afirmação de Cândido Dinamarco de que o livro de Paula Baptista é de 1885, posterior à obra de Dernburg (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 553). No sentido de que se trata de ato de direito público, praticado no exercício da soberania estatal, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 263-264; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 700; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 109; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 553; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 258.

2. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 298-299 e p. 338.
3. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 701. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 258.
4. MIRANDA, Francisco Cavalcauti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 263. A idéia de que "a entrega do ramo representa o consentimento do executado pela interposta pessôa do juiz, é uma ficção futil e pueril". (BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1935, p. 161.) Críticas à concepção de Carnelutti podem ser lidas, ainda, em LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 109-110.
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 265; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., p. 701-702.
6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 265.
7. Em sentido contrário, entendendo que os "dois atos são heterogêneos e distintos e não se fundem para dar lugar a único ato bilateral, apenas um condiciona o outro e os efeitos são produzidos unicamente pelo ato do órgão judicial", LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3ª ed., cit., p. 115.
8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 270.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 272.

> contratualidade. Quando algum jurista investe, armas em riste, contra a afirmação de ser negocial a arrematação, ataca o quartel vizinho àquele que tinha de atacar, aquele que pertence aos contratos" [10].

Bem pensadas as coisas, o terceiro adquirente, ao formular a sua proposta, *demanda* uma decisão constitutiva que lhe atribua a propriedade de determinado bem, de acordo com a sua proposta[11].

A *alienação judicial* é um meio para obter o dinheiro a que tem direito o exeqüente. Nesse aspecto, a expropriação judicial distingue-se da desapropriação administrativa, que é o fim mesmo do ato estatal[12].

Já se viu, no capítulo anterior, que a aquisição do bem pode ser feita por *alienação por iniciativa particular*. Neste capítulo, cuidaremos da aquisição do bem em *hasta publica*, pela *arrematação*.

Arrematar é pôr fim à hasta pública, "pôr o remate, o termo, o ponto final" [13]. Havia o costume de o pregoeiro/leiloeiro dizer: "Há quem mais dê? Se não, arremato". "Quer dizer, considerava findo, entregava o *ramo*, que em alguns países o porteiro tinha à mão"[14]: nesse momento, o Estado aceita a oferta do licitante e consuma o negócio jurídico de transferência do domínio sobre a coisa.

A arrematação, embora encerre a hasta pública, não é o último ato no procedimento de alienação judicial do bem: ainda há o *auto de arrematação*, que a torna "perfeita, acabada e irretratável" (art. 694, CPC), e a *carta de arrematação*.

A *arrematação* é, portanto, o negócio jurídico de direito público, pelo qual o Estado, no exercício de sua soberania, transfere, ao licitante vencedor, o domínio da coisa penhorada, mediante o pagamento do preço.

2. O EDITAL

A *arrematação* é o ato que encerra o procedimento de *expropriação* do patrimônio do executado. O procedimento inicia-se com a penhora. Não adjudicado o bem, nem alienado por iniciativa particular, é preciso aliená-lo em hasta pública. Para tanto, o Estado *convoca* os interessados a oferecer as suas propostas de aquisição (*invitatio ad offerendum*). O ato de convocação se materializa no edital: como ao Estado "não é dado escolher o adquirente", "há oferta pública do bem penhorado"[15].

---

10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 270-271.
11. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 264; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 557.
12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 266; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 699-700.
13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 267.
14. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 260.
15. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 734.

O edital deve conter (art. 686 do CPC): "I - a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; II - o valor do bem; III - o lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e, sendo direito e ação, os autos do processo, em que foram penhorados; IV - o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel; V - menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados; VI - a comunicação de que, se o bem não alcançar lanço superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lanço (art. 692)".

O respeito aos requisitos do edital é muito importante. A falta de qualquer deles pode levar à invalidade da arrematação, obviamente se disso resultar algum prejuízo àquele se busca proteger com a exigência. Por exemplo, o desrespeito ao inciso V do art. 686 pode levar ao desfazimento da arrematação, por invalidade, a requerimento do arrematante (art. 694, § 1º, III, CPC). É preciso mencionar no edital a existência de hipoteca, usufruto, contrato de aluguel, penhora, anticrese etc. que recaiam sobre o bem penhorado, além da existência de recurso ou ação em que se discuta o título executivo ou o bem penhorado[16].

Observe que o legislador procedeu à distinção entre *praça*, hasta pública de bem *imóvel*, e *leilão*, referente a bem *móvel* (art. 686, IV, CPC). Há necessidade de menção do *local* do leilão, pois, conforme o § 2º do art. 686, ele será realizado onde estiverem os bens, ou no lugar designado pelo juiz; já a *praça* realizar-se-á no átrio (no prédio do fórum, "pois raramente as edificações exibem tais requintes arquitetônicos"[17]) do edifício do fórum. A praça é conduzida pelo *porteiro* e o leilão, pelo *leiloeiro*. É preciso atentar, porém que se se tratar de bens negociáveis em bolsa de valores, é nela que será realizado o leilão público (art. 704, CPC).

> Essa distinção não tem importância teórica. Substancialmente, *leilão* e *praça* servem ao mesmo propósito: expropriar. Veja, por exemplo, que a Lei n. 6.830/1980, que cuida da execução fiscal, denomina a hasta pública, qualquer que seja o bem, de *leilão* (art. 23).

O edital já contará com a convocação para uma segunda *hasta pública*, para o caso de não haver, na primeira, oferta pelo preço da avaliação. Na segunda hasta pública, o bem poderá ser arrematado por preço inferior ao da avaliação, desde que não seja vil (art. 692 do CPC). Sobre o que seja "preço vil", ver item seguinte. Curiosa, porém, a estratégia do legislador: avisa de logo aos interessados que haverá uma segunda hasta pública, em que se pode arrematar o bem por preço *inferior* ao da avaliação. O comparecimento à primeira hasta pública, em que o valor mínimo é o valor da avaliação, é, ao que parece, *desestimulado*. É o que se vê na prática forense, ressalvados os casos em que o valor da avaliação é "convidativo", apontando que um bom negócio será firmado.

16. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 737-738.
17. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 737.

O valor do bem (art. 686, II, CPC) é o valor da avaliação. Se o bem a ser alienado for título ou mercadoria, que tenha cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação oficial, o valor (art. 686, II, CPC) será "o da última cotação anterior à expedição do edital" (art. 686, § 1º, CPC).

Pode-se dispensar a publicação de edital se o valor dos bens penhorados não exceder *sessenta vezes o valor do salário mínimo* vigente na data da avaliação; nesse caso, o preço da arrematação não será inferior ao da avaliação (art. 686, § 3º, CPC). O legislador processual mais uma vez adota o teto de sessenta salários mínimos como indicativo do que seja *causa de pequeno valor*, assim como o fez para o procedimento sumário (art. 275, I, CPC) e para os Juizados Especiais Federais (art. 3º, Lei n. 10.259/2001). Sendo causa de pequeno valor, dispensa-se a publicação do edital e o preço da arrematação não pode ser inferior ao da avaliação, *nem em segunda hasta pública*.

O art. 687 traz regras sobre a publicação do edital.

O edital será afixado no local do costume e publicado, em resumo, com antecedência mínima de cinco dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local (art. 687, *caput*, CPC). Obviamente, só será publicado em jornal de ampla circulação se na comarca houver esse tipo de veículo de imprensa (art. 687, § 2º, CPC). A publicação do edital será feita no órgão oficial, quando o credor for beneficiário da justiça gratuita (art. 687, § 1º, CPC). Os editais de praça (hasta pública de imóvel) serão divulgados pela imprensa preferencialmente na seção ou local reservado à publicidade de negócios imobiliários (art. 687, § 1º, CPC).

O § 2º do art. 687 traz interessante regra, que busca concretizar o princípio da adequação, permitindo a adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto. Diz o texto normativo que, "atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a freqüência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação". Vale-se o legislador de uma *cláusula geral* de adaptação do procedimento da arrematação às nuances do caso concreto. Pode o magistrado, por exemplo, fazer a divulgação da hasta pública no coreto da praça mais freqüentada da cidade, ou nos quadros do clube social, ou determinar que o apresentador da festa mais importante da cidade dê avisos neste sentido etc.

> ARAKEN DE ASSIS dá outros ótimos exemplos de aplicação desta *cláusula geral*: divulgação na "sede do aeroclube, recaindo a penhora em aeronave; na cooperativa; no clube náutico; no boletim da associação de ourives; na imprensa falada e televisada... (...) penhorado espaço-estacionamento em condomínio horizontal, em lugar de publicar o edital na imprensa, o órgão judiciário poderá divulgar a hasta pública, eficientemente, através de carta dirigida aos condôminos e vizinhos"[18].

A possibilidade de edital *eletrônico* é interessantíssima e muito útil, além de estar em consonância com a permissão de que *todo* o procedimento de *convocação* dos interessados

18. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 741.

seja feito pela rede mundial de computadores (art. 689-A, CPC), examinado em item mais à frente.

> O objetivo é, como se vê, dar a maior publicidade possível à hasta pública. Impressiona ler, hoje, o que disse FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, em 1855: "A imprensa não era para os antigos o que é hoje para nós, *um meio poderoso de publicidade*; assim, a publicação dos editaes e do dia da arrematação nos jornaes, supposto não figure no antigo systema de arrematações como um preceito de lei, todavia, nos logares onde actualmente ha imprensa, é um acto de que se não deve prescindir"[19].

Para facilitar o procedimento, principalmente diminuindo o seu custo, "O juiz poderá determinar a reunião de publicações em listas referentes a mais de uma execução" (art. 687, § 4º, CPC).

Não se realizando, por motivo justo, a praça ou o leilão, o juiz mandará publicar pela imprensa local e no órgão oficial a transferência (art. 688 do CPC). O escrivão, o porteiro ou o leiloeiro, que culposamente der causa à transferência, responde pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz aplicar-lhe a pena de suspensão por 5 (cinco) a 30 (trinta) dias (art. 668, par. ún. CPC).

É imprescindível que o executado, aquele cujo bem foi levado à hasta pública (e apenas ele!, mesmo que haja outros executados)[20], seja ele o devedor ou o responsável[21], tenha ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (art. 687, § 5º, CPC). É imposição do princípio do contraditório, que garante ao executado o direito de fiscalizar o procedimento de expropriação do seu patrimônio. Trata-se de mais uma oportunidade de o executado remir a execução (art. 651, CPC), impedindo a alienação judicial do bem.

Parece correto exigir a intimação também do cônjuge do executado, se o bem alienado for imóvel, já que, como visto, neste caso, haverá litisconsórcio necessário ulterior entre o executado e o seu cônjuge (ressalvado o caso de casamento sob o regime da separação absoluta)[22].

3. PREÇO VIL (ART. 692, CPC)

Como visto, se o bem não for arrematado na primeira hasta pública pelo preço mínimo da avaliação, poderá sê-lo em segunda hasta, por preço inferior ao da avaliação, desde que não seja vil (art. 692 do CPC)[23].

Preço vil é um conceito composto por *termos indeterminados*. Caberá ao órgão jurisdicional, à luz das circunstâncias do caso concreto e valendo-se das *regras da experiência*, definir o que seja preço vil. Não há um conceito *a priori* do que seja "preço vil".

---

19. BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1935, p. 157.
20. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 742.
21. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 743.
22. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 743.
23. Art. 692 do CPC: "Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil".

ARAKEN DE ASSIS anota que é possível identificar, no CPC, um parâmetro para aquilatar a vileza da oferta do arrematante. O art. 701, que cuida da alienação de imóvel de incapaz, determina o adiamento da hasta pública, se não for alcançado o valor de pelo menos 80% da avaliação[24]. Pode-se afirmar, assim, por ser bastante razoável, que se o preço oferecido for superior a 80% do valor da avaliação, *não há vileza*.

A oferta vil pode ser recusada pelo juiz, até mesmo de ofício, em decisão que pode ser impugnada por agravo de instrumento.

A arrematação por preço vil pode ser invalidada (art. 694, § 1º, V, CPC).

Note que se trata de regra que protege tanto o exeqüente, que não verá o bem penhorado ser alienado por um valor irrisório, como o executado, que não sofrerá uma diminuição iníqua do seu patrimônio.

4. LEGITIMIDADE PARA ARREMATAR (ART. 690-A, CPC)

Em princípio, é ampla a legitimidade para arrematar: pode arrematar todo aquele que estiver na livre administração de seu patrimônio (art. 690-A, *caput*, CPC). Até mesmo o exeqüente e os demais legitimados a adjudicar (art. 685-A, CPC), não obstante não terem requerido a adjudicação, podem participar da hasta pública, como forma de tentar adquirir o bem por um preço inferior ao da avaliação, desde que não seja vil.

> De acordo com o parágrafo único do art. 690-A, o exeqüente, se vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exeqüente.

De acordo com LEONARDO GRECO, deve-se admitir a arrematação pelo incapaz, desde que representado, "se a aquisição do bem for manifestamente vantajosa para os seus interesses. Assim, por exemplo, se ele já é proprietário do imóvel vizinho ao penhorado e a aquisição resultar em expressiva valorização da sua propriedade anterior"[25].

Há, porém, sujeitos *que não podem arrematar*. Embora capazes civilmente, a lei não lhes concede a legitimidade de praticar o ato jurídico "arrematação", em certas situações. O rol dos ilegitimados está previsto no art. 690-A do CPC, que deve, porém, ser combinado com o art. 497 do Código Civil[26].

Eis o rol do art. 690-A do CPC: 1 - dos tutores, curadores, testamenteiros, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade;

---

24. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 750.
25. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 387.
26. Entendendo que o art. 1.133 do Código Civil de 1916, antecessor do art. 497 do atual Código Civil, apenas se aplica às alienações judiciais em procedimento de jurisdição voluntária (arts. 1.113 e segs., CPC), GUIMARÃES, Luiz Machado. "Sobre a arrematação em hasta pública". *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 236.

II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III - do juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça.

O art. 497 do Código Civil de 2002, que também cuida do tema, trouxe sutis inovações em relação ao texto originário do CPC-73, previsto no § 1º do art. 690, que era o dispositivo que tratava do assunto, antes de a Lei Federal n. 11.382/2006 introduzir o art. 690-A no CPC.

> Eis a redação do art. 497 do Código Civil: "Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados".

Primeiramente, o Código Civil indicou duas novas categorias de pessoas, não catalogadas no antigo § 1º do art. 690 do CPC-73, que não estão autorizadas a adquirir determinados bens, inclusive em hasta pública: "II – pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; IV – pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados". A restrição do inciso II já constava, embora com outra redação, do inciso III do art. 1.133 do Código Civil de 1916, que, por não ter sido reproduzido pelo parágrafo único do art. 690 do CPC-73, encontrava-se revogado. Houve uma ressurreição da regra, no particular, promovida pelo Código Civil de 2002.

Em segundo lugar, o Código Civil deixa claro que a restrição da legitimidade do juiz, escrivão, administrador, depositário, avaliador, perito, oficial de justiça etc. (inciso III do § 1º do art. 690 do CPC-73; inciso III do art. 497 do CC-2002) *refere-se apenas à arrematação que ocorra* "no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade". A ilegitimidade não se restringe aos processos em que atuaram ou podem vir a atuar[27]: ela abarca qualquer processo, desde que ocorre na comarca onde servirem ou até onde exerçam a sua autoridade.

Também aqui se revela o vaivém legislativo: essa ressalva existira no CC-1916 (inciso IV do art. 1.133), mas, por não ter sido reproduzida no CPC-73, estava revogada. Frise-se que andou bem o Código Civil de 2002 ao limitar territorialmente a restrição da legitimidade desses sujeitos.

O problema é que o § 1º do art. 690 do CPC foi revogado pela Lei Federal n. 11.382, que introduziu no mesmo CPC o art. 690-A, com nova lista de não legitimados à aquisição de bem em hasta pública. Há novas incongruências.

---

27. CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 301; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 718; FURTADO, Paulo. *Execução*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 248.

O art. 690-A prevê, corretamente, a restrição de legitimidade para arrematar aos "síndicos ou liquidantes" (inciso I), ampliando a redação do inciso I do art. 497 do CC; "nada impede a lei processual de criar restrições suplementares no âmbito da alienação coativa"[28]. Onde se lê "síndico", convém ler-se "administrador judicial", nova designação prevista na lei de falência.

O texto do art. 690-A do CPC não prevê expressamente, porém, a proibição de o leiloeiro e de seus prepostos arrematarem bens de cuja venda estejam encarregados, como o faz o Código Civil no inciso IV do art. 497. Diante do silêncio do novo texto legal, cabe a pergunta sobre se houve a revogação do Código Civil no particular. Parece que não, por três motivos.

i) O inciso II do art. 690-A prevê que os mandatários não podem adquirir bem de cuja venda estejam encarregados, o que inclui o advogado do executado[29] (*mas não o do exeqüente*[30]). Nesta previsão pode-se encaixar, por analogia, a proibição de o leiloeiro e de seus prepostos arrematar bens. O leiloeiro é encarregado de vender determinado bem; se não é mandatário em sentido estrito, parece não haver dúvida de que se trata de um representante do Estado, agindo em seu nome[31]. É notória a confusão legislativa entre mandato e representação (o art. 653 do CC prevê que a procuração é o instrumento do mandato, quando se sabe que ela é o instrumento da representação, de que é espécie o mandato).

> É possível representação voluntária sem a existência do contrato subjacente de mandato[32]. Aplicam-se, entretanto, supletivamente, à representação voluntária, as normas relativas ao mandato representativo (arts. 120 e 653-691, Código Civil)[33].
>
> O poder de representar é concedido pela procuração, que é a sua fonte, legitimando-se normalmente em outra relação jurídica, de onde retira este poder; relação esta que não é, necessariamente, a de mandato, pois há outras relações negociais básicas que

28. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 718.
29. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 388; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 301; ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*, cit., p. 401; FURTADO, Paulo. *Execução*. 2ª ed., cit., p. 248. Para Araken de Assis, o impedimento do advogado é ético; não invalida, portanto, a aquisição (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 719.)
30. FURTADO, Paulo. *Execução*. 2ª ed., cit., p. 248.
31. "Embora agente autônomo, o ato que pratica é ato judicial por delegação do Juiz da execução, consubstanciando, por isso mesmo, ato de alienação judicial". (THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 565.)
32. "Uma vez que o mandato pode envolver a representação ou não, nem sempre agindo o mandatário em nome do mandante, possível não é confundir as duas figuras jurídicas, cumprindo à doutrina distingui-las..." (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 440.)
33. É importante relembrar que mandato e representação são figuras distintas, pois é possível mandato sem representação. No caso, o mandato a que nos referimos é o representativo, pelo qual o mandatário age em nome do mandante. Sobre a distinção entre mandato representativo e mandato sem representação: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª. ed., cit., p. 449-452; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 46-47.

autorizam a concessão do poder de agir em nome de outrem[34], por exemplo: prestação de serviços, empreitada, expedição, agência, sociedade e preposição mercantil[35].

ii) Relembre-se que a restrição à aquisição pelo leiloeiro e por seus prepostos não existia no texto originário do CPC (antigo art. 690), sendo essa, certamente, a razão do *esquecimento* do legislador reformista, que não atentou para a circunstância de que o tema também havia sido regrado pelo Código Civil.

iii) Como não houve revogação expressa, a permanência da regra do Código Civil está de acordo com os princípios da proteção da moralidade administrativa e da boa-fé: permitir que alguém que esteja vendendo um bem possa ele próprio adquirir esse bem não parece postura eticamente adequada, notadamente quando se está diante de um auxiliar da justiça.

Os motivos "ii" e "iii" justificam, também, a permanência da restrição, prevista no Código Civil (art. 497, II), a que os servidores públicos, em geral, arrematem os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta.

Também permanece em vigor, em razão da sua óbvia razoabilidade, a despeito do silêncio da nova regra do CPC, a limitação territorial da restrição da legitimidade do juiz e dos serventuários à unidade territorial na qual exercem suas funções.

O CPC, porém, inovou, *corretamente*, ao considerar também *ilegítimos* o membro do Ministério Público[36] e o Defensor Público (art. 690-A, inciso III, CPC).

A ilegitimidade estende-se aos cônjuges dos não-legitimados, casados em regime da comunhão de bens[37].

Também não podem arrematar, em uma segunda hasta pública, o arrematante e o seu fiador que, na primeira hasta, não pagaram o preço (art. 695 do CPC).

Enfim, a análise da legitimidade para arrematar pressupõe a harmonização das regras dos arts. 690-A, CPC, e 497, Código Civil.

Todo esse regramento aplica-se à alienação por iniciativa particular.

5. FORMA DE PAGAMENTO (ART. 690, CPC)

O art. 690 do CPC cuida da forma de pagamento da arrematação.

A regra geral é o pagamento à vista, ou, em quinze dias, contados da assinatura do auto de arrematação, mediante o oferecimento de caução, real ou fidejussória (art. 690, *caput*, CPC). O juiz decidirá sobre a idoneidade da caução.

---

34. "...não se justifica a conexão exclusiva a esse contrato, visto que o poder de agir em nome de outrem se vincula igualmente a outras relações contratuais" (GOMES, Orlando. *Introdução ao Estudo do Direito Civil*, 17ª ed., cit., p. 441.
35. GOMES, Orlando, *Introdução ao Estudo do Direito Civil*, p. 437 e p. 443.
36. Já defendia essa restrição DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed. 2004, v. 4, p. 562.
37. ASSIS, Araken de. *Manual da* execução, 11ª ed., p. 719; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 389.

Tratando-se, porém, de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel (art. 690, § 1º, CPC). É um caso de *hipoteca legal*. As propostas para aquisição em prestações, que serão juntadas aos autos, indicarão o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo (art. 690, § 2º, CPC). O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lanço ou proposta mais conveniente (art. 690, § 3º, CPC). No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exeqüente até o limite de seu crédito, e os subseqüentes ao executado (art. 690, 4º, CPC).

Se o credor for o arrematante, incide a regra do art. 690-A, p. ún., CPC: "O exeqüente, se vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exeqüente".

6. ARREMATAÇÃO GLOBAL (ART. 691, CPC)

O art. 691 do CPC prevê que, "se a praça ou o leilão for de diversos bens e houver mais de um lançador, será preferido aquele que se propuser a arrematá-los englobadamente, oferecendo para os que não tiverem licitante preço igual ao da avaliação e para os demais o de maior lanço".

Explica a regra PONTES DE MIRANDA, em bela síntese: "*a)* se nenhum dos bens foi arrematado, o preço calculado segundo a avaliação, somando-se os valores publicados; *b)* se algum ou alguns foram arrematados, a soma dos valores que por esses foram obtidos e dos valores publicados dos bens não arrematados; *c*) se todos foram arrematados, a soma dos valores obtidos com os lanços"[38].

É preciso conciliar a regra com o parágrafo único do art. 692, que determina o encerramento da arrematação quando o produto da alienação já satisfizer o credor: excluem-se da "proposta de remate global aqueles bens que não tenham sido lançados e cujo valor supere a massa passiva"[39].

7. HASTA PÚBLICA ELETRÔNICA (ART. 689-A, CPC)

O art. 689-A permite que todo o procedimento da hasta pública seja feito em sítio da rede mundial de computadores (hasta pública eletrônica):

> "O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exeqüente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou

38. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 290.
39. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 747.

privadas em convênio com eles firmado. Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital".

A remissão mais adequada seria ao Conselho Nacional de Justiça, e não ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais de Justiça.

É preciso lembrar, ainda, que a regra não permite a alteração do procedimento da hasta pública, mas apenas a "desmaterialização do processo escrito"[40].

8. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL (PRAÇA)

8.1. Generalidades

A alienação de bem imóvel se faz em *praça*, conduzida pelo *porteiro*, no átrio do fórum. O porteiro pode ser um servidor da justiça, que preenche um cargo público específico de porteiro, ou outro designado pelo juiz, como o oficial de justiça.

Se o imóvel estiver gravado com direito real de garantia, a hasta pública não se realizará enquanto dela não for intimado o credor hipotecário ou anticrético (art. 698, CPC). Sem essa intimação, a hasta pública pode ser invalidada (art. 694, § 1º, VI, CPC), a requerimento do credor prejudicado. Se porventura o credor não pedir a invalidação do procedimento, tem ainda a garantia de que a alienação não lhe produzirá qualquer prejuízo: a alienação produzirá efeito para o adquirente, que receberá o imóvel gravado com hipoteca ou anticrese, que não desaparecem, à míngua da falta da intimação referida[41].

O senhorio direto (na enfiteuse) do imóvel também deve ser previamente comunicado acerca da hasta pública, para que possa exercer o seu direito de preferência na aquisição do bem. A regra é regulada pelo art. 689 do Código Civil de 1916[42], que está em vigor por força do 2.038, *caput*[43], do Código Civil de 2002[44].

Também têm preferência na aquisição a União, Estado e Município, quando bens tombados forem penhorados. Assim, precisam, também, ser intimados previamente da hasta pública[45].

---

40. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 755.
41. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 260.
42. Art. 689 do Código Civil de 1916: "Fazendo-se penhora, por dívidas do enfiteuta, sobre o prédio emprazado, será citado o senhorio direto, para assistir à praça, e terá preferência, quer, no caso de arrematação, sobre os demais lançadores, em condições iguais, quer, em falta deles, no caso de adjudicação".
43. Art. 2.038 do Código Civil de 2002: "Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1o de janeiro de 1916, e leis posteriores".
44. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 766.
45. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 767.

8.2. Carta de arrematação

Encerrada a praça, com a assinatura do auto, pago o preço ou prestadas as garantias, expedir-se-á ao arrematante a *carta de arrematação* (art. 693, par. ún., CPC), que é o conjunto organizado dos documentos indispensáveis para que se possa proceder à transferência do bem imóvel no registro imobiliário. A carta de arrematação é o *título formal da aquisição* do bem[46].

A carta de arrematação conterá (art. 703 do CPC): I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; II - a cópia do auto de arrematação; e III - a prova de quitação do imposto de transmissão. Observe que a composição da carta de arrematação segue a lição de PONTES DE MIRANDA: a carta é o "traslado do auto de arrematação *mais* os elementos históricos"[47].

A carta deve conter, ainda, a identificação e a qualificação pessoal do arrematante (art. 176, § 1º, III, 2, "a" e "b", Lei n. 6.015/1973).

A carta deve ser assinada pelo juiz, não obstante o silêncio do CPC. Para uns, a carta é uma sentença[48]; para outros, simples título aquisitivo autenticado pelo juízo da execução (documento, portanto)[49]. De toda forma, houve decisão do órgão jurisdicional acerca da regularidade do procedimento da hasta pública e, ainda, a decisão que acolhe a oferta do licitante vencedor.

> Para PONTES DE MIRANDA, cabe ação rescisória contra a *carta de arrematação*, exatamente porque ela é uma sentença[50]. Segundo o autor, é sentença que tem algo semelhante à sentença homologatória, embora dela se distinga pois o juiz não "faz seu" (homologa) ato de outrem, mas, sim, dele mesmo (a arrematação, negócio jurídico de direito público). É sentença em que o juiz aprecia "o que se negociou"[51].

Cabe ao arrematante proceder ao registro da carta. Eventuais dúvidas deverão ser sanadas pelo juiz competente para decidir questões registrarias: "a competência do juiz da execução cessa com a expedição regular da carta"[52].

---

46. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 312.
47. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 312.
48. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 313.
49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 265; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 770.
50. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 313.
51. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 314-315.
52. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 771.

8.3. Alienação de imóvel de incapaz (art. 701, CPC)

Conforme visto no capítulo sobre a responsabilidade patrimonial, bens do incapaz podem responder pela execução.

Em homenagem ao princípio da adequação, o legislador criou um procedimento diferenciado de alienação de *imóvel* de *incapaz*.

Se, na segunda *praça*, não se alcançar o valor de pelo menos 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo *não superior a um ano* (art. 701, CPC). Com isso, o legislador estabeleceu uma presunção de que *não* é *vil* o preço igual ou superior a oitenta por cento do valor da avaliação do imóvel do incapaz.

O depositário funcionará como administrador. Aplica-se aqui, por analogia, o art. 677 do CPC, que impõe a elaboração de um plano de administração do imóvel, a ser submetido ao órgão jurisdicional[53].

Parte-se da premissa de que a aquisição do imóvel do incapaz por valor inferior a oitenta por cento do preço da avaliação seria prejudicial ao incapaz e, em razão disso, determina-se o adiamento da hasta pública. No prazo do adiamento, o juiz poderá autorizar a locação do imóvel do incapaz (art. 701, § 3º, CPC).

O prazo não precisa ser observado rigorosamente. Será possível submeter o bem a nova hasta pública, se, a critério do juiz, "as condições do mercado recomendarem o negócio"[54].

Durante o adiamento, algum pretendente pode assegurar que arrematará o imóvel, pelo preço da avaliação, prestando, imediatamente, caução idônea, que demonstre a firmeza da sua proposta. O sujeito pode, por exemplo, pretender adquirir o imóvel nos termos do § 1º do art. 690 do CPC[55]. Feita a proposta e prestada a caução, o juiz ordenará a alienação em praça (art. 701, § 1º, CPC).

Pode o pretendente arrepender-se da proposta que fizera e revogá-la; arcará, porém, com uma multa de 20% sobre o valor da avaliação, montante que será revertido em benefício do incapaz. A decisão que cominar a multa é título executivo (art. 701, § 2º, CPC). Trata-se de multa pela revogação da proposta. É possível imaginar, ainda, uma responsabilidade pré-negocial, caso a revogação cause algum prejuízo às partes envolvidas.

> Por isso tudo, há quem afirme que o valor da caução não pode ser inferior a vinte por cento do valor da avaliação[56], para que possa garantir eventual multa que se aplique ao proponente-arrependido.

---

53. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 772.
54. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 771.
55. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 772; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 310 (fazendo referência ao antigo art. 700, que possuía redação semelhante ao atual § 1º do art. 690 do CPC).
56. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 310; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 772.

Findo o prazo do adiamento, o imóvel será alienado, na forma prevista no art. 686, VI: ou seja, haverá nova praça, a *terceira*, e o imóvel poderá ser arrematado por preço inferior ao da avaliação, desde que não seja vil.

Em razão do interesse do incapaz, o Ministério Público tem de ser ouvido (art. 82, I, CPC).

8.4. Alienação de imóvel que permite cômoda divisão (art. 702, CPC)

Quando o imóvel admitir cômoda divisão, o juiz, a requerimento do devedor, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para pagar o credor (art. 702, CPC). A regra está em conformidade com o princípio que veda a execução abusiva (art. 620 do CPC): se o credor será satisfeito com a alienação de parte de imóvel, não há razão para aliená-lo integralmente.

Em lição simples e correta: "Cômoda se revela a divisão, quando a lei não a impeça, se útil ao executado"[57]. Nesses casos, cabe ao avaliador do imóvel "tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos" (art. 681, par. ún., CPC).

Trata-se de direito do executado, que precisa ser exercido: a ordem do juiz, para que se faça alienação de parte do imóvel, depende da provocação do executado.

Se não houver licitante, far-se-á a alienação do imóvel em sua integridade (art. 702, par. ún., CPC).

9. ALIENAÇÃO DE MÓVEIS (LEILÃO)

Como já se viu, a alienação judicial de bens *móveis* dá-se por *leilão*, conduzido pelo leiloeiro, que pode ser realizado onde estiverem os bens, ou no lugar designado pelo juiz (art. 686, § 2º, CPC). Se se tratar de bens negociáveis em bolsa de valores, é nela que será realizado o leilão público (art. 704, CPC)[58], que será conduzido por um corretor da bolsa de valores. Ressalvadas essas pequenas diferenças, o leilão segue o procedimento da *praça*, já examinado.

Cumpre ao leiloeiro (art. 705 do CPC): "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 do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz; V - receber e depositar, dentro em 24 (vinte e quatro) horas, à ordem do juiz, o produto da alienação; VI - prestar contas nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes ao depósito".

57. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 767.
58. Art. 704 do CPC: "Ressalvados os casos de alienação de bens imóveis e aqueles de atribuição de corretores da Bolsa de Valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público".

O leiloeiro público será indicado pelo exeqüente, dentre as pessoas que estão legalmente habilitadas a exercer esta função (art. 706 do CPC). Se não houver leiloeiro público na comarca, o leilão pode ser conduzido, a critério do juiz, pelo *porteiro* ou por outro *serventuário da justiça* [59].

Efetuado o leilão, lavrar-se-á o auto, que poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, expedindo-se, se necessário, *ordem judicial de entrega ao arrematante* (art. 707, CPC). Como lembra Araken de Assis, pode não haver necessidade de expedição dessa ordem, se o bem estiver no depósito do leiloeiro, por exemplo[60].

É possível cogitar da necessidade de expedição de *carta de arrematação de bem móvel*, à míngua do texto da lei, nos casos em que a transferência da propriedade precise ser registrada, como na arrematação de ações nominativas[61]. Nesse caso, deverá obedecer, *mutatis mutandis*, o disposto no art. 703 do CPC. De um modo geral, a *carta de arrematação de bem móvel* serve apenas como documento; ela não é obrigatória, porque a transmissão da propriedade mobiliária dá-se em regra com a *tradição* (daí a possibilidade de expedição de *ordem judicial* para a entrega do bem).

10. AUTO DE ARREMATAÇÃO (ART. 693, CPC)

De acordo com o art. 693 do CPC, "a arrematação constará de auto que será lavrado de imediato, nele mencionadas as condições pelas quais foi alienado o bem".

O auto deve descrever o "desenvolvimento e eventuais incidentes"[62] do procedimento da hasta pública.

Trata-se do último ato do procedimento da basta pública e tem "duplo valor, de *forma* e de *ultimação do negócio jurídico da arrematação*"[63]. Sem o auto, a arrematação ainda não acabou, ainda não se perfez[64], ainda não existe; não se trata de arrematação nula, mas, sim, de arrematação inexistente. O auto é forma *ad substantia* da arrematação: o "estado, em que se acha arrematação, cujo auto não se fez, é o da arrematação *in fieri*"[65]. Perceba a importância prática da lição: se ainda não há o auto, o *executado* pode remir a execução (art. 651 do CPC)[66]. Por isso o legislador determinou que o auto seja lavrado "de imediato".

---

59. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 774.
60. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 774.
61. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 776.
62. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 754.
63. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 292.
64. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 293. No mesmo sentido, CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, cit., p. 315; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 754-755; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 2, cit., p. 369; GIANNICO, Maurício. "Arrematação: aspectos polêmicos e uma análise crítica do instituto". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 104, p. 58.
65. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 293. Neste sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 754.
66. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 754.

Antes da Lei n. 11.382/2006, o auto deveria ser lavrado no prazo de vinte e quatro horas. O prazo justificava-se no antigo instituto da remição do bem penhorado (arts. 787 e segs. do CPC, ora revogados), examinado no capítulo sobre a adjudicação.

Deve ser assinado pelo juiz, pelo arrematante e pelo porteiro ou leiloeiro (art. 694 do CPC).

Haverá um só auto, para todos os bens alienados, mesmo se em processos diferentes[67].

11. ARREMATAÇÃO "PERFEITA, ACABADA E IRRETRATÁVEL" (ART. 694, *CAPUT*, CPC)

De acordo com o art. 694 do CPC, assinado o *auto* pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

No auto, devem constar as condições pelas quais foi alienado o bem (art. 693, *caput*, CPC). Sem o *auto*, assinado pelos sujeitos indicados, ainda não há arrematação "perfeita e acabada". "A situação jurídica que se estabelece quando há *oferta* do licitante é a do *oferente* do contrato de compra-e-venda: enquanto não há a vontade do Estado, com o despacho do juiz, com a manifestação, não se integra a figura da arrematação"[68].

Segundo ARAKEN DE ASSIS, do *caput* do art. 694 se subentende que é possível a retratação pelo arrematante *antes* de assinar o auto. No caso, devem ser aplicadas regras que regem a responsabilidade pré-contratual (art. 427 do Código Civil)[69], se porventura dessa revogação tiver resultado algum prejuízo ao exeqüente ou ao executado.

A regra tem o objetivo muito claro de, ao tornar definitiva a arrematação, prestigiar a segurança jurídica do arrematante e, com isso, estimular a aquisição do bem penhorado por alienação judicial.

Observe que a arrematação é definitiva mesmo que *venham a ser julgados procedentes os embargos do executado* (embargos de primeira ou segunda fase[70]). Nesse caso, "o executado terá direito a haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença" (§ 2º do art. 694 do CPC). O legislador prestigiou a segurança jurídica em detrimento do direito do executado à propriedade do bem penhorado, que se converte no direito a receber o valor do bem e ainda as perdas e danos[71] (aplicação da regra da responsabilidade do exeqüente).

Note, porém, que essa regra não incide no caso de os *embargos* implicarem a *invalidade da arrematação*. Se há defeito na arrematação, não há como defender que ela

---

67. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 293; CASTRO, Amílcar. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 315; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 754.
68. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, cit., p. 295.
69. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 755 e 757.
70. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução". *Execução civil e cumprimento da sentença*. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura (coords.). São Paulo: Método, 2007, p. 104.
71. MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo civil comentado*, cit., p. 678.

subsista, *mesmo na procedência dos embargos*, como afirma o texto normativo. A regra aplica-se, assim, nos casos em que os embargos *discutam a existência da dívida*: mesmo procedentes, não desfazem a arrematação[72].

> A regra pode aplicar-se por analogia à *adjudicação* e à *alienação por iniciativa particular*: se a regra visa prestigiar a segurança jurídica, "não faria sentido ela aplicar-se apenas à arrematação e não às outras duas espécies de alienação na execução. O despropósito seria ainda maior quando se considera que a lei elege a adjudicação e a alienação por iniciativa particular como mecanismos expropriatórios preferenciais em face da arrematação"[73].

12. DESFAZIMENTO DA ARREMATAÇÃO (ART. 694, § 1º, CPC)

12.1. Sistematização das hipóteses de desfazimento da execução

Há hipóteses de desfazimento da arrematação. Três são as espécies de extinção da arrematação: a) *revogação*: desistência do arrematante; b) *resolução*: não cumprimento pelo arrematante da sua contraprestação; c) *invalidade*: a arrematação é extinta em razão de um seu defeito. O § 1º do art. 694 reúne essas diversas hipóteses de desfazimento da arrematação sob o texto "a arrematação poderá ser tornada sem efeito". Parece que mais adequado seria falar em *desfazimento* ou *dissolução* da arrematação, como corretamente percebeu ARAKEN DE ASSIS[74].

Em todos os casos de desfazimento da arrematação, os sujeitos devem retornar ao estado anterior à formação do vínculo[75].

12.2. Desistência ou revogação da arrematação

O arrematante pode *desistir* da arrematação no caso de terem sido opostos embargos à arrematação (art. 746, § 1º, CPC), qualquer que seja o conteúdo dos embargos[76]. Trata-se de hipótese nova de desfazimento da arrematação, introduzida no CPC pela Lei n. 11.382/2006; é, ainda, a *única* hipótese de desfazimento por revogação[77]. Inovação que altera uma das regras mais antigas sobre a arrematação, que determinava a sua irretratabilidade.

Assim, arrematado o bem, mas opostos embargos à arrematação, pode o arrematante revogar o lanço, *mitigando* a peremptória dicção do *caput* do art. 694, que qualifica a arrematação como irretratável.

---

72. De acordo com a correta análise de TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", p. 105.
73. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 104.
74. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 756.
75. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 762.
76. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 107.
77. Pontes de Miranda, comentando a redação originária do CPC, dizia que não havia exceção à regra jurídica da irretratabilidade da arrematação (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, cit., p. 296.). Como se vê, agora há exceção à irretratabilidade da arrematação.

O direito à revogação é, como se sabe, um direito potestativo. No caso, não se torna simplesmente sem efeito a arrematação; a arrematação é *extinta*, por revogação.

Revogada a arrematação, os embargos opostos contra ela perdem o objeto, se tiverem por objeto a invalidade da arrematação; caso discutam questões de mérito do procedimento executivo, como a extinção superveniente da dívida, os embargos deverão ser julgados. De todo modo, constatado o caráter protelatório dos embargos, poderá o juiz aplicar ao embargante a multa prevista no § 3º do art. 746 do CPC[78].

A regra também se aplica à *impugnação de segunda fase*[79], admitida por esse *Curso*: oferecida impugnação à arrematação, pode o arrematante dela desistir. Onde se lê *embargos à arrematação*, leia-se *embargos ou impugnação à arrematação*.

> Viu-se que, em alguns casos, a procedência dos embargos à arrematação não desfaz a arrematação. Se assim é, porque permitir a desistência do arrematante, se a procedência dos embargos não lhe trará qualquer prejuízo? EDUARDO TALAMINI, em estudo muito importante sobre o tema, responde a questão. Explica o autor que a desistência da arrematação é uma forma de o arrematante afastar os riscos da sucumbência nos embargos à arrematação, nos quais intervém como litisconsorte passivo necessário ao lado do exeqüente. Ao desistir da arrematação, o adquirente livra-se de qualquer ônus da sucumbência nos embargos. Além disso, como visto acima, a regra de que a arrematação é definitiva, mesmo se procedentes os embargos, não é absoluta, como parece indicar o *caput* do art. 694 do CPC: podem surgir outras situações que, diante de suas particularidades concretas, levem o juiz ao entendimento de que a arrematação deve desfazer-se, após a procedência dos embargos, aplicado o princípio da proporcionalidade[80].

Não há prazo para o exercício do direito de desistir da arrematação. EDUARDO TALAMINI sugere o prazo de cinco dias, contados da ciência pelo arrematante da propositura dos embargos, do qual é litisconsorte necessário do exeqüente (salvo se o arrematante for o exeqüente)[81].

Cabe ao órgão jurisdicional homologar a desistência; uma vez homologada a desistência, o juiz determinará a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente (art. 746, § 2º, CPC).

> Note que a possibilidade de desistência também se aplica à aquisição por *adjudicação* ou por *alienação por iniciativa particular*: opostos embargos que as discutam, permite-se ao adquirente desistir da aquisição (art. 746, § 1º, CPC).

12.3. Invalidade da arrematação

A arrematação também pode ser *invalidada* (art. 694, § 1º, I, CPC). A redação do texto normativo é *atécnica*: fala-se que a arrematação poderá ser tornada sem efeito por

78. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 108-109.
79. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 110.
80. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 105-107.
81. TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 102.

"vício de nulidade". Não há "vício de nulidade"; a nulidade não é um vício. A nulidade é uma das possíveis conseqüências de um vício de um ato jurídico. Invalidar um ato não é simplesmente *torná-lo sem efeito*. Invalidar o ato é *desfazê-lo, em razão de um defeito*. Onde se lê "por vício de nulidade", leia-se "por vício que *gere* nulidade" (inciso I do § 1º do art. 694 do CPC).

A redação desse inciso é suficientemente ampla para permitir o desfazimento da arrematação por qualquer hipótese de invalidade, seja por vício da própria arrematação (ilegitimidade do arrematante, p. ex.), seja por invalidade decorrente de um defeito do procedimento executivo. Não obstante isso, no mesmo § 1º, o legislador trouxe outros dois casos de extinção da *arrematação* em razão de um defeito:

a) quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital (art. 694, § 1º, III, CPC): a arrematação pode ser invalidada em razão de um defeito do edital, que comprometeu a validade procedimento executivo, do qual a arrematação é um dos atos. Trata-se de invalidade que somente pode ser decretada após a provocação da parte interessada, o arrematante, que tem prazo de cinco dias para exercer esse direito potestativo. Aplica-se a regra de que a invalidação de um ato processual implica a invalidação dos subseqüentes que dele dependam (art. 248, *primeira parte*, CPC).

> Por analogia, permite-se o desfazimento da arrematação se o edital omitir informação sobre a existência de recurso ou de causa envolvendo o bem penhorado[82].

b) quando a arrematação realizar-se por preço vil. A vileza do preço compromete a perfeição da arrematação, conforme visto, e permite a sua invalidação (art. 694, § 1º, V, CPC)[83].

A invalidade da arrematação pode ser requerida por *embargos à arrematação* ou por *ação anulatória autônoma* (art. 486 do CPC). Arrematante e exeqüente, quando forem sujeitos distintos, devem ser citados como litisconsortes passivos unitários necessários. Para ARAKEN DE ASSIS, o pedido de invalidação ainda pode ser formulado pelo próprio arrematante, que tem interesse "que seu título não seja objeto de futuras controvérsias"[84].

12.4. Resolução da arrematação

A arrematação também pode extinguir-se por *resolução*[85], se não for pago o preço ou se não for prestada a caução (art. 694, § 1º, II, CPC). Extingue-se a arrematação em razão do descumprimento, pelo arrematante, de uma das prestações que lhe cabe: pagar o preço

82. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 761.
83. Conforme lição de Araken de Assis, o preço vil não passa de hipótese especial de invalidade (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 759.)
84. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 759.
85. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 759; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, cit., p. 298-300; ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*, cit., p. 406.

ou prestar a caução. Mais uma vez é equivocada a redação do § 1º do art. 694 do CPC: a arrematação, nesse caso, não será *apenas ineficaz*; ela será *desfeita*.

Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exeqüente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos (art. 695 do CPC). Há duas sanções ao inadimplemento: perda da caução e perda da legitimidade para arrematar o bem na nova hasta pública. O inadimplemento é, nesse caso, *ilícito processual caducificante* (sobre o tema, v. o capítulo sobre a teoria dos fatos processuais, no v. 1 deste *Curso*). A decisão que aplicar as sanções é interlocutória e, portanto, impugnável por agravo de instrumento.

> Convém não olvidar a regra do art. 696 do CPC: se o fiador do arrematante pagar o preço, sub-roga-se na posição de adquirente, de arrematante. O art. 696 ainda menciona o pagamento de uma multa pelo fiador, que era prevista na redação originária do art. 695, para o caso de inadimplemento. A nova redação do art. 695 não prevê mais a multa como sanção pelo inadimplemento, apenas a perda da legitimidade para arrematar e a perda da caução oferecida[86].

12.5. Ineficácia da arrematação por desrespeito ao art. 698 do CPC

O inciso VI do § 1º do art. 694 determina que a *arrematação* perderá a eficácia no caso previsto no art. 698 do CPC, que exige a prévia ciência, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, do senhorio direto, do credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução. Neste caso, há, sim, apenas *ineficácia* da arrematação, *que não se desfaz*. A arrematação *não* produzirá efeitos para o exeqüente, enquanto não realizadas essas comunicações: não é lícito, por exemplo, que o exeqüente levante o dinheiro produto da alienação sem que antes sejam ouvidos esses sujeitos, para que exerçam o seu direito de preferência. Também é ineficaz para o credor com garantia real e para o credor penhorante, que não sofrerão qualquer prejuízo em virtude dela, se não forem devidamente cientificados. O objetivo dessa comunicação é o de permitir o exercício de eventual direito de preferência, conforme será examinado no capítulo sobre a entrega do dinheiro ao credor.

É possível, porém, embora não recomendável, em razão do desperdício de tempo, que o credor com garantia real peça a invalidação da hasta pública pela falta de comunicação prévia. Assim, há duas opções: ou o credor pede a invalidação do ato, ou o aceita, com a segurança de que o seu direito de garantia prosseguirá sobre o bem recém-adquirido[87].

13. SUSPENSÃO DA HASTA PÚBLICA (ART. 689, CPC)

Os atos processuais devem ser praticados nos limites previstos pelo art. 172 do CPC: das 06h às 20 h. A hasta pública deve também respeitar esses limites.

---

86. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 263.
87. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 260.

Sucede que o art. 689 do CPC determina que, "sobrevindo a noite, prosseguirá a praça ou o leilão no dia útil imediato, à mesma hora em que teve início, independentemente de novo edital" (art. 689 do CPC).

Há duas interpretações possíveis.

a) "Noite", no texto normativo, seria o fato natural de a luz do sol deixar de iluminar a terra, cuja ocorrência varia conforme a latitude e a estação do ano. Assim sendo, essa norma particular excepcionaria a regra geral do art. 172[88].

b) "Noite", no texto normativo, seria o período que se iniciaria a partir das 20h, em que a prática de ato processual é vedada, salvo a hipótese excepcional do § 1º do art. 172 do CPC[89].

A regra parece um resquício de épocas remotas, em que não havia luz elétrica e a prática dos atos processuais dependia da luz solar (Lei das XII Tábuas, Tábua I, 11: "O pôr-do-sol será o termo final da audiência"[90]). Ainda há muitas regras sobre execução no CPC que remetem a esse tempo, com palavras e expressões curiosas, tais como *átrio* (art. 686, § 2º, CPC), *hasta* (art. 647, III, CPC, entre inúmeros outros), "fechar as portas" (art. 660, CPC) etc. A redação originária do art. 649, que cuida das hipóteses de impenhorabilidade, trazia vários outros exemplos: "retratos de família", "provisões de alimento e combustível", "tenças", todos suprimidos pela nova redação dada a esse artigo pela Lei n. 11.382/2006.

Como se vê, o texto precisa ser interpretado historicamente. Se a chegada da "noite" era determinante para a suspensão da prática de atos processuais, e é essa a razão do dispositivo, parece mais adequado, realmente, interpretá-lo em conformidade com o art. 172 do CPC: "noite" é, para fim de aplicação do art. 689 do CPC, o período que se inicia a partir das 20h e segue até às 06h do dia seguinte.

14. TRANSFERÊNCIA DA HASTA PÚBLICA (ART. 688, CPC)

Por *justa razão*, a hasta pública pode não realizar-se. Neste caso, determina o art. 688 do CPC que o juiz mande publicar pela imprensa local e no órgão oficial a transferência.

ARAKEN DE ASSIS propõe interessante e correta interpretação do dispositivo. Para o autor, a publicação da transferência da hasta pública somente se justifica se o "motivo justo" for anterior à data inicialmente fixada. Com isso, ficam advertidos os eventuais interessados. Se o "motivo justo" suceder no dia da hasta pública, seria o caso de seu *adiamento*, fato futuro "cuja ciência interessa apenas a quem se movimentou até o local

88. NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo* Civil, 7ª ed., v. 6, cit., p. 99; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 757.
89. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 291.
90. PRADO, Antônio Orlando de Almeida (org.). *Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores e Lei do Talião*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 56.

da hasta, não a quem se manteve indiferente ao primitivo chamamento"; "quanto aos ausentes, sua omissão presente determinará a futura ausência"[91].

De acordo com o par. ún. do art. 688, "O escrivão, o porteiro ou o leiloeiro, que culposamente der causa à transferência, responde pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz aplicar-lhe a pena de suspensão por 5 (cinco) a 30 (trinta) dias". Não se aplicam as sanções, à míngua de expressa previsão, ao correto da bolsa de valores (art. 704, CPC)[92].

15. ENCERRAMENTO DA HASTA PÚBLICA (ART. 692, CPC)

Tão logo o produto da alienação dos bens baste à satisfação integral do exeqüente, a arrematação deve encerrar-se. O parágrafo único do art. 692 determina que "será suspensa a arrematação". Na verdade, não há suspensão, mas encerramento da hasta pública, e não da arrematação.

A regra é correta: se a satisfação da pretensão do credor é o objetivo da execução, uma vez alcançada, a atividade executiva deve cessar.

Correta a observação de ARAKEN DE ASSIS: o encerramento da hasta pública "não libera, incontinenti, os bens remanescentes dos efeitos da penhora. Isto somente ocorrerá quando o juiz extinguir a execução (art. 794, I)"[93].

16. EFEITOS DA ARREMATAÇÃO

16.1. Efeitos da alienação forçada: por iniciativa particular ou em hasta pública

Os efeitos da alienação por iniciativa particular ou em hasta pública são os mesmos, e podem ser divididos em efeitos no plano processual e efeitos no plano material.

16.2. Efeitos no plano material

16.2.1. Título e modo da aquisição

O domínio sobre coisa móvel é transferido com a *tradição* (art. 1.267, Código Civil[94]): entrega do bem ao adquirente; o domínio sobre coisa imóvel, com o registro do título formal aquisitivo (carta de arrematação) na matrícula do imóvel (art. 1.245, Código Civil)[95].

O auto é a prova legal do negócio jurídico arrematação; trata-se do "título substancial" da alienação; a carta de arrematação é, como se viu, o "título formal"[96].

---

91. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 756.
92. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 756.
93. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 753.
94. Art. 1.267 do Código Civil: "A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".
95. Art. 1.245 do Código Civil: "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".
96. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 703.

A aquisição do bem em alienação judicial é *derivativa*: mesmo na alienação judicial, vale o brocardo (*nemo plus iuris in alios transferre potest quam ipse haberet;* ninguém pode transferir a outrem mais do que se tem). Trata-se a arrematação de um modo de aquisição derivativa de direitos.

A arrematação constitui, portanto, o título para a aquisição do domínio[97].

16.2.2. Responsabilidade tributária do adquirente

O adquirente fica desvinculado da responsabilidade tributária do executado[98]. Aplica-se, no caso, o art. 130, par. ún., do Código Tributário Nacional: "Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço". As dívidas tributárias ficam, pois, sub-rogadas no preço da aquisição.

Há responsabilidade tributária do *adquirente* em relação aos tributos cujo fato gerador seja a transmissão do domínio; é por isso que na carta de arrematação deve constar a prova de pagamento deste tributo (art. 703, III, CPC).

16.2.3. Responsabilidade do adquirente pelas despesas condominiais

De acordo com o art. 1.345 do Código Civil, o adquirente de unidade autônoma de um condomínio responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios. A regra aplica-se à aquisição em alienação judicial. Trata-se de obrigação *propter rem*, que se estende ao adquirente de coisa alienada judicialmente, inclusive na adjudicação[99].

> Já se decidiu que se as despesas condominiais não constarem do edital, o adquirente não responde por elas, devendo ser reservada uma parcela do preço para o pagamento da dívida (STJ, 3ª T., REsp n. 540.025/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.03.2006, publicado no DJ de 30.06.2006).

16.2.4. Posse da coisa adquirida

A alienação judicial confere ao adquirente o direito de investir-se na posse da coisa adquirida.

Se o depositário negar-se a entregar a coisa, comete esbulho. O órgão jurisdicional, nos mesmos autos, expedirá mandado para a entrega da coisa, sem necessidade de *ação autônoma de imissão de posse* proposta pelo adquirente. Aplica-se o art. 693, par. ún.,

97. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 265.
98. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 704.
99. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 709.

CPC: "A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante".

A carta de arrematação documenta a decisão do órgão jurisdicional que aceitou a oferta do adquirente e ultimou o negócio jurídico processual. Deve ser compreendida, portanto, como título executivo judicial, que garanta ao adquirente o direito à entrega da coisa arrematada. Assim, não há necessidade de ajuizamento de um novo processo de conhecimento, ação de imissão de posse, para a efetivação desse direito[100][101]. Reforça-se aqui a compreensão deste *Curso* sobre o inciso I do art. 475-N do CPC: se há decisão judicial que reconheça um direito a uma prestação, há título executivo. É o caso.

16.2.5. Alienação de bem objeto de locação ou comodato

É preciso identificar quais os efeitos da alienação judicial de uma coisa locada.

A regra geral, para móveis ou imóveis, é o art. 576 do Código Civil: "Se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro".

Como lembra ARAKEN DE ASSIS, se se tratar de locação de imóvel urbano, há regra especial do art. 8º da Lei n. 8.245/1991:

> Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.
>
> § 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.
>
> § 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo - se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação.

Note que o adquirente tem o prazo de noventa dias, contados do registro da carta de arrematação/alienação, para promover a denúncia do contrato de locação (art. 8, § 2º, Lei

---

100. Assim, STJ, 1ª T., REsp n. 469.678/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 03.12.2002, publicado no DJ de 24.02.2003, p. 212; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 41ª ed., v. 2, cit., p. 345; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 681. Em sentido diverso, entendendo que é preciso propor ação de imissão de posse, SILVA, Ovídio Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, n. 8.10, p. 197-202; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 711. O STJ, ratificando sua jurisprudência nesse sentido, já definiu, inclusive, que o juízo federal competente para execução é, também, competente para, nestes autos, imitir na posse de imóvel terceiro arrematante que não seja ente federal (at. 109, I, CF). (2ª Seção, CC n. 118185/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.09.2011, publicado no DJ de 3.10.2011).

101. Inclusive, art. 13, § 2º, da Resolução nº 160/2011 do CJF, admite que o juiz imita na posse o adquirente se embargos não tiverem efeito suspensivo.

n. 8.245/1991). Promovida a denúncia e não entregue o bem, cabe ao adquirente ingressar com ação de despejo[102].

Situação diversa é a da arrematação de imóvel rural locado, objeto de parceria ou arrendamento. A arrematação, neste caso, não permite a denúncia do contrato. Impera, como lembra ARAKEN DE ASSIS, a regra *emptio non tollit locatum*[103].

Cabe, finalmente, a lembrança do art. 32 da Lei n. 8.245/1991, que tira do locatário o direito de preferência na aquisição do imóvel, no caso de alienação judicial[104].

> A locação de bem penhorado, sem autorização judicial, implica fraude à execução. Também é fraude o registro do contrato de locação posterior à litispendência executiva[105].

Em relação à alienação judicial de coisa comodada, não há regra específica que cuide do tema. Assim, correta, mais uma vez, a lição de ARAKEN DE ASSIS, que entende aplicável por analogia o art. 581 do Código Civil: "Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado". Assim, deve o adquirente respeitar o prazo, para só então pedir a devolução da coisa, após a resistência do comodatário[106].

16.2.6. Purgação dos direitos reais de garantia

A alienação judicial extingue os direitos reais de garantia (penhor[107], hipoteca[108] etc.) sobre a coisa. Se a execução não for proposta pelo credor com garantia real, é preciso que ele seja dela previamente cientificado (arts. 615, III, e 698, CPC), conforme mencionado em diversos momentos neste livro, para a que a alienação lhe seja eficaz.

A garantia passa a ser o preço da coisa alienada: o credor com garantia real tem preferência no recebimento do valor obtido[109].

16.2.7. Direito aos frutos do bem

O adquirente tem direito aos frutos pendentes da coisa penhorada, se a penhora *os incluiu explicitamente*. Neste caso, o adquirente deverá indenizar o depositário pelas

---

102. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 708.
103. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 709.
104. Art. 32 da Lei n. 8.245/1991: "O direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação".
105. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 708.
106. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 710.
107. Inciso V do art. 1.436 do Código Civil: "Extingue-se o penhor: (...) V - dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada".
108. Inciso VI do art. 1.499 do Código Civil: "Art. 1.499. A hipoteca extingue-se: (...) VI - pela arrematação ou adjudicação".
109. Amplamente, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 704. Ainda nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., t. 10, cit., p. 303.

despesas que suportou[110]. Se a penhora os *excluiu* explicitamente, o arrematante não tem direito a eles.

16.2.8. Traspasso dos direitos reais de gozo

À alienação judicial subsistem os direitos reais de gozo que porventura onerassem o bem adquirido: uso, enfiteuse, habitação, servidão, usufruto e a renda sobre imóvel. O ônus deve ser mencionado no edital. Note que é possível a oneração fraudulenta do bem (art. 592, V, CPC); se isso acontecer, exatamente por ser fraudulenta, o adquirente receberá a coisa livre do ônus[111].

16.3. Efeitos no plano processual

16.3.1. Conversão coativa da penhora

A alienação judicial tem por efeito processual a conversão da penhora: a coisa penhorada passa a ser agora o dinheiro, produto da alienação. A penhora se sub-roga no preço da alienação[112]. É sobre o dinheiro que se exercerá o direito de preferência sobre o bem penhorado, conforme já examinado no capítulo sobre a penhora.

16.3.2. Dever de pagar o preço

A alienação judicial gera para o adquirente e para o seu fiador, se houver, o dever de realizar o preço, nos termos do art. 690, CPC, já examinado[113]. Não pago o preço, o exeqüente pode pedir a resolução da alienação forçada, pleiteando nova hasta pública ou nova tentativa de alienação particular, conforme já examinado. Pode o exeqüente, também, pleitear a caução de que cuida o art. 695 do CPC.

> Lembre-se que, conforme visto acima, se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exeqüente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos (art. 695 do CPC).

16.3.3. Preclusão do direito de argüir a impenhorabilidade do bem arrematado

A jurisprudência do STJ é no sentido de que, ultimada a arrematação, não há mais possibilidade de alegar a impenhorabilidade do bem, mesmo sendo caso de bem de

---

110. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 710; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 41ª ed., v. 2, cit., p. 385.
111. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 714; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 41ª ed., v. 2, cit., p. 385.
112. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 714; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 265.
113. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 715; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 262-263; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 41ª ed., v. 2, cit., p. 385.

família[114]. Esse posicionamento reforça a idéia de que a arrematação é concluída por uma decisão judicial, que, como a regra, após o prazo de recurso, pode submeter-se a uma eficácia preclusiva.

17. ALIENAÇÃO JUDICIAL E AS PRETENSÕES REDIBITÓRIA E DE ABATIMENTO DO PREÇO (ART. 441 DO CÓDIGO CIVIL)

Aplica-se à alienação judicial, negócio jurídico de direito público, como se viu, a regra do art. 441 do Código Civil: "A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor". Assim, o adquirente tem direito à resolução do negócio ou ao abatimento do preço (*quanti minoris*).

O Código Civil de 1916 tinha regra expressa *não admitindo as ações redibitória* e *quanti minoris*, se a coisa tivesse sido adquirida em *hasta pública* (art. 1.106, Código Civil de 1916[115]). Daí a doutrina da época se ter pacificado no sentido de que o adquirente em hasta pública não tinha direito às *ações edilícias*.

> Mesmo sob vigência do texto anterior, ARAKEN DE ASSIS já defendia a possibilidade de o adquirente pedir a resolução do negócio ou o abatimento do preço, "ocorrendo flagrante desconformidade entre o que se anunciou no edital (art. 686, I, do CPC) e a coisa transmitida"[116].

A regra do Código Civil de 1916 não foi reproduzida. Assim, é preciso ter cuidado no exame do problema sob o direito vigente. Atualmente, vale a regra geral do art. 441 do Código Civil: o adquirente tem direito ao abatimento do preço ou à resolução do negócio jurídico, se houver vícios que comprometam a utilidade da coisa ou diminuam o seu valor[117].

18. ALIENAÇÃO JUDICIAL E EVICÇÃO (ART. 447 DO CÓDIGO CIVIL)

O adquirente de bem *alienado judicialmente* pode sofrer evicção, se for privado da coisa em virtude de sentença judicial que atribua a terceiro a propriedade da coisa arrematada.

---

114. STJ, 3ª. T., AgRg no Ag n. 697.227/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 18.09.2008, publicado no DJe de 08.10.2008; STJ, 4ª T., REsp n. 468.176/PB, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 20.06.2006, publicado no DJ de 14.08.2006, p. 282.

115. Art. 1.106 do Código Civil de 1916: "Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitória, nem a de pedir abatimento do preço".

116. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 705.

117. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., p. 705. Do mesmo autor, com mais profundidade, *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 328-331. Em sentido diverso, mantendo a orientação anterior, a despeito da ausência da regra proibitiva do Código Civil de 1916, TALAMINI, Eduardo. "Direito de desistência da aquisição de bem em execução", cit., p. 100-101; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 265-266. Humberto Theodoro Jr., percebendo o silêncio normativo, entende que "a nova orientação da lei civil enseja uma possibilidade para o juiz enfrentar os casos concretos com mais flexibilidade e sem esbarrar em vedação rígida como a do sistema de 1916". (THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 41ª ed., v. 2, cit., p. 387.)

Discutia-se, antes da vigência do novo Código Civil, se se poderia falar, no caso, de evicção – e, portanto, se poderia o arrematante-evicto obter o ressarcimento dos seus prejuízos. O CC-2002 resolveu a questão, admitindo expressamente, no art. 447, a evicção na aquisição em hasta pública[118]. A remissão à hasta pública apenas se justifica porque, ao tempo da edição do Código Civil, era apenas essa a espécie de venda judicial prevista no CPC. A garantia, assim, deve ser estendida também ao adquirente de bem alienado judicialmente por iniciativa particular.

Não se poderá falar de evicção, porém, se o adquirente sabia que a coisa era alheia ou litigiosa (art. 457 do CC-2002)[119]. É possível, então, que o adquirente, uma vez litigando com terceiro sobre a coisa adquirida em venda judicial, possa valer-se da denunciação da lide como meio de exercício de sua pretensão regressiva (art. 70, I, do CPC-73).

Resta saber: quem será o responsável pelo pagamento dos prejuízos do adquirente?

Segundo demonstra ARAKEN DE ASSIS, que traçou belo painel da controvérsia, a doutrina brasileira adotou o pensamento de LIEBMAN: caberia pretensão regressiva em face do devedor, que enriqueceu indevidamente; sendo ele insolvente, poderia o adquirente voltar-se contra o credor-exeqüente, que, muito embora tivesse direito ao pagamento, não tinha direito a ser pago pela alienação de bem de terceiro[120].

Vai além ARAKEN DE ASSIS. Reconhece o autor, a partir de pensamento de WILARD DE CASTRO VILLAR, que também o Estado pode ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelo adquirente em razão da evicção:

> "Aqui, é preciso considerar a unidade do poder jurisdicional. Ao sub-rogar a vontade do executado, a instâncias do exeqüente, ou veicular a ação deste na esfera jurídica do obrigado, conforme o ângulo da análise, e, a um só tempo, decidir o domínio a favor de terceiro, o Estado assume o risco de entregar com uma mão o que, em seguida, retirará com a outra. Daí resulta o dever estatal de indenizar o evicto. Ademais, a inserção do Estado no negócio de arrematação autoriza imputar-lhe responsabilidade pelo dano porventura causado a terceiro. Deste modo, o Estado responderá solidariamente com as partes da relação processual pela evicção do arrematante"[121].

A responsabilidade do Estado, advirta-se, seria subsidiária (solidária com benefício de ordem), pois dependeria da insolvência do executado e do exeqüente. A idéia é polêmica e precisa ser mais bem maturada. Seria preciso deixar muito bem caracterizado o nexo de causalidade entre o prejuízo e a atuação do Estado, o que não parece de fácil configuração.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA entende que o art. 447 do CC não se aplica à aquisição na execução, embora reconheça o direito do adquirente, que vier a perder a coisa adquirida

---

118. Sobre o histórico da discussão, ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 740-741.
119. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, 8ª ed., cit., p. 741.
120. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, 8ª ed., cit., p. 741; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, 3ª ed., cit., p. 395-396.
121. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, 8ª ed., cit., p. 742.

para um terceiro, de demandar em face do executado, que se beneficiou diretamente, e, subsidiariamente, em face do exeqüente, "que viu seu crédito satisfeito à custa da arrematação de um bem que não poderia ter sido adquirido pelo arrematante". Entende, também, que o Estado pode ser responsável subsidiário, em caso de insolvência do executado e do exeqüente[122]. O autor considera possível que haja o *fato* da evicção na venda judicial, mas não a *garantia* da evicção, só aplicável, em seu entendimento, aos negócios jurídicos onerosos privados (a arrematação tem natureza de desapropriação, ato de poder e não ato privado). Defende, então, uma aplicação analógica das regras sobre a garantia da evicção à evicção na venda judicial. Em sua opinião, o art. 447, *fine*, CC, aplica-se às alienações judiciais (art. 1.112, III a V, CPC), que são negócios privados realizados em juízo. "A natureza contratual da alienação, porém, não é nestes casos afastada (como se dá na arrematação), o que faz com que exista a garantia pela evicção"[123].

BARBOSA MOREIRA também reconhece que o adquirente terá direito regressivo contra o executado, não por força da garantia da evicção, "mas por aplicação do princípio geral que veda o enriquecimento sem causa: o devedor, com efeito, exonerou-se da obrigação perante o credor que o executou, à custa de bem que não lhe pertencia, isto é, sem que nenhuma diminuição *real* tivesse sofrido o seu patrimônio"[124].

> PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO entendem que apenas o executado é o responsável. Só admitem a responsabilidade do *exeqüente*, se tiver agido "ardilosamente, em homenagem à boa-fé. Não admitem a responsabilidade do Estado, que, segundo afirmam, nada mais fez do que "cumprir um dever constitucionalmente imposto, que é o de apreciar toda lesão ou ameaça de lesão a direito"[125].

122. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Evicção do bem arrematado em hasta pública". *Execução no processo civil – novidades e tendências*. Sérgio Shimura e Daniel Assumpção Neves (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 36.
123. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Evicção do bem arrematado em hasta pública", cit., p. 37. Como se vê, Câmara retoma a premissa de Luiz Machado Guimarães, para quem as referências no Código Civil às "vendas judiciais" devem ser aplicadas apenas às alienações judiciais em jurisdição voluntária (GUIMARÃES, Luiz Machado. "Sobre a arrematação em hasta pública". *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 236).
124. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 265.
125. GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, t. 1, p. 205.

CAPÍTULO XXII

ENTREGA DO DINHEIRO AO CREDOR

Sumário • 1. Pagamento ao credor na execução por quantia certa – 2. Entrega do dinheiro ao credor – 3. Direito de preferência. Concurso de penhoras: 3.1. Disciplina geral; 3.2. Pressupostos; 3.3. Natureza jurídica; 3.4. O incidente: sujeitos e objeto; 3.5. Questões de alta indagação; 3.6. Procedimento; 3.7. Competência para o concurso. "Conexão em razão da penhora".

1. PAGAMENTO AO CREDOR NA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

A fase final da execução por quantia certa é o pagamento ao credor.

De acordo com o art. 708 do CPC, o pagamento ao credor far-se-á: I – pela entrega do dinheiro; II – pela adjudicação dos bens penhorados; III – pelo usufruto de bem imóvel ou de empresa.

Há dois problemas na redação deste artigo, tendo em vista as últimas reformas processuais.

O primeiro diz respeito à ordem em que são expostas as formas de pagamento ao credor. A adjudicação do bem penhorado é, atualmente, a forma prioritária de pagamento ao credor, não obstante dependa de manifestação de vontade do exeqüente ou de algum outro legitimado a adjudicar (CPC, art. 647, I, c/c art. 685-A). Deveria, pois, vir em primeiro lugar na lista do art. 708, para manter a coerência do sistema.

O segundo problema é a referência, no inciso III do art. 708, ao usufruto de empresa, figura extinta pela última reforma processual, como se percebe da simples leitura do novo título da Subseção IV da Seção II do capítulo sobre a execução por quantia certa contra devedor solvente.

Esses dois lapsos não prejudicam a compreensão do tema.

Este capítulo é dedicado ao estudo da "entrega do dinheiro ao credor". As outras duas modalidades de pagamento serão examinadas em capítulos próprios.

2. ENTREGA DO DINHEIRO AO CREDOR

Trata-se da modalidade de pagamento mais simples. É meio de pagamento *pro soluto*, liberando o devedor da obrigação em relação à quantia que for levantada.

A redação do art. 709 do CPC é bastante clara:

> "Art. 709. O juiz autorizará que o credor levante, até a satisfação integral de seu crédito, o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados quando:
>
> I – a execução for movida só a benefício do credor 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 qualquer outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora.

Parágrafo único. Ao receber o mandado de levantamento, o credor dará ao devedor, por termo nos autos, quitação da quantia paga".

Se há apenas um credor (CPC, art. 709, I), a entrega do dinheiro, que fora penhorado ou que resulte da alienação do bem penhorado (por iniciativa particular ou por hasta pública), é ato bem singelo: o órgão jurisdicional expede um mandado de levantamento ("alvará"), permitindo o recebimento do dinheiro, que pode ser feito mediante transferência bancária para a conta-corrente do credor. Entregue o dinheiro, o credor dará quitação, por termo nos autos, da quantia paga. O advogado, para receber o dinheiro em nome do seu cliente, precisa ter *poder especial* para *receber e dar quitação* (CPC, art. 38).

Sendo o pagamento feito por transferência bancária para a conta-corrente do credor, serve como prova da quitação o comprovante de transferência, sendo desnecessária a presença do credor para dar quitação por termo nos autos. Aplica-se, no particular, o disposto no parágrafo único do art. 320 do Código Civil: "Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida". Enfim, a quitação deve ser obtida por termo nos autos, mas também por qualquer outro meio, se das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida. E nem poderia ser diferente. Além do disposto no parágrafo único do art. 320 do Código Civil, o princípio da boa fé e o que veda o enriquecimento ilícito impõem que se aceite a quitação, mesmo quando feita por outro meio que não seja por termo nos autos.

Na *execução provisória*, como visto, o levantamento do dinheiro pressupõe caução idônea (art. 475-O, III, CPC), ressalvadas as hipóteses do art. 475-O, § 2º, CPC.

Se porventura *sobejar* alguma quantia, após o pagamento integral da dívida (principal, juros, custas e honorários), será ela restituída ao devedor (CPC, art. 710).

Se a obrigação for *integralmente* satisfeita (principal, juros, custas e honorários), e não houver sobra, o procedimento executivo extingue-se por pagamento (CPC, art. 794, I).

Se a obrigação *não* for integralmente satisfeita, o procedimento executivo prossegue, podendo o exeqüente requerer uma segunda penhora (CPC, art. 667, II).

Problemas vários surgem quando há *concurso de credores*, cada qual com o seu título legal de preferência sobre o dinheiro depositado (CPC, art. 709, II). Ao tema, que é bastante complexo, foi dedicado o próximo item.

Se há apenas um credor, a entrega do dinheiro far-se-á por *atribuição* ao credor exeqüente; se houver vários credores, a entrega do dinheiro far-se-á por *distribuição*[1].

3. DIREITO DE PREFERÊNCIA. CONCURSO DE PENHORAS

3.1. Disciplina geral

Havendo várias execuções com penhoras sobre o mesmo bem (concurso de penhoras), cada credor conservará seu título material de preferência (direito real de garantia ou privilégio), mas, para os demais (quirografários que são), aplicam-se três regras.

1. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., p. 778.

1ª regra: o credor da *primeira penhora* tem preferência no recebimento do dinheiro que resultar da expropriação do bem (art. 612[2] c/c art. 711[3]).

> Da redação do art. 711 do CPC emerge uma questão: o "credor que promoveu a execução", mencionado no dispositivo, corresponde ao credor que realizou a primeira penhora (citado no art. 612)?
>
> O art. 711, ao dispor que receberá em primeiro lugar o credor que "promoveu a execução" ("promoveu a expropriação") afasta a preferência para o credor quirografário que penhorou em primeiro lugar?
>
> Na verdade, o art. 711 supõe que o titular da primeira penhora tenha sido o mais diligente também para promover, em primeiro lugar, a alienação dos bens penhorados. Interpretado literal e isoladamente, conduz à equivocada conclusão de que o credor exequente será satisfeito em primeiro lugar – e não o concorrente com primeira penhora. Mas não é este o entendimento adotado. O art. 711 não consagra exceção à preferência da primeira penhora do art. 612. O credor quirografário promovente da primeira penhora será pago antes daquele que promoveu os atos de expropriação.[4].

2ª regra: o credor com *segunda penhora* só exercitará seu direito sobre o *saldo* que porventura houver após a satisfação do credor da primeira penhora (CPC, art. 711).

3ª regra: sucessivas penhoras sobre o *mesmo* objeto não afetam o direito de preferência dos que anteriormente já obtiveram a constrição judicial (CPC, art. 613)[5].

Nestes termos, preserva-se o direito de preferência do credor quirografário que diligenciou a primeira penhora sobre o bem.

3.2. Pressupostos

São *pressupostos da preferência* do credor penhorante:

a) A existência de uma *pluralidade de execuções* por quantia certa, onde haja penhoras concorrentes sobre o *mesmo* bem do devedor[6].

b) Dentre essas execuções, a pendência da execução promovida pelo credor penhorante, munido de título executivo que documente obrigação líquida e certa[7], com *a primeira penhora* realizada sobre o bem.

---

2. Art. 612 do CPC: "Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados".
3. Art. 711 do CPC: "Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora".
4. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 787.
5. Art. 613 do CPC: "Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência".
6. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 382.
7. O que é bem lembrado por COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 4, cit., p. 318.

Cabe, aqui, uma ressalva. Com base em interpretação sistemática e teológica do CPC e no princípio da proteção do credor mais diligente, havendo *arresto* (pré-penhora, cf. arts. 653 e 654 do CPC) posteriormente convertido em penhora, a preferência oriunda da penhora retroage à data em que o arresto foi efetivado[8]. A presteza em arrestar, assim como a presteza em penhorar, é digna de prestígio e proteção. Não é, aliás, por outra razão que o art. 667, III, do CPC, prevê a possibilidade de o credor desistir da penhora de bem já penhorado ou *arrestado*, afinal já haverá preferência de outrem sobre ele[9].

Diz-se que na expressão "penhora" do art. 612 estão abrangidos tanto o arresto executivo (CPC, arts. 653-654)[10], como também o arresto cautelar (CPC, arts. 813 e segs.)[11]. Há quem entenda, porém, que só o arresto executivo daria o direito de preferência, não o cautelar (que não teria eficácia executiva equivalente à penhora, nem estaria na iminência de ser nela convertido)[12]. Parece realmente que, se o arresto cautelar vier a resolver-se em penhora (CPC, art. 818), a preferência deve retroagir à data do arresto; se assim não fosse, a garantia do arresto "ficaria irremediavelmente comprometida se, no concurso posterior de prioridade, a data da efetivação do arresto não fosse considerada"[13].

Conclui-se, então, que o direito de preferência pressupõe que o credor tenha feito a primeira *penhora* ou o primeiro *arresto* sobre o bem.

c) A solvência do devedor, pois a preferência não sobrevive à decretação de insolvência civil quando credores quirografários concorrerão em igualdade (*par conditio creditorum;* CPC, art. 612).

d) A inexistência de credor com título legal de preferência, na forma dos arts. 957-961 do Código Civil.

> *Algumas notas sobre os títulos legais de preferência.*
>
> Conforme consta do art. 958, CC, os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais de garantia (privilégios como os decorrentes de crédito fiscal,

---

8. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 787; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 380.
9. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 787.
10. STJ, 4ª T., REsp n. 759.700/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 18.08.2005, publicado no DJ de 24.04.2006, p. 407.
11. STJ, 1ª T., REsp n. 871.190/SP, rel. Min. Luiz Fux., j. em 07.10.2008, publicado no DJe de 03.11.2008. Veja, a propósito, trecho da ementa do julgado do STJ, 4ªT., REsp n. 2.435/MG, rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 01.12.1994, publicado no DJ de 28.08.1995: "Em interpretação sistemática, é de ter-se por abrangida, na expressão "penhora" do art. 612, CPC, as figuras de arresto contempladas nos arts. 653/654 e 813/821 do mesmo diploma legal". Assim, também, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 617; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 8, t. 2, p. 86-87.
12. Assim, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 380; ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 787.
13. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed., v. 8, t. 2, cit., p. 87. Assim, também, ARMELIN, Donaldo, RIZZI, Sérgio, ALVIM NETTO, José Manoel Arruda, LACERDA, Galeno, FERNANDES, José Scarance. "A preferência pela penhora e o arresto convertido em penhora". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1978, n. 9, p. 201-206.

trabalhista etc. e os direitos reais de garantia). O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral. (CC, art. 961).

Não havendo título legal de preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum (CC, art. 957).

Imprescindível conferir a organização de ARAKEN DE ASSIS[14] dos privilégios e preferências, considerando a legislação mais atual:

"(...) possível arrolar a ordem dos credores no concurso de preferências, ressalvando-se a simplicidade decorrente da ausência de uma administração comum do bem penhorado – e, portanto, dos créditos extraconcursais de que cogita o art. 84 da Lei 11.101/2005 –, típica da execução coletiva, a saber: a) o titular de crédito trabalhista e o do crédito proveniente de acidente de trabalho, aquele até o limite de 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, ressalva feita à hipótese de cessão a terceiro, hipótese em que passa a quirografário – art. 83, I § 4º, da Lei 11.101/2005; b) o titular de crédito real 'até o limite do valor do bem gravado' (art. 83, II, da Lei 11.101/2005) c) as pessoas de direito público titulares de crédito tributário (entre elas, caso concorram, a ordem é a do art. 187, parágrafo único, do CTN: primeiro, a União; segundo, os Estados e o Distrito Federal, conjuntamente e *pro-rata*; terceiro, os Municípios, conjuntamente e *pro-rata*), 'independentemente da sua natureza e tempo de constituição[15]', ressalva feita às multas tributárias (art.83, III, da Lei 11.101/2005); d) o titular de créditos dotados de privilégio especial, por sua vez discriminados em três classes: os créditos previstos no art. 964 do CC-02[16], os assim definidos em outras leis civis e comerciais e aqueles a que a lei confere direito de retenção (art.83, IV, da Lei 11.101/2005); e) o titular de créditos dotados de privilégio geral, também subdivididos em três classes: os créditos mencionados no art. 965 do CC–02[17], os

14. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 785 e 786.

15. Sobre o concurso entre penhoras obtidas por autarquias federais e pela Fazenda Estadual, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular n. 497, que dispõe: "Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem". Os precedentes que lastrearam a edição do sobredito enunciado fundamentaram as conclusões respectivas no art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, bem como no art. 29, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), este último expresso ao tratar do privilégio dos créditos de titularidade das autarquias federais.

16. "Art. 964 do Código Civil: "Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários".

17. "Art. 965 do Código Civil: "Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivo e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por

previstos no parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005 (obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial) e os assim definidos em outras leis civis e comerciais, ressalvada disposição em contrário da lei falimentar (art. 83, V, da Lei 11.101/2005); f) o credor quirografário – todo o crédito não incluído nas classes anteriores, bem como os saldos dos créditos reais e dos créditos trabalhistas (art.83, VI, da Lei 11.101/2005), 'a quem, por força da penhora, cabe o direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados' (art. 709, I, parte final, do CPC), cumprindo assinalar que, quanto aos imóveis, a preferência decorre do registro (art. 659, § 4º); g) 'as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias' (art. 83, VII, da Lei 11.101/2005); e h) os créditos subordinados (art.83, VIII, da Lei 11.101/2005)"

Esta ordem de preferência organizada por ARAKEN DE ASSIS aplica-se apenas ao processo de falência. No caso de uma execução civil (não havendo falência), há de aplicar-se o disposto no art. 186 do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, segundo o qual "o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho". Na falência, o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado (CTN, art. 186, parágrafo único). Assim, não sendo caso de falência, o concurso de preferências, na execução civil, inicia pelos créditos de acidente de trabalho ou da legislação trabalhista. Em seguida, já se apresentam os créditos tributários para, somente depois, virem os créditos com garantia real e as preferências legais.

Observe-se que o titular do direito real de garantia sobre o bem penhorado será intimado da penhora, para que tenha ciência da execução e receba o produto da expropriação em primeiro lugar (CPC, arts. 615, II, 619 e 698). Não há necessidade de que o credor com garantia real tenha promovido a execução do seu crédito ou de que tenha obtido a penhora do bem em garantia[18]. Observe-se, ainda, que o direito real de garantia deve ter sido constituído antes da pendência do procedimento executivo contra o devedor, sob pena de poder caracterizar-se fraude à execução (CPC, art. 593).

Já o *credor privilegiado* precisa promover a execução do seu crédito e penhorar o bem, para que possa exercer o seu privilégio. O credor privilegiado, mesmo penhorando o bem posteriormente, recebe o produto da expropriação primeiramente. É uma espécie de

---

despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à mantença do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral".

18. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 781. Há jurisprudência do STJ sustentando que o credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro (STJ, 3.ª T., REsp n. 159.930-SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 06.03.2003, publicado no DJe de 16.06.2003, e STJ, 3.ª T., REsp n. 7632-PR, rel. Min. Nilson Naves, j. em 09.04.1991, publicado no DJe de 20.05.1991). Em sentido diverso, exigindo prévia execução, STJ, 4.ª T., REsp n. 32881-SP, rel. Cesar Asfor Rocha, j. em 02.12.1997, publicado no DJe de 27.04.1998.

direito de "*furar a fila das penhoras*". O credor privilegiado *não pode* exercer o privilégio sem ter obtido a penhora do bem objeto do concurso de créditos[19].

3.3. Natureza jurídica

Há quem diga que essa preferência teria a natureza de um direito real, porquanto oponível *erga omnes*[20]. Reconhecem como inerente a ela (a penhora) o direito de seqüela, que se revelaria pela ineficácia de eventuais alienações do bem penhorado. A força da seqüela poderia ser invocada contra qualquer outro credor sem privilégios ou garantias. Seria equivalente a uma garantia pignoratícia.

Todavia, não há como vislumbrar aí a natureza de direito real, afinal a preferência: *i)* cede diante de um privilégio material ou direito real; *ii)* é restrita à execução de quantia certa; *iii)* só se opõe aos credores quirografários que penhoraram o mesmo bem (não goza de autêntica eficácia *erga omnes*); *iv)* condiciona-se à solvência do devedor – pois se insolvente for (CPC, art. 748 ss.), o bem penhorado será arrecadado em benefício da massa de credores[21].

É similar a um direito real, não se pode negar, mas não há uma identidade total, a ponto de enquadrar-se nesta categoria[22].

3.4. O incidente: sujeitos e objeto

Quando existe mais de um credor com penhora (ou com direito real de garantia) sobre o mesmo bem, em vias de ser adjudicado ou alienado, deve-se instaurar um *concurso particular de preferências*, na forma dos arts. 711-713, CPC, para que se defina o destino do produto da venda.

O concurso de preferências é incidente cognitivo do procedimento executivo, mais precisamente da fase de pagamento, do qual participam o exeqüente e os demais credores do executado[23], com penhora ou outro título legal de preferência sobre aquele mesmo bem.

---

19. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 781. Ver, assim, STJ, 1ª T., REsp n. 871.190/SP, rel. Min. Luiz Fux., j. em 07.10.2008, publicado no DJe de 03.11.2008; STJ, 1ª T., REsp n. 655.233/PR, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 21.08.2007, publicado no DJ de 17.09.2007. Em sentido diverso, em relação ao crédito trabalhista, dispensando prévia penhora, STJ, 2ª T., REsp n. 1180192-SC, rel. Min. Eliana Calmon Richa, j. em 16.03.2010, publicado no DJe de 24.03.2010.
20. A favor, CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 136; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 595.
21. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 377. Assim, Contra, LIEBMAN, Enrico. *Processo de Execução*, cit., p. 126; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 590; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 243; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. 10, p. 8.
22. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 377.
23. Lopes da Costa e Liebman, em sentido diverso, sustentam que o concurso de credores é processo de execução coletiva, pois se reúnem em um só processo várias execuções (cumulação objetiva de execuções), formando os credores concorrentes um litisconsórcio ativo, simples, por afinidade de pontos de fato (para Lopes da Costa e Buzaid) ou comunhão de interesses (Liebman) (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 4, p. 317; LIEBMAN, Enrico. *Processo de Execução*, cit., p. 192-193). Sobre a cumulação de ações e o litisconsórcio, conferir, também, MARQUES, José Frederico. *Manual*

Há quem diga que o executado não participa[24] do incidente. Mais prudente é a doutrina[25] que exige sua intimação, para que fale da pretensão de preferência dos credores concorrentes – quando pode, inclusive, questionar a legitimidade do seu título ou de sua penhora, por exemplo. O executado tem interesse em que no concurso só sejam admitidos credores legítimos.

O objeto do incidente é estabelecer, por decisão interlocutória[26], a ordem em que os credores receberão o dinheiro a que fazem jus, que deve ser estabelecida, da seguinte forma:

i) primeiro, devem ser satisfeitos aqueles que têm *título legal de preferência material* (créditos fiscais, trabalhistas, garantido por hipoteca ou penhor etc.);

ii) segundo, não existindo prelações materiais anteriores (ainda insatisfeitas), os *credores quirografários, na ordem em que realizadas as penhoras* (observando a máxima *prior tempore, potior iure*).

Nesta linha de raciocínio, nada impede que o exeqüente, autor do processo em que se realizou a expropriação do bem, seja o último a receber: basta que, havendo várias penhoras, a sua penhora seja a derradeira, por exemplo. O que importa é a *ordem das penhoras*, e não o estágio em que se encontram as execuções concorrentes (em fase de expropriação ou não).

Por fim, se o dinheiro apurado não for suficiente para pagar todos os credores: *i)* cabe a um dos credores pedir a suspensão do incidente, para instaurar execução por quantia certa contra devedor insolvente; ou *ii)* ir atrás de outros bens para saldar a dívida[27].

---

de Direito Processual Civil, v. 4, p. 210; e BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 246 segs.

Esposamos entendimento distinto. Trata-se de mero incidente no processo executivo (tal como defende ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 387 ss.), com objeto próprio e limitado (definição da ordem de pagamento), em que os credores concorrentes apresentam pretensões de pagamento preferente com o dinheiro arrecadado com a expropriação. E o incidente tem certo tom de duplicidade, pois a pretensão incidente de um credor concorrente é, ao mesmo tempo, uma resistência ao atendimento da pretensão de outro (s) – ao dizer que sua penhora é anterior, já está defendendo que a de outro é posterior. Mas a imagem adequada para se visualizar graficamente a disputa não é de cabo de guerra (com autor e réu de cada lado), pois não há, necessariamente, dois lados de ataque/resistência simultâneos, podendo haver três ou mais. O devedor, por sua vez, não é titular de pretensão de preferência, nem é intimado para resistir a uma dela. É intimado como terceiro juridicamente interessado na exclusão de credores ilegítimos – que não devem receber qualquer pagamento.

24. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 347; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 348-350. Este último defende que a preferência ou privilégio é direito processual do credor em face do Estado.
25. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 250 segs.; COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 4, p. 315-317; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 210; LIEBMAN, Enrico. *Processo de Execução*, cit., p. 196.
26. A nova redação do art. 713, CPC, corrige a anterior, que falava em sentença: "Art. 713. Findo o debate, o juiz decidirá".
27. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 348.

3.5. Questões de alta indagação

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR[28] traz a possibilidade de serem levantadas, inclusive pelo executado, *questões de alta indagação*, no âmbito do incidente, tais como a validade do título de um dos credores concorrentes, a extinção do seu crédito *etc.* Nessa hipótese, o autor admite que o juiz suste o pagamento e remeta os interessados para as vias ordinárias.

Já ARAKEN DE ASSIS[29] sugere que tais questões sejam excluídas do concurso e que jamais possam suspendê-lo. Cabe ao interessado, se quiser, invocá-la por ação autônoma, diz o autor.

É certo que o art. 712 do CPC restringe a cognição desse incidente, ao determinar que o concurso "versará unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora".

Cumpre ponderar se não seria o caso de considerar uma terceira via: verificar se a matéria ainda é suscetível de ser alegada e discutida em sede de execução ou se já foi alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474) formada em fase de conhecimento ou sobre decisão de impugnação ou embargos de executado. Já havendo preclusão, não deve o juiz intimidar-se pelo debate, nem tampouco sustar o pagamento. Não havendo preclusão sobre a matéria, porquanto ainda esteja sendo discutida, legitimamente, em sede de impugnação ou de embargos de executado, deve o juiz (prevento que é para todas as execuções singulares), por tratar-se de questão prévia, suspender o incidente e resolvê-la. O juízo da causa é prevento para as ações conexas em que se discuta o título executivo (cf. capítulo sobre a defesa do executado), se o critério for de competência relativa. Sendo absoluta a competência, não há prevenção, devendo-se aguardar o desfecho da discussão travada no outro processo. Assim, e ressalvados os casos em que essas questões estiverem sendo examinadas em outro processo por outro juízo com diversa competência *absoluta*, o juiz tem também a competência para examinar as questões prévias à execução relacionadas Se, porventura, essas questões já estiverem sendo debatidas em outros processos, deverá haver a suspensão do incidente, em razão de prejudicialidade ou preliminaridade externa (CPC, art. 265, IV, "a").

3.6. Procedimento

Necessário traçar o itinerário desse incidente processual, na forma dos artigos 712 e 713 do CPC.

Chegada a fase de expropriação de bem alvo de diversas penhoras, deve o juiz, na forma do art. 698 do CPC[30], determinar, de ofício, a intimação dos credores concorrentes (ou

---

28. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 395.
29. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 788.
30. Art. 698 do CPC: "Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução".

com garantia real sobre o bem). Os credores devem estar cientes da expropriação iminente, para, na fase de pagamento, garantir eventuais preferências na satisfação do seu crédito.

Feita a expropriação e iniciada a fase satisfativa (CPC, art. 709 segs.), é hora de instaurar-se o concurso particular de preferência dos credores.

> Dignos de nota são os efeitos que a habilitação de credor nesse concurso produz sobre o prazo prescricional do seu crédito.
>
> Em valiosa síntese, Alberto Camiña Moreira[31] constata a existência, no direito estrangeiro, de dois regimes de interrupção/suspensão da prescrição em face do devedor falido/insolvente: (i) aquele que consagra a interrupção da prescrição com a habilitação do crédito (ou outro ato de manifestação da pretensão do seu recebimento), como se dá na Alemanha, França, México, Itália e Argentina, por exemplo; (ii) aquele que prevê a suspensão ou interrupção automática da prescrição com a sentença de falência, como na Espanha e Portugal.
>
> No Brasil, existem duas regras sobre o tema.
>
> De um lado, o art. 6°, *caput*, da Lei n.° 11.101/2005, segue a linha do segundo regime supracitado, ao dispor que a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso do prazo prescricional, regra que costuma ser esquecida.
>
> De outro, o art. 202, IV, CC, revela-se mais próximo ao primeiro regime supracitado, já que prevê que a apresentação do *título de crédito* – o que, para muitos, pode ser a apresentação de *habilitação de crédito*, acompanhada do documento comprobatório do crédito – em concurso de credores interrompe o prazo prescricional, regra esta que costuma ser normalmente invocada.
>
> Alberto Camiña Moreira defende que o art. 6°, *caput*, da Lei n.° 11.101/2005, diante da sua especialidade, deve ficar restrito à recuperação judicial, à falência, à insolvência civil e à liquidação extrajudicial (execuções universais), e o art. 202, IV, CC, seja aplicado, portanto, ao único concurso de credores remanescente no contexto da execução singular de credor solvente no regime do CPC/73: o concurso de preferências ou especial dos arts. 711-713, CPC, ora tratado.
>
> Ocorre que, mesmo aí, sua incidência seria limitada. Para os credores intervenientes no concurso com simples penhora sobre o bem, a instauração do seu próprio processo executivo já teria interrompido o prazo prescricional (art. 617, CPC, c/c art. 202, II, CC). Logo, na verdade, a regra do art. 202, IV, CC, só seria aplicável ao credor com garantia real, que pode intervir no incidente concursal independentemente de ter ajuizado sua própria execução, momento em que o prazo prescricional, para ele, é interrompido.

Mas o incidente só será instaurado por iniciativa de um destes credores interessados (com penhora sobre o bem, realizada em outra execução, ou com título legal de preferência), provavelmente já intimados (art. 698), que devem apresentar um *protesto de preferência*[32].

---

31. MOREIRA, Alberto Camiña. *Prescrição no concurso de credores*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.
32. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 791.

Feito o protesto e instaurado o incidente, os demais credores devem ser intimados para formular suas pretensões concorrentes de preferência, já indicando, se for o caso, as provas que pretendem produzir em audiência (CPC, art. 712[33]).

Quando todas as pretensões já tiverem sido deduzidas deve ser aberta a oportunidade de manifestações sobre elas. Em nome do contraditório, será determinada a intimação dos demais credores e do devedor comum – que deve ser feita na pessoa dos seus advogados – para falar na defesa de seus interesses. Não havendo prazo específico para que se manifestem, aplica-se a regra do art. 185 do CPC[34], que deve ser dado em dobro, na forma do art. 191 do CPC[35].

Ao elaborarem suas defesas, todos devem lembrar que se trata de um incidente em que a cognição do magistrado é limitada, só sendo possível que os credores suscitem e discutam o direito de preferência e a anterioridade da penhora (CPC, art. 712, parte final).

Instalando-se controvérsia sobre as questões mencionadas, se for necessário, o juiz designará uma audiência para que os credores provem suas preferências materiais e alegações relativas à ordem da penhora[36]. Garantido o debate oral, deverá o juiz decidir, de preferência, na própria audiência.

> Na redação anterior do artigo 713, dizia o legislador que, findo o debate, o juiz encerraria o incidente com uma "sentença".
>
> Ocorre que, tratando-se de simples incidente em execução por quantia certa, a sua solução se dá por decisão interlocutória e, não, por sentença. É decisão dada no curso da fase executiva, sem encerrá-la.
>
> Bem-vinda foi a correção do erro pela Lei n. 11.382/2006, que diz que o incidente será resolvido por "decisão". E, feita a correção, não restam dúvidas de que o recurso cabível é o agravo de instrumento (art. 522 do CPC)[37], vez que incabível agravo retido na execução (cf. a respeito o v. 3 deste *Curso*).

Admite-se julgamento antecipado da lide nesse incidente (CPC, art. 330, I, e art. 598).

Decidido o incidente, com organização do ativo e passivo e da ordem de pagamento, pode o juiz remeter os autos para contador do juízo elaborar quadro de credores. Não

33. Art. 712 do CPC: "Os credores formularão as suas pretensões, requerendo as provas que irão produzir em audiência; mas a disputa entre eles versará unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora".
34. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 210; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 791.
35. Assim, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 782.
36. Para Frederico Marques, rara é essa hipótese, pois normalmente tudo se resolve com prova documental (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 4, p. 211).
37. Diante das controvérsias anteriores, doutrina e tribunais propugnavam a aplicação do princípio da fungibilidade (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 792 e 793).

cabe, contudo, condenação em honorários advocatícios, a teor do art. 20, § 1º, CPC[38], incabíveis nos incidentes processuais[39].

3.7. Competência para o concurso. "Conexão em razão da penhora"

Segundo o artigo 698 do CPC, com nova redação dada pela Lei n. 11.382/2006, não deve ser feita a expropriação do bem executado, sem que seja intimado, com pelo menos dez dias de antecedência, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que já não seja parte da execução.

Esse dispositivo parece ratificar a idéia de que, na iminência de ato expropriatório, sobre bem objeto de diversas penhoras, as execuções individuais onde foram feitas as ditas constrições deverão ser reunidas por apensamento, para que se unifiquem os atos executivos[40].

> Ora, o bem penhorado é objeto da execução em que será expropriado, mas é comum a outro(s). Por isso, diz-se que há conexão entre as ações onde aquele mesmo bem foi penhorado ("conexão em razão da penhora")[41].

Deve ser determinada a reunião das ações propostas em separado para que o problema (divisão do dinheiro arrecadado) seja resolvido simultaneamente. Mas a reunião não deve ocorrer perante o juízo da primeira citação válida ou do primeiro despacho inicial (CPC, art. 106 e 219), regra que não se coaduna com essa modalidade peculiar de conexão. Deve ocorrer, para uns, perante o juízo em que ocorreu a primeira penhora (ou pré-penhora), o que seria tradição em nosso direito (como previa o art. 1.018, CPC/39)[42] e mais bem tutelaria o direito daquele que primeiro penhorou. Para outros, perante o juízo em que está para ocorrer a primeira alienação – pois não teria sentido condicionar o andamento dessa execução ao daquela em que houve primeira penhora, sustando-a[43]. Esta última é a melhor opção.

---

38. § 1º do art. 20 do CPC: "O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido".
39. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 791
40. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 334.
41. Segundo Humberto Theodoro Jr., conexão baseada no artigo 103 do CPC - que se aplica execução por força do artigo 598 do mesmo Código (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 334). Para nós, é modalidade peculiar de conexão, entre processos que não têm mesmo pedido ou causa de pedir – nem mesmo de forma remota. Só há identidade entre o objeto da expropriação que garantirá a satisfação do direito.
42. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 789. Adotando esse posicionamento, STJ, 3ª T., REsp n. 976.522, j. em 02.02.2010, publicado no DJe de 25.02.2010. Baseando-se na ideia de prevenção, a relatora, Min. Nancy Andrighi, determinou que o juízo competente para deliberar sobre a divisão de bem simultaneamente penhorado por mais um credor (em processos distintos) seria *aquele que determinou a primeira penhora*, aplicando regra existente na vigência do CPC de 1939 (art. 1018), em razão da ausência de norma no CPC de 1973 sobre o tema.
43. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 387. O autor expõe bem a controvérsia.

As execuções individuais devem ser reunidas no juízo da expropriação iminente e é ele o competente para processar e decidir o incidente de concurso particular de preferência.

Se os processos correm perante juízos com competência material, pessoal ou funcional (enfim, absoluta) distinta, não é possível a reunião das causas[44], devendo o juízo que detém o bem penhorado, promover sua expropriação e colocar o dinheiro à disposição do juízo da primeira penhora[45].

Por fim, relembre-se que, de acordo com o n. 270 da súmula do STJ: "O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal".

44. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 388.

45. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 790. A despeito disso, a relatora Min. Nancy Andrighi, no julgamento do Resp n. 976522, pela 3ª T. do STJ, em 02.02.2010, publicado no DJe de 25.02.2010, ratifica que se as execuções correm em justiças diversas, mesmo não sendo possível a reunião das diversas execuções, prevalecerá a competência do juízo em que a primeira penhora for efetivada; contudo, em sendo a penhora feita no rosto dos autos – e o dinheiro que será utilizado para pagamento dos credores não se encontra à disposição do juízo que efetivou a primeira penhora -, a relatora atribui ao próprio juízo onde foi efetuada a penhora no rosto dos autos a competência para decidir acerca de divisão de valores entre os credores, considerando, inclusive, que é nele que se concentram todos os pedidos de penhora. Acompanhando a relatora, a turma deu parcial provimento ao recurso para que o depósito judicial permaneça à disposição do Juízo onde ocorreu a penhora no rosto dos autos, declarando sua competência para decidir sobre a divisão dos valores entre os credores.

CAPÍTULO XXIII

USUFRUTO JUDICIAL DE MÓVEL OU IMÓVEL

Sumário • 1. Noção geral do usufruto e sua razão de ser – 2. Breve escorço histórico – 3. Natureza jurídica e terminologia – 4. Pressupostos – 5. Procedimento.

1. NOÇÃO GERAL DO USUFRUTO E SUA RAZÃO DE SER

Na execução por quantia certa, o exeqüente pretende receber, em dinheiro, o valor que lhe é devido. Realizada a penhora, poderá o exeqüente adjudicar o bem penhorado. Não se operando a adjudicação, impõe-se realizar a expropriação do bem, a fim de que o produto da venda seja destinado ao exeqüente. E tal expropriação pode realizar-se pela alienação por iniciativa particular ou por alienação em hasta pública.

Nos termos do art. 646 do CPC, a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor. Sendo *patrimonial* a responsabilidade do devedor, seus bens são atingidos com a execução, respondendo pela dívida que contraiu. Significa que a satisfação da dívida pela execução forçada ocorre com a expropriação de bens do devedor. O patrimônio do devedor se vê desfalcado de modo permanente: determinado bem é retirado, definitivamente, do acervo do devedor, com vistas a satisfazer o crédito do exeqüente. Há, enfim, uma perda de bens do devedor. Tal procedimento pode revelar-se extremamente gravoso.

Se é certo que a execução corre no interesse do credor, devendo ser efetiva (CPC, art. 612), não é menos evidente que deve processar-se pela forma menos gravosa para o devedor (CPC, art. 620).

Se o devedor dispõe de bens que produzem rendimentos, é preferível – por ser menos oneroso – que se atenda aos interesses do credor sem que o devedor seja despojado da sua propriedade. Em vez de ser expropriado bem do devedor, basta que se atribuam ao credor, em caráter temporário, os rendimentos produzidos pelo bem. O devedor conservará, com essa restrição, o domínio do bem, que será restabelecido, em sua plenitude, quando da total satisfação do crédito. Assim, sem prejuízo para o credor, que irá receber o valor que lhe é devido, adota-se solução vantajosa para o devedor, impondo-lhe um menor sacrifício.

Essa é a razão que inspira o usufruto de móvel ou imóvel, que constitui uma das formas de expropriação (CPC, art. 647, IV).

Privado do bem por certo prazo, mas conservando seu domínio, o devedor satisfaz o crédito do exeqüente, a quem são atribuídos os rendimentos do bem penhorado, até o termo final, quando estará integralmente satisfeito o crédito.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

O usufruto de móvel ou imóvel é um instituto da tradição luso-brasileira. A Lei de 20.6.1774, que disciplinou "os leilões, arrematações de bens do Depósito Geral, fixando as regras para as preferências", estabelecia, em seu § 24, que se os bens valessem o *dobro* do crédito exeqüendo, ou mais, devia o juízo da execução determinar fossem avaliados os rendimentos anuais, a fim de adjudicá-los ao credor pelos anos que bastassem para o pagamento da dívida[1].

O referido diploma legal, como se vê, já previa um usufruto, quando houvesse grande diferença de valor entre a dívida e os bens. Esse era o requisito para que se deferisse o usufruto: a grande diferença entre o valor da dívida e o valor do bem penhorado.

Tal norma foi incorporada ao Regulamento n. 737/1850, cujo art. 564 previa: "Se os bens são indivisos e o seu valor excede o *dobro* da dívida, *não* se arremata ou adjudica a *propriedade* deles, mas adjudicar-se-ão ao credor sem abatimento algum os *seus rendimentos* por tantos anos quantos bastem para o pagamento da dívida". Segundo esclarece JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, tal regra comportava algumas exceções, a saber: *a)* quando o executado tinha outras dívidas acumuladas, superiores à metade do valor dos bens penhorados; *b)* quando o próprio executado havia nomeado à penhora esses bens, apesar de possuir outros de menor valor; *c)* quando os bens penhorados não produziam rendimentos[2].

> A segunda exceção, referida na letra *b* supra, incorporava, como se percebe, o princípio da boa fé, concretizando a proibição do *venire contra factum proprium*, além de caracterizar, em termos processuais, uma preclusão lógica, porquanto, tendo o bem sido nomeado pelo próprio executado, não se poderia ter como excessiva a penhora, nem se poderia entender que a alienação do bem fosse mais onerosa do que o simples usufruto de seus rendimentos. E isso porque era o próprio executado quem indicava o bem à penhora, mesmo dispondo de outros de menor valor.

Semelhantemente, a Consolidação de Ribas, de 1876, consagrava tal disciplina em seus arts. 1.329[3] e 1.331, se bem que, em seu art. 1.330, era permitido ao exeqüente "fazer arrematar, ou adjudicar, em vez da propriedade, os rendimentos de um, ou mais imóveis, simultaneamente". Havia, então, previsão de usufruto do bem penhorado, sem que se verificasse a desproporção prevista no art. 1.329[4].

O requisito, até então exigido, da grande diferença entre o valor da dívida e o valor do bem penhorado, deixou de ser previsto na legislação superveniente. O art. 982 do CPC

---

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 26, p. 10.
2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". cit., p. 10.
3. "Se o valor dos bens penhorados exceder o dobro da dívida, não serão arrematados, nem adjudicados, e sim se arrematarão, ou se adjudicarão, os seus rendimentos por tantos annos quantos bastem para o pagamento da dívida".
4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". cit., p. 10.

de 1939 não continha qualquer referência a tal requisito. O instituto, à época do CPC de 1939, era conhecido como "adjudicação de rendimentos".

Em sua redação originária, o art. 716 do CPC atual assim estabelecia: "O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida". Aquela versão originária do atual CPC chamava essa técnica expropriatória de "usufruto de imóvel ou de empresa".

Com o advento da Lei n. 11.382/2006, a redação do art. 716 do CPC restou alterada, passando a ostentar o seguinte texto: "O juiz pode conceder ao exeqüente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito".

Na sua concepção originária, o atual CPC previa o usufruto judicial para imóvel ou empresa. Com as mudanças levadas a efeito pela Lei n. 11.382/2006, restou suprimida a previsão do usufruto de empresa, passando a constar a previsão de usufruto de bens móveis. Não há mais, efetivamente, o usufruto de empresa. Em seu lugar, há, agora, a previsão de penhora sobre percentual de faturamento da empresa, cujo regramento é mais simples[5] (CPC, art. 655, VII), examinada no capítulo sobre a penhora. A técnica expropriatória, que era chamada de "usufruto de imóvel ou de empresa", passou a denominar-se "usufruto de móvel ou imóvel".

Repita-se: não há mais usufruto judicial de empresa. O que existe é usufruto de móvel ou imóvel. Além disso, não mais se exige, para o usufruto de móvel ou imóvel, que haja grande diferença entre o valor da dívida e o valor do bem penhorado, impondo-se, na verdade, que a medida se revele, a um só tempo, menos gravosa ao executado e eficiente para o recebimento do crédito.

3. NATUREZA JURÍDICA E TERMINOLOGIA

O Código de Processo Civil denomina o instituto em foco de "usufruto". No Direito Civil, o usufruto constitui, nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, um "... direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade"[6]. Nos termos do art. 1.390 do Código Civil, "O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades".

Adotou-se, como se observa, a denominação de um tradicional instituto do Direito Civil, o que sugere que ao regime processual do usufruto previsto nos arts. 716 a 724 do CPC aplicar-se-iam, ainda que supletivamente, as regras concernentes ao usufruto, direito real, previsto no Código Civil.

> Para distinguir um instituto do outro, há quem denomine o usufruto previsto no CPC de *usufruto judicial*, havendo, por outro lado, quem prefira chamá-lo de *usufruto*

5. THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 166.
6. *Instituições de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 4, n. 340, p. 196.

forçado. Prefere-se, aqui neste *Curso,* a denominação de *usufruto judicial,* pois ele não é, rigorosamente, forçado.

Os institutos não se confundem. A adoção do mesmo nome não importa identidade de características entre o usufruto judicial e o que recebe igual prenome no direito material[7].

Confrontando uma figura com outra, constata-se que, em essência, há muitas diversidades. Não é por haver identidade das denominações que devam, necessariamente, os institutos submeter-se ao mesmo tratamento ou regime jurídico. As normas que regulam o direito real de usufruto não devem, em rigor, governar o usufruto judicial.

> Apenas para ficar em alguns exemplos, cumpre reportar-se à lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que bem demonstra a diversidade entre o instituto civil e o instituto processual: "Feita a abstração de outros aspectos, basta ver que ao 'usufruto de imóvel ou de empresa', no processo de execução, não é essencial a atribuição do *uso* ao credor, a quem interessa exclusivamente a percepção de frutos. Mais: o usufruto civil de modo algum pressupõe a existência de dívida do proprietário para com o usufrutuário, nem, por conseguinte, se prende à idéia de *pagamento* feito a este: ora, tais notas são absolutamente inseparáveis do 'usufruto' disciplinado no Código de Processo Civil, que sem elas se descaracterizaria por completo, deixaria de ser o que é"[8].

O usufruto de móvel ou imóvel previsto no CPC não guarda, em essência, similitude com o usufruto previsto no Código Civil, quer na modalidade voluntária, quer na modalidade legal. Em que pese a homonímia, constituem institutos diversos, submetidos a tratamentos diferentes.

Na verdade, o usufruto judicial mais se assemelha à anticrese[9], cuja disciplina está contida nos arts. 1.506 a 1.510 do Código Civil. Realmente, segundo dispõe o art. 1.506 do Código Civil, ao tratar da anticrese, "Pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos". O usufruto de móvel ou imóvel previsto no CPC tem em comum com a anticrese o pressuposto da existência de dívida, atribuindo à percepção dos frutos a função precípua de meio de sua satisfação.

Embora haja essa semelhança entre o usufruto judicial e a anticrese, é evidente que se trata de institutos diferentes, cada um com seu regime jurídico próprio. Caso, porém, haja omissão de regra a respeito de determinada situação que surja no usufruto judicial, cumpre, dada a similitude entre os institutos, aplicar normas relativas à anticrese[10], não se aplicando a disciplina concernente ao usufruto previsto no Código Civil.

---

7. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000, v. 9, p. 388.
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". cit., p. 12.
9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". cit., p. 12; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 332.
10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". cit., p. 12; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* cit., p. 332.

Tal semelhança entre o usufruto judicial e a anticrese é tão evidente que o § 2º do art. 982 do CPC de 1939 determinava que à "adjudicação de rendimentos" fossem aplicadas as normas relativas à *anticrese,* considerando o credor adjudicatório um anticresista.

Em sua concepção originária, o atual CPC previa o usufruto judicial apenas para imóvel ou empresa. Não havia previsão para usufruto judicial de bens móveis. Aplicado o regime da *anticrese,* não seria, realmente, possível o usufruto judicial de bens móveis, exatamente porque a anticrese aplica-se apenas em relação a bens imóveis. Entendendo aplicável o regime do usufruto previsto no Código Civil, seria, então, cabível o usufruto de bens móveis. Assim, parte da doutrina defendia que ao usufruto judicial eram aplicáveis as regras do usufruto civil, de sorte que, numa interpretação sistemática, entendia que era possível o usufruto judicial de bens móveis.

> A Lei n. 11.382/2006 alterou a disciplina do *usufruto judicial,* passando a prever sua incidência em relação a móveis e imóveis. A atual referência a bens móveis fez com que alguns autores, a exemplo de GLAUCO GUMERATO RAMOS, entendessem que, a partir de agora, o *usufruto judicial* passou a identificar-se com o *usufruto* previsto no Código Civil, eis que cabível tanto para móveis como para imóveis[11].
>
> Não é, contudo, a circunstância de aplicar-se a móveis ou não que faz o *usufruto judicial* equiparar-se ao usufruto do Código Civil ou a receber os influxos das regras a este pertinentes. Em essência, o *usufruto judicial* não se alterou; passou apenas a poder ser realizado em relação a móveis. Em nada mais se assemelha ao usufruto civil, mantendo semelhança com a *anticrese.* Bem por isso, uma eventual lacuna legislativa deverá ser colmatada com a aplicação das regras contidas no Código Civil que dizem respeito à *anticrese,* e não ao usufruto.

Não obstante a semelhança terminológica com o usufruto do Código Civil, e sem embargo da similitude ontológica com a anticrese, o certo é que o usufruto judicial consiste num meio de expropriação, realizado no processo de execução, que se destina à satisfação do crédito do exeqüente, não se confundindo com aqueles direitos reais, disciplinados no direito material.

4. PRESSUPOSTOS

Para que o juiz conceda o usufruto judicial, é preciso que a medida seja, a um só tempo, efetiva para o recebimento do crédito e menos gravosa para o executado. Aí estão, pois, os dois principais pressupostos para o deferimento do usufruto judicial: *a)* a efetividade da medida e *b)* sua menor onerosidade.

Não é possível, contudo, o juiz conceder o usufruto judicial de ofício. Impõe-se a existência de requerimento do exeqüente. Realmente, nos termos do art. 721 do CPC, é lícito ao exeqüente *requerer* o usufruto judicial antes da realização da alienação em hasta pública.

---

11. RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC 2.* São Paulo: RT, 2007, p. 445-446.

Conquanto o art. 721 do CPC refira-se apenas ao exeqüente, deve-se também aceitar o usufruto judicial a pedido do executado. Muito embora a *letra* do dispositivo atribua apenas ao exeqüente a legitimidade para requerer o usufruto judicial, deve-se admitir, em respeito ao princípio da isonomia e ao princípio da menor onerosidade (CPC, art. 620), que o executado também a requeira, devendo o juiz deferi-la, desde que não haja prejuízo para o exeqüente ou desde que haja concordância deste último. Com efeito, o usufruto judicial pode ser requerido ao juiz pelo exeqüente ou pelo executado. Não obstante a lei conferir apenas ao exeqüente a possibilidade de formular tal requerimento, impõe-se permitir que o executado também o faça, quando evidente a ausência de prejuízo ao exeqüente e demonstrada ser essa forma menos onerosa ao próprio executado. O que não pode é o juiz determinar, de ofício, o usufruto judicial, sem que haja qualquer requerimento.

Pela *letra* do art. 721 do CPC, o requerimento para que seja deferido o usufruto judicial há de ser feito até antes de realizada a alienação em hasta pública. Na verdade, o que o dispositivo pretende estabelecer é que, realizada a alienação do bem, não é mais possível que haja o usufruto judicial. Assim, determinada a realização de leilão ou praça, se restar infrutífero o evento, não havendo arrematação, é possível, ainda, que se defira o usufruto judicial. Em outras palavras, não havendo arrematação, permite-se o deferimento do usufruto judicial.

Além desses requisitos (efetividade, menor onerosidade e requerimento), o art. 722 do CPC, na sua redação originária, exigia, ainda, a concordância do executado, quando se tratasse de usufruto de imóvel, não havendo tal exigência no tocante ao usufruto de empresa. Com efeito, assim dispunha o art. 722, em sua redação originária: "Se o devedor *concordar* com o pedido, o juiz nomeará perito para...".

Em sua atual redação, determinada pela Lei n. 11.382/2006, assim estabelece o art. 722 do CPC: "*Ouvido* o executado, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida".

Bem se vê que não se exige mais a concordância do executado[12]. Para o deferimento do usufruto judicial, seja de bem móvel, seja de bem imóvel, não se exige mais a concordância do executado.

A requerimento do exeqüente, o juiz poderá deferir o usufruto judicial, ainda que o executado não concorde. É evidente que o juiz haverá de fundamentar sua decisão, demonstrando a razão pela qual a eventual discordância do executado não merece acolhimento. Embora não se faça mais necessária a concordância do executado, este deve ser ouvido – tal como exige o art. 722 do CPC, em sua nova redação. E, mesmo que não houvesse essa exigência em tal dispositivo, impunha-se dar oportunidade ao executado de manifestar-se, em razão do princípio constitucional do contraditório. Realmente, faz parte do conteúdo mínimo do contraditório, cientificar a parte de requerimento formulado

12. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 795-796; THEODORO Jr., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, cit., p. 169; POZZA, Pedro. *A nova execução de títulos extrajudiciais*. Carlos Alberto Alvaro Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 109 ao art. 722, p. 173-174.

pela parte contrária e conferir-lhe oportunidade de manifestação, a fim de que participe do convencimento do juiz, com o que se instaura um *diálogo* entre as partes e o magistrado, concretizando uma necessária colaboração entre todos os sujeitos do processo.

Consoante já acentuado, é possível que o usufruto judicial seja deferido a pedido do executado. Na hipótese de o executado requerer o usufruto judicial, impõe-se, de igual modo, ouvir previamente o exeqüente, cientificando-o previamente e dando-lhe oportunidade de manifestar-se, com o que participa do convencimento do juiz, em atividade nitidamente cooperativa.

5. PROCEDIMENTO

Requerido o usufruto judicial por uma das partes, deverá o juiz determinar a intimação da parte contrária para que ela se manifeste. Em seguida, o juiz ordena a realização de uma perícia para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida.

Apresentado o laudo, devem as partes sobre ele manifestar-se. Após a manifestação das partes sobre o laudo, o juiz deve proferir decisão, acolhendo ou rejeitando o pedido de usufruto judicial. Da decisão que acolher ou rejeitar o pedido cabe agravo de instrumento, não sendo adequado o agravo retido, exatamente por haver incompatibilidade, não havendo oportunidade posterior para sua reiteração.

A constituição do usufruto judicial se faz *pro solvendo,* e não *pro soluto.* Quer isso dizer que, constituído o usufruto judicial, não está extinta a obrigação. Nos termos do art. 717 do CPC, decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, *até que o exeqüente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios.*

O usufruto persiste até o pagamento integral da dívida, ostentando caráter *pro solvendo*[13]. É bem verdade que, nos termos do art. 722 do CPC, a perícia haverá de calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida. Isso, contudo, não quer dizer que o usufruto somente tenha duração por esse período, já que ele deve persistir até o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios, tal como estabelece o já citado art. 717. É possível que o prazo previsto no laudo pericial não seja exato, pois contingências de mercado podem alterar a estimativa do perito. Ainda que passado o prazo previsto no laudo, cumpre manter o usufruto, até o pagamento integral da dívida. Se, esgotado o prazo, restar evidente não ser mais possível que o usufruto sirva para satisfazer o montante restante, o exeqüente, que já recebeu parte do seu crédito, terá a possibilidade de promover por outra forma a execução pelo saldo.

É importante, de todo modo, deixar consignado que o usufruto judicial constitui medida *pro solvendo,* somente se extinguindo quando toda a dívida for paga. O exeqüente

13. ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 332.3, p. 799; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* cit., p. 337; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos do 'usufruto de imóvel ou de empresa' no processo de execução". cit., p. 15-16.

deve receber por inteiro tudo que lhe é devido, de sorte que o usufruto apenas se extingue após o pagamento de toda a dívida.

O usufruto judicial tem eficácia, tanto em relação ao executado, como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceder (CPC, art. 718). Trata-se de decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento. Ao deferir o usufruto judicial, o juiz deve nomear administrador que será investido de todos os poderes que concernem ao usufrutuário. É possível o exeqüente ser o administrador, se assim concordar o executado e vice-versa, ou seja, é possível que o executado seja o administrador, caso o exeqüente assim concorde (CPC, art. 719).

Se o imóvel estiver arrendado, o arrendatário ou locatário haverá de pagar o aluguel diretamente ao usufrutuário, salvo se houver administrador, a quem deverá ser destinado o pagamento dos aluguéis. Se o administrador for o exeqüente, este poderá celebrar locação do móvel ou imóvel, ouvido o executado (CPC, art. 724). Havendo divergência ou discordância, caberá ao juiz decidir a melhor forma de exercício do usufruto.

O usufruto judicial é cabível, tanto no cumprimento da sentença, como na execução fundada em título extrajudicial. Também é cabível o usufruto judicial, tanto na execução definitiva, como na execução provisória.

> Na opinião de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, a constituição de usufruto não seria permitida na execução provisória, já que ela não abrangeria atos que importem alienação do domínio[14]. Com o devido respeito, parece que a execução provisória permite, sim, atos que impliquem alienação do domínio, *desde que* prestada caução idônea (CPC, art. 475-O, III). Poderá, então, o exequente passar a perceber os rendimentos do móvel ou imóvel, desde que preste caução. Alternativamente, em vez de ser prestada a caução, é possível que se determine, na execução provisória, que os rendimentos sejam depositados em juízo para que os valores sejam liberados com o superveniente trânsito em julgado: confirmada a sentença que condenou o executado, os valores devem ser levantados pelo exeqüente. Reformada ou anulada a sentença, retorna-se ao *status quo ante*, devendo os valores ser destinados ao executado, a quem se permitirá, ainda, liquidar os eventuais danos suportados com tal execução provisória e cobrar os valores em indenização contra o exeqüente, intentada nos próprios autos (CPC, art. 475-O, I e II).

14. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, n. 1.247, p. 231.

CAPÍTULO XXIV

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Sumário • 1. Panorama sobre as espécies de alimentos: 1.1. Noções iniciais; 1.2. Classificação: 1.2.1. Quanto à origem; 1.2.2. Quanto à estabilidade; 1.2.3. Quanto à natureza; 1.2.4. Quanto ao momento– 2. Meios executivos: prisão, desconto e expropriação – 3. Título executivo judicial e extrajudicial de alimentos e a prisão civil – 4. Execução por coerção indireta – 5. Execução por desconto – 6. Execução por expropriação: 6.1. Aplicação das regras de cumprimento de sentença; 6.2. Cabimento; 6.3. Regras gerais de procedimento. Levantamento de dinheiro penhorado; 6.4. Direito de preferência do credor de alimentos; 6.5. Peculiaridades na execução de alimentos indenizativos. Constituição de renda (art. 475-Q, CPC).

1. PANORAMA SOBRE AS ESPÉCIES DE ALIMENTOS

1.1. Noções iniciais

Segundo clássica concepção de PONTES DE MIRANDA, o alimento, em sentido amplo, abrange todo o necessário ao sustento, morada, vestuário, saúde e educação do ser humano[1]. Atualmente, costuma-se acrescentar a este rol o lazer, considerado essencial para o desenvolvimento sadio e equilibrado de todo indivíduo (CF/88, art. 227)[2].

Os alimentos consistem, assim, na prestação voltada à satisfação das necessidades básicas e vitais daquele que não pode custeá-las. E essa prestação pode ser devida por força de lei (CC, art. 1.694, prevista para parentes, cônjuges ou companheiros), de convenção (CC, art. 1.920) ou em razão de um ato ilícito (CC, arts. 948, II, e 950).

Entretanto, para correlacionar o objeto da prestação alimentícia com seu meio de execução, é necessário um estudo breve de algumas de suas classificações, tomando por base sua origem, finalidade, natureza e momento.

1.2. Classificação

1.2.1. Quanto à origem

Os alimentos podem ser classificados, quanto à sua origem, em: a) legítimos; b) voluntários; c) indenizativos.

Os alimentos *legítimos* são aqueles devidos por força de lei, em razão de parentesco, matrimônio ou união estável (CC, art. 1.694; Lei Federal n. 9.278/1996, art. 7º).

Os alimentos *voluntários* são aqueles devidos por força de negócio jurídico *inter vivos* (exemplo: transação) ou *mortis causa* (exemplo: mediante legado, CC, art. 1.920).

---

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 9, § 1.000, n. 1, p. 207.
2. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 905-906.

Segundo ARAKEN DE ASSIS, deve-se ressalvar que é possível, também, que o indivíduo assuma obrigação alimentar através de constituição de renda (CC, art. 803)[3].

Os alimentos *indenizativos* são aqueles impostos como indenização por danos causados com a prática de ato ilícito (CC, arts. 948, inc. II[4], e 950[5]). Não seriam alimentos propriamente ditos (daí falar-se em "alimentos impróprios"); seriam equiparados à prestação alimentar para fins de cálculo da indenização e determinação de seus beneficiários[6].

É freqüente a afirmação de que a execução desses alimentos não pode ser feita pelos meios de execução previstos para os outros tipos de alimentos – no caso, o desconto em folha, a coerção pessoal e a expropriação. Para os alimentos indenizativos só se aplicaria o art. 475-Q do CPC e a medida de constituição de renda adiante analisada. Essa é a orientação prevalecente na doutrina, mas combatida incisivamente por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, que não vêem justificativa para o tratamento diferenciado. Ponderam, inclusive, que, muita vez, os alimentos indenizativos decorrem de ilícito incapacitante da vítima, que deles passa a depender para o seu sustento. Permitir o uso de medidas mais agressivas e eficazes como *desconto em folha*[7] e a prisão civil seria exigência decorrente do direito fundamental a uma tutela efetiva (CF/88, art. 5º, XXXV). Ora, será que o filho do pai que faleceu em acidente automobilístico merece menos do que o filho do pai que se afastou do lar?, questionam os autores[8]. A lição dos autores paranaenses merece ser examinada. O tema é, sem dúvida, complexo, exigindo maior tempo de reflexão.

1.2.2. Quanto à estabilidade.

Os alimentos podem ser classificados, quanto à sua estabilidade, em: a) definitivos; b) provisionais; c) provisórios.

Os *alimentos definitivos* (ou regulares) são aqueles estipulados na decisão final do juiz, dada em cognição exauriente, predisposta à imutabilidade e sujeita à execução definitiva.

Os *alimentos provisionais* são aqueles fixados antes ou durante a ação em que se pleiteiam alimentos definitivos (ação de alimentos, de separação, de divórcio, de nulidade/anulação de matrimônio, de dissolução de união estável, cf. art. 7º da Lei nº 9278/1996),

---

3. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 908.
4. Assim dispõe o artigo 948, II, do CC: "No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: (...) II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima."
5. Art. 950 do Código Civil: "Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".
6. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 908.
7. Assim, STJ, 3ªT., REsp n. 194.581/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 19.05.2005, publicado no DJ de 13.06.2005, p. 287; STJ, 3ª T., REsp n. 656.944/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 21.02.2006, publicado no DJ de 12.06.2006, p. 475.
8. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 375 e 376.

por liminar ou sentença proferida *em procedimento formalmente cautelar*, regrado nos arts. 852 ss.. Com eles, pretende-se garantir a subsistência do credor de alimentos na pendência da ação em que são demandados: trata-se de nítida hipótese de tutela antecipada.

Caracterizam-se, ainda, pela possibilidade de abranger uma verba suplementar, para custear as despesas do processo pendente (CPC, art. 852, parágrafo único) e por exigir o preenchimento de dois pressupostos legais e específicos, que são o receio de dano e a verossimilhança do direito a alimentos. De acordo com artigo 1.706 do Código Civil, os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual, sede em que deve ser investigada sua real natureza.

Os *alimentos provisórios* são concedidos na própria ação em que se pedem os alimentos definitivos (de forma incidental). São os alimentos definitivos antecipados já na fase de postulação, até mesmo liminarmente, com base no art. 4º da Lei nº 5478/68. A doutrina costuma distingui-los dos alimentos provisionais, pelos seguintes motivos: a) não incluem a verba de custeio da demanda (CPC, art. 852, parágrafo único)[9]; b) pressupõem prova pré-constituída da relação de parentesco ou da obrigação alimentar, na forma do art. 2º da Lei nº 5478/68; e c) não cabe ao juiz avaliar a existência de receio de dano ou a verossimilhança do direito alegado (CPC, art. 273)[10].

Em desfecho, esclareça-se que tanto os alimentos provisionais como os provisórios são dados em antecipação dos efeitos da tutela. Nenhum deles tem natureza cautelar, afinal são satisfativos: satisfazem imediatamente a prestação, não se limitando a assegurar sua futura satisfação[11]. Daí aplicar-se a ambos o disposto no art. 273 do CPC. Rigorosamente, a distinção não é essencial: ambos são alimentos *provisórios*, pois não-definitivos, e *provisionais*, pois servem à satisfação do alimentando ("provisão"). Distinguem-se pelo *nome* e pelos *pressupostos de concessão*. A previsão de *alimentos provisionais* no Código de Processo Civil serve como regra geral de antecipação dos efeitos da tutela alimentar, e a previsão dos *alimentos provisórios*, como regra específica.

As diferenças apontadas entre essas espécies de alimentos, considerando a estabilidade da decisão que os concede, não servem como critério para determinar os meios de execução cabíveis para efetivá-los, como parecem estabelecer os arts. 733 e 735 do CPC, que só prevêem prisão civil e expropriação para os alimentos provisionais. Caso contrário, prevaleceria a absurda idéia de só se admitir o uso da técnica mais agressiva e efetiva, que é a *prisão civil*, para a realização de alimentos fixados por decisão instável e provisória. Neste particular, interessante transcrever a lição de MARINONI E ARENHART:

> "Segundo esse raciocínio, há conseqüências de diferentes – em termos processuais – na caracterização de um crédito alimentar como sendo provisional, provisório ou definitivo. Todavia, esse pensamento não parece correto. Em verdade, nada justifica que se dê tratamento distinto aos alimentos, simplesmente porque calcados em

9. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 910.
10. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 910; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 373.
11. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 909-910.

decisão provisória (liminar ou sentença de procedimento 'cautelar') ou definitiva. Note-se que a discriminação se afigura claramente injustificável quando se observa que, a ser aplicada exclusivamente a previsão contida no CPC, confere se meios mais eficazes a cobrança de alimentos provisionais (a prisão civil) que à de alimentos definitivos, como se esses últimos não necessitassem de meios de execução tão eficazes. Na verdade, a correta interpretação sistemática dos dispositivos que tratam do tema – aí incluído o CPC, a Lei de Alimentos (Lei 5478/68) e a Lei 6014/73 (que alterou a Lei de Alimentos) -, fundada no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva indica que todo regime previsto no CPC para os alimentos provisionais deve aplicar-se aos alimentos definitivos (artigos 16 e 18 da Lei de Alimentos) e vice-versa. Quanto aos alimentos provisórios, por se tratarem de evidente antecipação dos alimentos definitivos, deverão poder contar com meios de execução tão eficazes quanto os deferidos aos alimentos provisionais e definitivos"[12].

1.2.3. Quanto à natureza

Os alimentos podem ser classificados, quanto à sua natureza, em: a) naturais; e b) civis.

Os *alimentos naturais* são aqueles que compreendem o indispensável para satisfação das necessidades mais basilares e vitais do ser humano (*necessarium vitae*). É o imprescindível para sua subsistência.

Os *alimentos civis* (ou côngruos) vão além das necessidades básicas do indivíduo, para abranger, também, suas necessidades morais e intelectuais (*necessarium personae*). Por isso, são avaliados de acordo com as posses do devedor e a condição social do credor[13].

> Para PONTES DE MIRANDA só são naturais os alimentos prometidos que devem ser regulados pelo direito das obrigações[14]. Em sentido contrário, sem fazer a dita correlação, YUSSEF CAHALI[15] e ARAKEN DE ASSIS[16].

Na forma do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devidos entre parentes, cônjuges e companheiros são os civis. Todavia, só serão devidos alimentos naturais em caso de culpa na criação da situação de necessidade (CC, art. 1.694, § 1º).

1.2.4. Quanto ao momento

Os alimentos podem, ainda, ser classificados de acordo com momento a partir do qual são devidos. Nesse sentido, podem ser *futuros* ou *pretéritos*.

Os *alimentos futuros* são aqueles devidos desde o momento em que há sentença transitada em julgado, decisão antecipatória eficaz ou acordo firmado entre as partes.

---

12. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 373 e 374.
13. Marinoni e Arenhart limitam-se a dizer que são aqueles fixados com base no binômio necessidade/possibilidade (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 376).
14. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 9, § 1.000, n. 2, p. 207.
15. CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 18 e 19.
16. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 908; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 373.

Já os *pretéritos* são aqueles anteriores a tais momentos e acumulados desde a sua constituição e cobrança em sede de execução[17].

A distinção é importante, pois há dois ritos próprios para execução de verbas alimentares: existe o rito do art. 732 e o do art. 733, ambos do CPC. A execução de alimentos propriamente dita, com as medidas executivas específicas, aí incluída a prisão civil, é a do art. 733 do CPC, que diz respeito apenas às três ultimas prestações devidas antes da execução e às que se vencerem após a propositura da execução: trata-se, nessa hipótese, de alimentos *futuros*. Quanto aos *pretéritos*, ou seja, os alimentos cujas prestações antecedem as três últimas anteriores ao ajuizamento da execução, deve ser adotado o rito do art. 732 do CPC, não se aplicando as peculiaridades do art. 733.

Consoante entendimento assentado na jurisprudência do STJ, "Comportável a execução de prestação alimentícia com o procedimento indicado pelo artigo 733 do Código de Processo Civil, porém concernente apenas aos três meses anteriores à propositura da ação, devendo o débito remanescente ser pleiteado pela forma prevista no artigo 732 do mesmo estatuto processual"[18] – entendimento este que se consolidou na súmula do STJ, n. 309, já citado.

2. MEIOS EXECUTIVOS: PRISÃO, DESCONTO E EXPROPRIAÇÃO

A execução de alimentos é modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente. Recebe tratamento especial (CPC, arts. 732 a 735; Lei 5.478/68, arts. 16 a 19) em razão da especial natureza e relevância da prestação a ser efetivada (alimentar).

Estão previstos no Código de Processo Civil três diferentes meios de execução da prestação alimentícia: a) o desconto em folha (art. 734); b) a expropriação (arts. 646 e 475-J); e c) a coerção indireta, com uso da prisão civil (art. 733, § 1º).

> A Lei Federal n. 11.232/2005 inseriu o art. 475-Q no Capítulo dedicado ao cumprimento de sentença, inserido dentro do Título VIII (Do procedimento ordinário) do Livro I (Do processo de conhecimento).
>
> No entanto, a topologia do dispositivo não interfere, segundo a melhor doutrina[19], na sua estrutura e função de simples garantia do crédito alimentar. Visa assegurar o adimplemento dos alimentos indenizativos, prevendo a constituição de um capital representado por títulos de dívida pública, aplicações financeiras ou imóveis, o que poderá ser substituído por prestação em folha de pagamento ou caução real ou fidejussória (art. 475-Q, §§ 1º e 2º[20]). Reitere-se: trata-se de garantia do crédito alimentar e, não de novo meio executório.

---

17. CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 5ª ed., 2006, cit., p. 26; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 911.
18. STJ, 3ª T., RHC n. 15.807/SP, rel. Min. Castro Filho, j. em 18.5.2004, publicado no *DJ* de 7.6.2004, p. 213.
19. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 912.
20. § 1º do art. 475-Q do CPC: "Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor". § 2º do art. 475-Q do CPC: "O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário

A Lei Federal n. 5.478/1968 estabelece uma ordem de preferência entre estes meios executivos.

Em primeiro lugar, deve ser determinado o desconto em folha. Não sendo possível o desconto em folha, cumpre alcançar rendas auferidas pelo devedor com aluguel ou outro tipo de rendimento. Não havendo rendas a serem alcançadas, procede-se a expropriação de bens suficientes à satisfação do crédito. Se, ainda assim, não for possível obter a satisfação da obrigação, restará a determinação de prisão civil como medida coercitiva, destinada a forçar o pagamento.

É preciso observar tal ordem de preferência entre as medidas executivas da execução de alimentos. Com efeito, o art. 16 da referida Lei n. 5.478/1968 prioriza o uso do desconto em folha, com clara remissão ao art. 734 do CPC, o que se justifica em razão do alto grau de eficiência desse tipo de medida. Já o art. 17 prevê que, se não for possível o desconto em folha, deve-se lançar mão da expropriação de aluguéis ou outros rendimentos do devedor (observando-se o art. 671 do CPC, pois se trata de crédito). Por fim, o art. 18 estipula a possibilidade de o credor, em último caso, requerer a execução na forma dos artigos 732, 733 e 735 do CPC, isto é, por via de expropriação e/ou coerção pessoal, o que fica a seu critério.

Os artigos 16 a 18 da Lei nº 5.478/1968 estatuem, assim, uma gradação de prioridade no uso dos meios executivos, que pode ser assim resumida: em primeiro lugar, o desconto em folha; em segundo, a expropriação (de aluguéis ou outros rendimentos); e em terceiro e último lugar, a expropriação de quaisquer bens e/ou coerção indireta, sem ordem preestabelecida[21].

Trata-se de regramento que visa evitar a utilização abusiva de meios executivos, em conformidade com a cláusula geral de proteção a esse gênero de abuso do direito prevista no art. 620 do CPC.

Daí dizer-se que, se não for possível o uso das duas primeiras vias (desconto ou expropriação de aluguéis/rendimentos), compulsórias que são, cabe ao credor escolher entre a expropriação de outros bens ou coerção indireta[22].

> Há quem diga que há um só procedimento de execução de alimentos, que abrange a possibilidade de prisão civil[23], regulada no art. 733. Mas existem autores, como CAHALI[24], que dizem que há dois procedimentos de execução, um com a possibilidade de prisão (execução por coerção indireta do art. 733), outro com a possibilidade de

---

da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz".

21. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 904-905; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 377.
22. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 904 e 905.
23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed., cit., p. 274; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 14ª ed., v. 2, cit., p. 370 segs.
24. CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 5ª Ed, 2006, cit., p. 251 ss.

expropriação (execução por coerção direta ou expropriação do art. 732), e poderia o exeqüente escolher um deles e, se for o caso, mudar no curso do rito[25].

Contudo, o meio utilizado deve ser escolhido atentando-se para duas circunstâncias essenciais, a serem ponderadas no caso concreto: de um lado, sua idoneidade e aptidão para conferir uma tutela efetiva ao credor; de outro, a menor onerosidade para o devedor (CPC, art. 620). Na verdade, a execução prevista no art. 732 do CPC é uma execução normal, sem qualquer peculiaridade, não cabendo, nessa hipótese, a prisão civil. A execução de alimentos propriamente dita é aquela prevista no art. 733, podendo acarretar as medidas executivas aqui mencionadas (desconto em folha, recebimento de rendas, prisão civil).

3. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE ALIMENTOS E A PRISÃO CIVIL

Fala-se, usualmente, em doutrina, que o procedimento especial de execução de alimentos ora em estudo só pode ser usado para os alimentos reconhecidos por título judicial. Isso por tratar-se de rito que comporta a imposição da prisão civil do devedor inadimplente, medida invasiva e especialmente agressiva que só deve ser admitida quando tenha havido prévio controle do magistrado sobre a existência do direito a uma prestação alimentar. Os alimentos constantes de títulos extrajudiciais (ex.: transação), segundo alguns, deverão ser executados pelo rito padrão (execução de título extrajudicial)[26], sem a possibilidade de cominação da prisão civil.[27]

Diante disso, conclui parte da doutrina que a execução de alimentos só transcorrerá sob o rito e meios ora analisados, se fundada em: i) decisão em sentido lato (sentença, decisão interlocutória etc.) que fixa alimentos definitivos, provisórios ou provisionais; ii) decisão que homologue alimentos convencionados.

---

25. Mas o STJ, em acórdão da 3ª T, sustentou que, proposta a execução pelo rito do art. 732, CPC, não é admissível seja convertido do ofício para o rito do art. 733, CPC, mais gravoso que é. Ratifica, assim, o direito potestativo do credor de escolha do procedimento. (STJ, 3ª T, HC n. 188630/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.02.2011, publicado no DJ de 11.02.20011).
26. Há quem diga não cabe execução de alimentos com base em título extrajudicial; há, por outro lado, quem diga que, quando o título é extrajudicial, cabe, sim, a execução de alimentos, mas não é possível a prisão.
27. Assim, julgado da 3.ª T. do STJ proferido em meados de 2010, segundo o qual, uma vez inadimplida pensão alimentícia avençada em acordo extrajudicial negociado junto à Defensoria Pública do Estado, é cabível a prisão civil do devedor como medida de coerção. O relator, Min. Massami Uyeda, votou pela inadmissibilidade da imposição de prisão civil. Mas um pedido de vista da ministra Nancy Andrighi modificou o seu entendimento. Para a ministra, o art. 733 do CPC não faz referência ao título executivo extrajudicial, porque, na época em que redigido, só era possível certificar obrigação de alimentos por título judicial. Demais disso, relembra que a CF autoriza o uso da prisão civil pelo inadimplemento de obrigação alimentar, independentemente da natureza do título em que se encontra representada, concluindo, ainda, que "o entendimento de que o acordo realizado fora do processo afasta o uso da prisão civil é um incentivo à desídia do devedor de alimentos que optou pela via extrajndicial e viola o direito fundamental do credor de receber, regularmente, os valores necessários à sua subsistência", não estando, outrossim, consonante com a tendência atual de estimular o uso de meios alternativos de solução dos conflitos, como a autocomposição. A 3.ª T. deu prosseguimento à execução (Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97516, acesso em 03.06.2010).

Não se afigura razoável a tese. Não há nada de legal ou racional que aponte nesse sentido. A execução especial de alimentos ora analisada, e todos os seus meios executivos, servem aos títulos judiciais e extrajudiciais.

Na verdade, o entendimento decorre de uma interpretação *literal* do art. 733 do CPC, que se refere a "execução de *sentença* ou de *decisão*", aludindo à prisão civil no seu § 1º. Não se deve, todavia, privilegiar, no caso, a interpretação puramente *literal*. A possibilidade de prisão ou da adoção do rito próprio do art. 733 do CPC não decorre da espécie de título executivo (se judicial ou extrajudicial), mas resulta da natureza da obrigação a ser cumprida pelo devedor. Estando o devedor obrigado a pagar *alimentos legítimos*, revela-se *adequado* adotar o rito próprio da execução de alimentos, com todas as medidas executivas que lhe são inerentes, independentemente de a obrigação estar prevista em título judicial ou extrajudicial.

Os alimentos podem estar estipulados em decisão judicial, ou em negócio jurídico previamente celebrado entre as partes. Em qualquer caso, a obrigação é alimentar, devendo ser adotado o rito próprio, que permite o desconto em folha, a expropriação de rendas e, até mesmo, a coerção pessoal (= prisão civil).

Como notou BARBOSA MOREIRA[28], ainda vige o art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968, não revogado por nenhuma das inúmeras leis de reforma da legislação processual civil: "O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias". Trata-se de possibilidade de execução da decisão que homologa o acordo das partes, o que já enfraquece a idéia de que só nos casos de *heterocomposição* poderia ser adotado o procedimento especial para a execução de alimentos. Como se vê, até mesmo em termos *literais*, é forçoso concluir que, independentemente da espécie de título executivo, a obrigação alimentar submete-se a regime próprio, com medidas executivas específicas, destinadas a satisfação do crédito.

Não há razão para afastar do regime da execução de alimentos aqueles previstos em contrato, acerto ou negócio jurídico. Nesse caso, os alimentos decorrem, ordinariamente, de acerto prévio, autocomposição das partes (documentada em instrumento de transação), o que legitima sua efetivação com uso de todos os meios previstos em lei. Na pior das hipóteses, ainda que se vislumbre a necessidade de alguma confirmação judicial da existência do crédito, os processualistas seriam obrigados a admitir o uso da coerção pessoal após a sentença negativa de embargos, que ratificasse a prestação alimentar.

O art. 13 do Estatuto do Idoso ratifica essa idéia: "As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil".

---

28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 27ª ed., cit., p. 274.

Negar-se uso das medidas de coerção para a efetivação de título alimentar extrajudicial (*in casu*, o acordo de alimentos) é contra-estímulo a esta forma alternativa de solução do conflito o que contradiz a tendência atual de fomentá-la. Não haverá credor de alimentos que fique satisfeito com a possibilidade de execução do seu título extrajudicial mediante simples expropriação (ou desconto em folha), se, obtendo um título judicial, contará também com a possibilidade da prisão civil do devedor inadimplente.

4. EXECUÇÃO POR COERÇÃO INDIRETA

O devedor é intimado para, no prazo de três dias, pagar, provar que pagou ou justificar porque não o fez.

Feito o pagamento, o juiz deve prolatar a sentença, dando fim ao feito.

Não feito o pagamento, admite-se que o executado apresente defesa (que não se confunde com a impugnação de executado), quando pode alegar que: i) já pagou (ou existência de outro fato extintivo/impeditivo, como novação e transação); ii) a impossibilidade de pagar – impossibilidade que se pode alegar, aqui, é temporária, pois a impossibilidade definitiva deve ser argüida em ação própria.

> O órgão jurisdicional deve examinar a *justificação* do executado com mais tolerância. Muita vez ocorre de o executado, que não tem condições de contratar um advogado, apresentar essa defesa sem a presença de advogado. O juiz não deve ignorá-la, desentranhando-a dos autos. Se a presença de advogado é uma técnica de proteção do leigo, a quem não se atribui em regra a capacidade postulatória. A falta de advogado não pode, assim, ser algo que sirva para prejudicar exatamente aquele que é o destinatário da norma. Convém examinar a defesa, até para que se não determine a prisão civil indevidamente.

Comprovado o pagamento, o juiz deve extinguir a execução por sentença, não havendo mais razão para prosseguir no feito.

Comprovada a impossibilidade temporária, o juiz não deve extinguir o processo, mas dar seguimento a ele com determinação de penhora e demais atos tendentes à expropriação patrimonial[29]. Não sendo encontrados bens, execução deve ficar suspensa, até que surjam bens suficientes a satisfação do crédito. Segundo anotado em precedente do STJ, "constitui cerceamento de defesa o indeferimento da designação de audiência sugerida pelo Ministério Público, a fim de facultar ao devedor a comprovação da impossibilidade

29. Como esclarece Pontes de Miranda, "Tal impossibilidade equivale à *força maior* no presente; *e. g.*, pelo fato de não poder trabalhar o alimentante, ou por haver perecido o valor com que ia pagar a alimentação (incêndio, deterioração). A impossibilidade *permanente* seria causa de cessação da obrigação de direito de família (...); *se parcial*, de redução. Porém tais matérias são de apreciação do juízo das ações de condenação, e não dos juízos de execução. O juiz da execução apenas pode atender à alegação de impossibilidade *presente;* então está suspensa, e não cessada, a aplicação da pena. Tem-se de atender, rigorosamente, à sentença exeqüenda." (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 10, p. 480-481).

do pagamento das prestações alimentícias"[30]. A simples alegação de impossibilidade de pagamento destituída de provas, baseada apenas na existência de uma ação revisional de alimentos, não constitui motivo apto a exonerar o devedor[31].

Não comprovado o pagamento, nem a impossibilidade temporária, deverá o juiz decretar a prisão civil do executado.

> Prevalece, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que não deve a prisão ser decretada de ofício[32]. Se, contudo, a prisão civil do devedor for requerida pelo Ministério Público, "não se há de falar em prisão de ofício"[33], sendo, portanto, legítima.
>
> Impõe-se, contudo, perfilhar orientação contrária. Segundo Pontes De Miranda, "A decretação é pelo juiz do cível, a requerimento do credor, ou de ofício"[34]. Para Barbosa Moreira, "Omisso o executado em efetuar o pagamento, ou em oferecer escusa que pareça justa ao órgão judicial, este, sem necessidade de requerimento do credor, decretará a prisão do devedor, por tempo não inferior a três meses"[35]. De igual modo, Alexandre Freitas Câmara assevera que "A prisão civil, meio executivo que é, pode ser decretada de ofício, e deverá ser suspensa se o executado pagar a dívida"[36].
>
> Com efeito, a prisão civil constitui meio coercitivo destinado a forçar o cumprimento da obrigação, consistindo numa medida de apoio ao juiz a obter a satisfação do crédito alimentar. Autorizada por disposição constitucional, serve de instrumento eficaz à satisfação do credor, que mantém condição peculiar, necessitando da quantia para atendimento de suas necessidades básicas. Não há razão, portanto, para que não se aceite a decretação da prisão de ofício.

A prisão civil não é uma pena, sanção ou punição, ostentando a função de medida coercitiva, destinada a forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor. Cumprida a obrigação, a prisão atende à finalidade que se pretendia alcançar, que era o pagamento da dívida. Assim, paga a dívida, não deve mais subsistir a ordem de prisão.

A prisão deve ser determinada quando não efetuado o pagamento dos alimentos. Não importa qual o tipo de alimentos. Sejam definitivos, provisórios ou provisionais, não pagos os alimentos, deverá ser determinada a prisão civil do devedor, com a finalidade de tentar forçar o cumprimento da obrigação.

Entende-se que só é cabível a prisão civil no caso dos alimentos legítimos ou convencionais; não se permitiria a prisão civil, nem a adoção do procedimento próprio da execução

---

30. STJ, 4ª T., RHC n. 17.116/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 17.3.2005, publicado no *DJ* de 9.5.2005, p. 406.
31. STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no REsp n. 1.005.597/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 16.10.2008, publicado no *DJe* de 3.11.2008.
32. Assim, também, THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 417.
33. STJ, 3ª T., RHC n. 14.813/MA, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 16.12.2003, publicado no *DJ* de 25.2.2004, p. 166.
34. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 10, p. 483.
35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 272.
36. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 346.

de alimentos, quando se tratar de alimentos indenizativos, ou seja, daqueles decorrentes de indenização por ato ilícito. O tema, porém, merece uma nova análise, conforme pontuaram Marinoni e Arenhart, em lição mencionada no item 1.2.1 deste capítulo. Também não cabe prisão civil para pagamento de custas ou honorários advocatícios oriundos do processo de alimentos. [37]

Somente é possível ser decretada a prisão civil na execução do art. 733 do CPC. Não pagas as *três últimas* prestações anteriores ao ajuizamento da execução ou qualquer outra que se vencer *a partir* do ajuizamento da execução, deverá ser decretada a prisão. Não se deve decretar a prisão relativamente a prestações anteriores às três últimas que antecederam o ajuizamento da execução. É que o devedor não pode prejudicar-se pela demora do credor em executar. Com efeito, O direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*)[38]. Esse dever decorre do princípio da boa-fé (art. 422 do Código Civil)[39], sendo um dos deveres anexos que o tratamento cooperativo do vínculo obrigacional impõe ao credor[40]. Ao não diligenciar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, o credor cometeria abuso de direito, ferindo, portanto, o princípio da boa-fé. Por isso, o atraso no ajuizamento da execução não deve prejudicar o devedor. Não é por outro motivo, aliás, que o enunciado n. 309 da súmula do STJ assim estabelece: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo".[41]

Decretada a prisão civil, por quanto tempo deve o devedor manter-se preso? Nos termos do art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968, o prazo seria de sessenta dias. De acordo

---

37. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 417.
38. Ver, a propósito, o art. 77 da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias, de 1980; art. 88 da Convenção de Haia a respeito da lei uniforme sobre venda internacional de objetos móveis corpóreos, de 1964; art. 7.4.8 (1) dos princípios UNIDROIT relativos aos contratos de comércio internacional, publicados em Roma, 1994; art. 9: 505 do Código Europeu de contratos etc. Sobre o tema, FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?" *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004, n. 19, p. 112-113.
39. Assim, FRADERA, Vera Maria Jacob. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?", cit., p. 116-117; TARTUCE, Flavio. "A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor." Disponível em http://www.direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1684, acesso em 12.12.2008, às 15h33.
40. Sobre a relação obrigacional como uma relação de cooperação em razão da incidência do princípio da boa-fé, SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Jose Bushatsky, 1976, p. 117-120.
41. A 3.ª T. do STJ, em decisão dada no HC n. 146402-SP, j. em 23.03.2010, cujo relator foi o Min. Massami Uyeda, adotou o entendimento de que, fixados os alimentos definitivos em valor superior aos provisórios -cujo pagamento fora determinado sob pena de prisão coercitiva -, basta o pagamento do valor referente aos alimentos definitivos para que se impeça a prisão (ou se coloque em liberdade quem já estava preso com este fim), em nome da razoabilidade e da proporcionalidade. Acrescenta-se, ainda, que a diferença devida entre o valor dos alimentos definitivos já pago e o valor dos alimentos provisórios (fixado a maior e não adimplido) não poderia ser exigida pelo procedimento da execução de prestação alimentícia (art. 733, CPC), mas só pelo procedimento da execução por quantia certa, na forma do art. 732, CPC, pois "pagamento de quantia referente a mais de três meses anteriores ao ajuizamento da ação livra o alimentante da prisão, desde que esteja quite com as prestações vencidas no decorrer da ação".

com o art. 733 do CPC, o prazo haveria de ser de um a três meses, prazo esse igualmente aplicável aos alimentos provisionais (CPC, arts. 733 e 852).

Daí a pergunta, que volta a ser formulada: o devedor deve manter-se preso por quanto tempo? A prisão deve durar sessenta dias ou três meses?

Há uma controvérsia em torno desse assunto. Pode-se dizer que há quatro correntes doutrinárias a respeito do tema: *(a)* o prazo máximo seria de sessenta dias, pois a execução deve ser a menos gravosa para o devedor (CPC, art. 620), além de o art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968 seria norma posterior, já que reproduzida pela Lei Federal n. 6.014/1973[42]; *(b)* o prazo seria de três meses para os alimentos provisionais, aplicando-se o art. 733 do CPC, enquanto, para os definitivos, o prazo seria de sessenta dias, por ser aplicável o art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968[43]; *(c)* o prazo seria de até três meses, aplicando-se o art. 733 do CPC, que cuidou, no particular, de revogar o art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968[44]; *(d)* o prazo seria, no máximo, de sessenta dias, pois o art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968 foi mantido por norma posterior (Lei Federal n. 6.014/1973), restando, então, por revogar o art. 733 do CPC na parte concernente ao prazo da prisão. Logo, não poderia a prisão ultrapassar o prazo de sessenta dias[45].

Parece mais adequado entender que o prazo é o *mesmo*, tanto para a execução de alimentos definitivos como para a de alimentos provisórios ou provisionais. Não há razão sistemática para aplicar prazos diferentes para cada uma das hipóteses. Não parece ser o caso de se aplicar o art. 620 do CPC, pois não há medidas executivas concorrentes, devendo ser adotada a menos gravosa. A medida é uma só: a prisão civil. Apenas, porque há uma desconformidade legislativa, existe uma controvérsia quanto ao prazo da prisão. Tal solução não passa pela aplicação do art. 620 do CPC, devendo resolver o conflito de normas pelos critérios tradicionais da hierarquia, cronologia ou especialidade.

Diante disso, parece mais acertado o entendimento reproduzido na letra *d* supra: a prisão não pode ultrapassar o prazo de sessenta dias, exatamente porque o art. 19 da Lei Federal n. 5.478/1968 foi mantido por norma posterior (Lei Federal n. 6.014/1973). Com isso, houve a revogação do prazo previsto no art. 733 do CPC.

Esgotado o prazo da prisão, deve o devedor ser posto em liberdade. Manter o devedor preso por tempo excedente ao previsto em lei, por se entender, por exemplo, que se trata de recalcitrância injustificável ou de deliberada intenção de não cumprir com a obrigação, constitui manifesta ilegalidade, a ser combatida por *habeas corpus*.

---

42. ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, n. 8.3.6.1, p. 192.
43. CARNEIRO, Athos Gusmão. "Ação de alimentos e prisão civil". *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, 1978, n. 13, p. 68.
44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 272.
45. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ª ed. cit., p. 347-348.

Liberado o devedor por já se ter esgotado o prazo da prisão, não poderá ser novamente preso pelo inadimplemento das *mesmas* prestações vencidas. Vindo a operar-se o vencimento de *novas* prestações, será cabível *nova* prisão, que terá duração por, no máximo, sessenta dias.

Da decisão que decretar a prisão do devedor caberá agravo de instrumento, podendo o relator, a requerimento do agravante, suspender a ordem de prisão, caso seja relevante o argumento apresentado (CPC, art. 558). Ao lado do agravo de instrumento, é igualmente cabível o *habeas corpus*, caso haja manifesta ilegalidade na ordem de prisão.

Ainda que seja determinada a prisão do executado, deve a execução prosseguir normalmente, com a realização de penhora e subseqüente expropriação, destinada a obter a satisfação do crédito.

5. EXECUÇÃO POR DESCONTO

O art. 734 do CPC prevê a possibilidade de efetivação da obrigação alimentar mediante desconto em folha, isto é, por abatimento dos alimentos da remuneração recebida pelo devedor. O art. 16 da Lei n. 5.478/1968 coloca este meio de execução de alimentos no topo da lista, como o preferencial, acima, até mesmo, da coerção pessoal. Isso, certamente, levando em consideração a eficácia e simplicidade da providência.

O art. 16 da Lei n. 5.478/1968 consagra norma cogente, que não pode ser afastada pela vontade das partes ou do juiz. O desconto em folha é medida prioritária, ainda que o título judicial ou extrajudicial a exclua expressamente ou se omita a seu respeito[46]. A preferência absoluta do desconto só pode ser afastada quando a situação pessoal do executado não admitir a medida (ex.: desempregado), caso em que devem ser utilizadas a expropriação ou coerção pessoal.

O procedimento de execução por desconto é muito singelo, havendo pouco de peculiar.

Inicia-se a requerimento do credor, em petição em que deve ser solicitada a ordem de desconto em folha de pagamento do valor da prestação alimentícia – respeitando-se, obviamente, os requisitos do art. 282 do CPC.

Recai sobre alimentando (credor dos alimentos) o ônus de indicar, já no seu requerimento inicial, a fonte pagadora a que se destina a ordem de desconto em folha; não dispondo da informação, basta que peça ao juízo que requisite as informações necessárias a repartições públicas, providenciando, se for o caso, a quebra do sigilo bancário e fiscal do executado (Lei Federal n. 5.478/1968, art. 20).

Feito requerimento, o alimentante (devedor) deverá ser citado/intimado para o cumprimento voluntário da obrigação, no prazo de três dias, se título extrajudicial, no prazo de quinze dias, se título judicial, aplicando-se subsidiariamente os arts. 475-J e 652 do CPC – sob pena de expedição de ofício determinando desconto na fonte pagadora. Neste

46. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 945.

ofício, constarão os nomes do credor, do devedor, o valor da prestação e o tempo de sua duração, conforme o art. 734, parágrafo único, CPC.

> O descumprimento da ordem de desconto ou do dever de prestar informações solicitadas pelo juízo é previsto como ilícito penal, conforme art. 22 da Lei n. 5.478/1968, bem como se enquadra como ato atentatório à dignidade da justiça, punível na forma do artigo 14, parágrafo único do CPC.

O executado pode até resistir através de impugnação ou embargos. Mas, ainda que tenha sido atribuído efeito suspensivo à sua defesa (CPC, arts. 475-M, § 1º, e 739-A, § 1º), o exeqüente terá o direito de receber a importância descontada diretamente da fonte pagadora, independentemente de caução, conforme o art. 732, parágrafo único, CPC, ora invocado por analogia.

Enquanto perdurar a relação jurídica entre o alimentante (devedor de alimentos) e o terceiro pagador, e for devida a prestação alimentícia, o desconto deve ser efetivado, mês a mês. Persiste o dever jurídico de descontar em favor do alimentando (credor de alimentos). E o terceiro pagador responde solidariamente com alimentante (devedor de alimentos) perante o alimentando (credor de alimentos) por quantias que não tenham sido devidamente retidas e descontadas[47]. Todavia, se o terceiro for submetido a uma determinação ilegal de desconto deve reagir através de embargos de terceiro (ex.: se nada a dever ao alimentante).

Caso o terceiro pagador ostente efetivamente a condição de fonte pagadora do executado, não poderá insurgir-se contra o desconto ordenado. Falta-lhe interesse processual em insurgir-se contra a determinação de desconto, pois não haverá qualquer acréscimo de despesa ou aumento no pagamento que já efetuava ao executado. Apenas, para cumprir a ordem judicial, deve destacar *parte* do valor que já pagava ao executado e destiná-la ao exeqüente, não havendo qualquer acréscimo no valor *total* da remuneração paga ao executado. Não há, enfim, interesse jurídico, nem mesmo econômico, do terceiro pagador em se insurgir contra a ordem de desconto, a não ser que, realmente, não seja fonte pagadora do executado.

A eficácia desse meio de execução fica na dependência da estabilidade social do devedor de alimentos, o que se verifica quando é parte de uma relação empregatícia, estatutária ou recebe pró-labore na qualidade de sócio de uma empresa, por exemplo. Já aqueles que não gozam desta estabilidade, como o profissional liberal, não são os melhores alvos da medida, pois não são remunerados por folha regular de pagamento a sofrer descontos[48].

---

47. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 948.
48. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 948; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 379. Mas Marinoni e Arenhart ressalvam a hipótese em que o profissional liberal é remunerado de forma estável e periódica – como um médico que recebe valor mensal do hospital em que presta serviços -, que devem ser abrangidos por interpretação extensiva do art. 734. O mesmo raciocínio se aplica ao beneficiário de pensão previdenciária, por força do art. 115, IV, da Lei n. 8.213/91.

A execução por desconto serve tanto à execução de alimentos futuros como à execução de alimentos pretéritos. O art. 734, parágrafo único, do CPC, inclusive, exige que o juiz, no ofício dirigido à fonte pagadora, especifique a importância da prestação a ser retida e o tempo de sua duração. Se o valor do crédito devido ao alimentante (devedor de alimentos) cobrir a prestação alimentar mensal, sem prejuízo do seu sustento próprio, sobejando alguma quantia, nada impede o desconto relativo alimentos pretéritos (vencidos e acumulados)[49].

6. EXECUÇÃO POR EXPROPRIAÇÃO

6.1. Aplicação das regras de cumprimento de sentença

Aplicam-se as regras do *cumprimento da sentença* (arts. 475-J e segs.), inseridas pela Lei Federal n. 11.232/2005, à execução de *sentença* de alimentos, com base no art. 732 do CPC (execução por expropriação). A execução de sentença de alimentos com base no art. 733 (por coerção indireta, prisão civil) não sofreu alteração pela Lei Federal n. 11.232/2005.

> Neste sentido, as conclusões n. 05 e 06 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aprovadas por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis nos dias 30 de junho, 01 e 02 de julho de 2006, publicadas no Aviso n. 33 do Presidente do TJ/RJ: "5. A execução de prestação alimentícia, disciplinada pelo art. 733, do Código de Processo Civil, não foi alterada pela Lei nº 11232, de 22 de dezembro de 2005. 6. A Lei nº 11232, de 22 de dezembro de 2005, é aplicável à execução de prestação alimentícia fundada no art.732, do Código de Processo Civil".

Mas, em se tratando de execução de título extrajudicial, aplica-se o rito padrão para eles previstos, sem afastar as peculiaridades dos arts. 732-734 CPC.

> Araken de Assis discorda[50]. Para o autor, a execução de alimentos em geral não segue as regras do rito de cumprimento de sentença, mas, sim, do rito padrão do art. 647 ss., afinal o legislador reformista não alterou o texto do Capítulo V, "Da execução da prestação alimentícia", do Título II, do Livro II, que continua nos remetendo ao Capítulo IV do mesmo Livro II, "Do processo de execução".
>
> Na realidade, houve, apenas, uma falha de remissão. O legislador reformista não cuidou de adaptar a redação do art. 732 do CPC à nova realidade normativa. Não se pode entender, por causa disso, que a execução de *sentença* de alimentos siga o rito da execução fundada em título extrajudicial. Numa interpretação *sistemática,* e não literal, é bem de ver que as execuções de sentença têm disciplina própria, sujeitas ao regime do cumprimento da sentença (CPC, arts. 475-J e ss.), independentemente de o crédito ser ou não alimentar. Se, diversamente, o título for extrajudicial, aí sim deve ser adotado o respectivo procedimento, previsto a partir do art. 652 do CPC.
>
> A simples falha de remissão não deve impressionar ou marcar a interpretação da norma. Fosse assim, não se poderia mais executar a tutela antecipada, pois o § 3º do art. 273 do CPC faz remissão ao art. 588, que não existe mais, pois foi revogado. É

49. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 379.
50. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 912-913.

evidente que houve um equívoco do legislador, ao esquecer de proceder à alteração da remissão contida no art. 732 do CPC, da mesma forma que ocorreu com o § 3º do art. 273 do CPC.

Significa que, sendo o título judicial, a execução de alimentos prevista no art. 732 do CPC deve seguir o procedimento do cumprimento da sentença. Se, por outro lado, o título for extrajudicial, deve-se, aí sim, adotar o procedimento do Livro II, previsto a partir do art. 652 do CPC.

6.2. Cabimento

Dispondo o devedor de "aluguéis de prédios" ou "outros rendimentos", o alimentando deverá usar *compulsoriamente* a execução por expropriação, nos termos do art. 17 da Lei Federal n. 5.478/68. Trata-se de caso em que a penhora recai sobre crédito, aplicando-se, em sua integralidade, as regras relativas a essa modalidade de constrição, na forma do art. 671 e seguintes oportunamente estudados[51].

Certamente foi priorizada essa forma de expropriação, por ser considerada mais rápida e eficaz na realização do crédito alimentar. Esqueceu o legislador, contudo, da possibilidade de o crédito do alimentante junto terceiro (decorrente de aluguéis ou outros rendimentos) ser controvertido, quando tal terceiro devedor nega sua existência, desencadeando um incidente cognitivo lento e complexo[52].

A possibilidade de ocorrência deste desvio procedimental desaconselha o emprego de tal meio de execução – já pouco utilizado na prática forense. Sua utilidade só se revela nos casos em que não há controvérsia sobre existência do crédito do alimentante (exemplo: aluguéis devidos pela locação de um prédio de grande valor a uma multinacional), caso em que o terceiro, devedor do alimentante, fará o pagamento diretamente ao alimentando, em regra, através de simples depósito bancário.

Fora desta hipótese, o credor de alimentos não é obrigado a utilizar a via da expropriação (de outros bens). Cabe a ele a escolha entre a via expropriatória e a coercitiva (Lei Federal n. 5.478/68, art. 18), sendo que esta última, normalmente, se mostra mais célere, eficaz e pouco dispendiosa. A expropriação só se revela realmente interessante em caso de flagrante liquidez do executado ou seu garante[53].

6.3. Regras gerais de procedimento. Levantamento de dinheiro penhorado.

Como já visto, aplicam-se, aqui, sem grandes desvios, as regras relativas à fase de cumprimento de sentença, se título judicial, ou da execução de título extrajudicial, que devem ser compatibilizadas com as peculiaridades dos arts. 732 e seguintes do CPC.

---

51. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 918.
52. Uma vez intimado, se o terceiro devedor do devedor negar o débito em conluio com o devedor-executado, a quitação, que esse lhe der, considerar-se-á em fraude de execução (CPC, art. 672, § 3º); além disso, como o débito foi negado, deverá o juiz, a requerimento do credor, determinar o comparecimento, em audiência especialmente designada, do devedor e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos e averiguar a regularidade do crédito (CPC, art. 672, § 4º). Neste incidente, devem ser garantidos o contraditório, a ampla defesa e o direito fundamental à prova, em toda sua plenitude, encerrando-se com interlocutória agravável.
53. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 918.

A primeira particularidade identificada é a prioridade da penhora de crédito do devedor (aluguéis ou outros rendimentos), quando incidir o art. 17 da Lei Federal n. 5.478/1968.

A segunda diz respeito ao efeito suspensivo da defesa do executado.

A impugnação e os embargos, conforme os arts. 475-M e 739-A do CPC, não têm a princípio efeito suspensivo, que só poderá ser atribuído pelo juiz mediante o preenchimento dos pressupostos legais – caso em que, ainda assim, pode o exeqüente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea (CPC, art. 475-M, § 1º).

Mas essa regra não se aplica de forma irrestrita à execução especial de alimentos.

Na execução de alimentos, o art. 732, parágrafo único, do CPC, estabelece que, recaindo a penhora sobre dinheiro, o oferecimento de "embargos" (leia-se, também, impugnação) não impede que o exeqüente levante mensalmente o valor da prestação alimentícia. Protege-se, com toda razão, o alimentando.

Veja-se que tal dispositivo, específico da execução de alimentos, retira o efeito suspensivo da defesa do executado, concedendo ao credor o direito ilimitado de levantar, mês a mês, o valor correspondente à prestação devida, independentemente de qualquer caução[54].

Os arts. 475-M, § 1º, e 739-A, § 1º do CPC, previstos, respectivamente, para a fase de cumprimento da sentença e para a execução de título extrajudicial, ratificam o que se disse: a impugnação/embargos do devedor de alimentos é despida de efeito suspensivo, não impedindo que levante o montante relativo à pensão. Não parece, todavia, condizente com a execução de alimentos a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à dita impugnação/embargos, com objetivo de impedir o levantamento da quantia depositada, o que acabaria por contrariar o quanto previsto na regra especial do artigo 732, parágrafo único, do CPC.

O regramento da matéria não é o mesmo para a execução provisória, em sua nova disciplina estabelecida pela Lei Federal n. 10.444/2002 e mantida pela Lei Federal n. 11.232/2005. O artigo 475-O, § 2º, I, do CPC só autoriza o levantamento do depósito feito para garantir o pagamento de crédito alimentar, *independentemente de caução*, quando seu valor não exceder 60 (sessenta) vezes o salário mínimo e mediante prova do estado de necessidade do alimentando (que é, na verdade, presumido).

6.4. Direito de preferência do credor de alimentos.

Cabe, ainda, uma última ressalva relativa à fase de pagamento[55].

Já se viu que, havendo mais de uma penhora sobre o mesmo bem (CPC, art. 612), o produto da sua venda será repartido, considerando a ordem das preferências e prelações do diversos credores concorrentes. E, nesse contexto, a dívida alimentar prefere *a todas* as

54. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 916.
55. Com base em ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 917.

outras civis e fiscais, afinal visa à tutela do direito à vida. É crédito que antecede a todos os outros, contando inclusive com garantia patrimonial mais extensa e profunda: os salários e verbas análogas, que como regra são impenhoráveis, (CPC, art. 649, IV e § 2º), e o bem de família, também penhorável em execução de alimentos, inclusive indenizativos[56] (Lei n. 8.009/1990, art. 3º, III).

O art. 100 da Constituição Federal estabelece a preferência do crédito alimentar[57] sobre todos os outros na execução contra a Fazenda Pública, ainda que seja de dívida de pequeno valor. Em uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, impõe-se posicionar o crédito alimentar em primeiro lugar, preferindo a outras prelações materiais e àquele credor quirografário titular de penhora anterior.

6.5. Peculiaridades na execução de alimentos indenizativos. Constituição de renda (art. 475-Q, CPC)

Prevê o art. 475-Q, *caput*, do CPC que, proferida sentença que reconhece direito a uma prestação alimentícia indenizativa, poderá o juiz condenar o réu a constituir um capital, cuja renda irá assegurar o cumprimento da obrigação[58]. O capital poderá ser representado por imóvel, aplicação financeira em banco oficial ou título de dívida pública (CPC, art. 475-Q, § 1º),[59] que permanecerão sob domínio do executado, apesar de ser tornarem inalienáveis e impenhoráveis para demais credores (salvo os de prestação alimentícia[60]).

A constituição do capital deve ser ordenada expressamente pelo magistrado em preceito da sentença dada na fase de conhecimento, muito embora nada impeça que seja determinada em liquidação ou em interlocutória na própria execução[61]. Mas não é medida imperativa. O legislador é claro ao dispor que o juiz "poderá" fazê-lo.

> O art. 475-Q, § 4º[62] do CPC estabelece que tais alimentos podem ser fixados com base no salário mínimo, malgrado não indique critério sobre a duração da obrigação (a ser fixada na sentença).

A idéia é que os frutos do capital sirvam para o pagamento da dívida. Por isso, deve ser fixado em quantia o bastante para originar rendimentos no valor de uma pensão mensal.

---

56. STJ, 3ª T., REsp n. 437.144/RS, rel. Min. Castro Filho, j. em 07.10.2003, publicado no DJ de 10.11.2003, p. 186.
57. Considera-se crédito alimentar aquele constante no rol do artigo 100, § 1º-A da CF, no caso: "salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil".
58. Art. 475-Q do CPC: "Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão".
59. § 1º do art. 475-Q do CPC: "Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor".
60. STJ, 3ª T., REsp n. 374.332/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 29.11.2002, publicado no DJ de 24.02.2003, p. 223.
61. Só prevê essas duas últimas possibilidades, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 918.
62. § 4º do art. 475-Q do CPC: "Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo".

O artigo 475-Q, § 2º[63] do CPC admite, contudo, a substituição do capital pela "inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz".

Inicialmente, o parágrafo citado permite, como medida alternativa, a inclusão do beneficiário em folha de pagamento de entidade de direito público ou sociedade empresária de notória capacidade econômica. Na verdade, o que se admite, em doutrina, é o desconto em folha para alimentos indenizativos pretéritos e futuros em execução contra sociedades "solváveis e pontuais" como pessoa jurídica de direito público e companhia controlada pelo Estado[64].

Mas nem sempre foi assim.

A substituição da constituição de capital por desconto em folha é privilégio não previsto na redação originária do CPC (antigo art. 602), opção legislativa que, com o tempo, passou a contar com apoio jurisprudencial.

> A princípio, encontravam-se julgados admitindo a dita substituição, como ocorreu no Resp n. 29.257-1 que liberou a Rede Ferroviária Federal de constituir capital e o Resp n. 20.716-6 que estendeu o benefício para empresas privadas idôneas.
>
> Mas com a privatização das concessionárias de serviço público caiu por terra a presunção de sua idoneidade financeira, passando a jurisprudência dominante negar, para elas (e empresas privadas em geral), o dito benefício (como no Resp n. 302.304, 299690, 347978, 537382 e 162566).
>
> O STJ, no Resp n. 23575, (na mesma linha, Resp n. 361814, Resp n. 416846), cujo relator foi o Ministro CESAR ASFOR ROCHA alertava ser temerário pressupor, em face das variações e incertezas econômicas, que uma empresa particular, por mais sólida e estável que seja, conservará por muito tempo sua condição financeira. Exigia, ainda, como medida de segurança para o credor dos alimentos indenizativos, a constituição de capital (senão a prestação de caução fidejussória) para garantir o recebimento das futuras prestações alimentícias.
>
> E isso culminou na edição da Súmula n. 313, STJ, em 2005, com seguinte teor: "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado".

Considerava-se que, em face da realidade econômica do país, que não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia, não seria possível a substituição da constituição de capital, prevista na lei processual civil anterior, pela inclusão do beneficiário de pensão em folha de pagamento.

---

63. § 2º do art. 475-Q do CPC: "O juiz poderá substituir a constituição do capital 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, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz".
64. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., 921.

As dificuldades econômicas da empresa devedora poderiam facilmente inviabilizar os descontos em folha de pagamento pelo tempo necessário ao cumprimento da dívida alimentar.

Apesar disso, tal benefício foi restaurado com a Lei n. 11.232/2005 que se revela ultrapassada e destoante do quadro econômico brasileiro. Assim, reflete ARAKEN DE ASSIS: "Quando o benefício é vitalício, e a vítima jovem, flui por dezenas de anos. E, olhando retrospectivamente, quais empresas varejistas da década de 70 do século passado, então com 'notória capacidade econômica' sobrevivem hoje? Seja como for, o texto abriu alternativa a liquidação do dano, restando a jurisprudência aplicá-la com devido comedimento"[65].

> Na realidade, a execução de alimentos indenizativos pretéritos poderá se dar por desconto em folha ou expropriação, sendo que o rito expropriativo só se diferenciará pela constituição da garantia (o capital) para assegurar o pagamento dos alimentos indenizativos futuros.

O mesmo dispositivo reconhece a possibilidade de substituição do capital por caução real ou fidejussória, desde que prestadas por banco privado oficial. Fiança prestada por outra pessoa não pode ser admitida, conforme entende ARAKEN DE ASSIS[66]. E a parte final do dispositivo exige que o juiz arbitre de imediato o valor da caução, evitando-se a utilização da demanda "cautelar" dos arts. 829 e seguintes do CPC. Na prática, pondera-se se o juiz terá os meios necessários para arbitrar de plano o valor da caução, admitindo-se, por isso, que remeta as partes ao rito cautelar específico. Optando-se pela via cautelar, será a medida de competência do próprio juízo da execução (CPC, art. 800), devendo ser processada em autos apartados, independente de prévia constituição de capital[67].

Finda a obrigação alimentar, o juiz, a requerimento ou de ofício, determinará, na forma do art. 475-Q, §5º[68] do CPC: a) o cancelamento das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade do capital; ou b) se for o caso, a cessação dos descontos em folha e o cancelamento da garantia real ou fidejussória prestada.

É possível o aumento ou diminuição do valor dos alimentos indenizativos, em caso de mudança das condições econômicas do credor ou do devedor, conforme art. 475-Q, § 3º[69] do CPC. E essas alterações podem determinar, até mesmo, a extinção da obrigação. Observe-se, porém, que tanto a exoneração como a revisão dos alimentos indenizativos devem ser requeridos por demanda própria.

---

65. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., 919.
66. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., 919.
67. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., 919.
68. § 5º do art. 475-Q do CPC: "Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas".
69. § 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

CAPÍTULO XXV

EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA[1]

Sumário • 1. Regime jurídico – 2. Execução por quantia certa em face da Fazenda Pública – 3. A defesa da Fazenda Pública na execução contra ela movida: os embargos à execução – 4. Os créditos de natureza alimentícia – 5. Natureza jurídica da atividade do presidente do tribunal no precatório – 6. Atualização monetária e juros no pagamento do precatório – 7. "Seqüestro": natureza e objeto – 8. Intervenção federal e estadual – 9. Casos de dispensa de precatório – 10. Parcelamento de precatórios – 11. Os precatórios e a prioridade de tramitação de processos para idosos e para portadores de doença grave – 12. Execução provisória contra a Fazenda Pública: possibilidade? – 13. Abatimento, a título de compensação, no valor do precatório de débitos para com a correspondente Fazenda Pública – 14. Regime especial para pagamento de crédito de precatório de Estados, Distrito Federal e Municípios – 15. Execução de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa contra a Fazenda Pública – 16. Execução contra a Fazenda Pública não embargada e honorários advocatícios de sucumbência.

1. REGIME JURÍDICO

A execução por quantia certa contra devedor solvente tem por finalidade específica satisfazer o credor, normalmente valendo-se para tanto da técnica da expropriação de bens do devedor. Quando a Fazenda Pública é o devedor, as regras gerais de expropriação não têm aplicação, porquanto os bens públicos são impenhoráveis e inalienáveis.

> A propósito, é relevante registrar, desde logo, que "... o conceito de *Fazenda Pública* abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, sendo certo que as agências executivas ou reguladoras, sobre ostentarem o matiz de autarquias especiais, integram igualmente o conceito de *Fazenda Pública*"[2].

> Consequentemente, "..., estão excluídas do conceito de *Fazenda Pública* as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Embora integrem a Administração Pública indireta, não ostentam natureza de direito público, revestindo-se da condição de pessoas jurídicas de direito privado, a cujo regime estão subordinadas. Então, quando se alude à *Fazenda Pública,* na expressão não estão inseridas as sociedades de economia mista nem as empresas públicas, sujeitas que são ao regime geral das pessoas jurídicas de direito privado."[3]

Sendo o devedor a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa contra devedor solvente, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito. Os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo erário, merecendo tratamento específico a execução intentada contra as pessoas jurí-

---

1. Para mais detalhes a respeito da execução em face da Fazenda Pública, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais, conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo.* 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 251-309.
2. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo,* cit., n. 1.1, p. 18.
3. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo,* cit., n. 1.1, p. 18.

dicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes à sistemática do precatório[4]. Não há, enfim, expropriação na execução intentada contra a Fazenda Pública, devendo o pagamento submeter-se ao regime jurídico do precatório (ou da Requisição de Pequeno Valor, se o valor for inferior aos limites legais, conforme será examinado mais adiante).

A execução contra a Fazenda Pública rege-se por regras próprias, que estão contidas no art. 100 da Constituição Federal e em regras do ADCT da própria Constituição e, bem ainda, nos arts. 730, 731 e 741, todos do CPC. Há, portanto, um regime próprio para a execução intentada em face da Fazenda Pública, que está disciplinado em regras específicas, as quais serão examinadas no presente capítulo.

> Antes, porém, de serem examinadas tais regras, cumpre advertir que a execução proposta em face da Fazenda Pública tanto pode fundar-se em *título judicial*, como em *título extrajudicial*. Já houve muita discussão a respeito da possibilidade de ser intentada em face da Fazenda Pública execução fundada em título extrajudicial. Tal discussão está superada, sendo, atualmente, firme o entendimento segundo o qual é possível, sim, a execução por título extrajudicial em face da Fazenda Pública. A propósito, assim está redigido o enunciado n. 279 da súmula do STJ: "É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública".

2. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Já se viu que a execução por quantia certa proposta contra uma pessoa de direito privado tem seu procedimento variado, a depender do título executivo. Se o título for judicial, adota-se o procedimento do cumprimento da sentença (CPC, arts. 475-J a 475-Q). Fundando-se a execução em título extrajudicial, aplicam-se as regras procedimentais previstas a partir do art. 652 do CPC.

Na execução proposta em face da Fazenda Pública, não há essa variação. Independentemente de o título ser judicial ou extrajudicial, o procedimento é o mesmo: a Fazenda Pública é, nos termos do art. 730 do CPC, citada para opor embargos. Ao final de todo o procedimento, expede-se o precatório, em atendimento à regra inscrita no art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras, não se aplica o regime do cumprimento da sentença na execução contra a Fazenda Pública. Esta não tem o prazo de quinze dias para pagar, sob pena de sujeitar-se a uma multa de 10% sobre o valor devido. Não se aplica, em suma, o disposto no art. 475-J do CPC para a execução proposta em face da Fazenda Pública. O procedimento, não custa repetir, está previsto nos arts. 730 e 731 do CPC.

Embora não se aplique o art. 475-J do CPC à execução proposta em face da Fazenda Pública, as regras da liquidação de sentença – previstas nos arts. 475-A ao 475-H do

---

4. Além das pessoas jurídicas de direito público, submete-se ao regime de precatórios, segundo entendimento firmado pelo STF, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, que ostenta a natureza de empresa pública. A propósito, conferir: BUENO, Cassio Scarpinella. "Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública – uma proposta atual de sistematização". *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 123.

CPC – são integralmente aplicáveis ao processo em que a Fazenda Pública figure como ré. Não há qualquer peculiaridade no regime jurídico da Fazenda Pública que afaste a aplicação de tais regras.

A execução judicial em face da Fazenda Pública procede-se mediante o precatório, com inclusão do valor no orçamento para pagamento no exercício financeiro subseqüente. Qualquer que seja a natureza do crédito, haverá de submeter-se à sistemática do precatório, ressalvados os créditos de pequeno valor, que serão examinados mais adiante, em item próprio.

Ajuizada a execução em face da Fazenda Pública, esta é citada para, querendo, opor embargos do devedor no prazo de 30 (trinta) dias (Lei n. 9.494/1997, art. 1º-B, na redação da MP n. 2.180-35/2001).

> Alguns juízos e tribunais estavam afastando a aplicação da regra que majorou o prazo de embargos para 30 (trinta) dias, por entenderem ser inconstitucional. Submetido o caso ao crivo do STF, mediante o ajuizamento da ADC n. 11, o Plenário da Suprema Corte deferiu medida cautelar para afirmar sua constitucionalidade, impedindo a todos os juízos e tribunais que deixem de aplicar a regra sob o argumento de sua inconstitucionalidade. Eis o teor da ementa do acórdão da medida cautelar na referida ADC 11: "Ementa: Fazenda Pública. Prazo processual. Embargos à execução. Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT. Ampliação pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-B à Lei federal n. 9.494/97. Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados. Dissídio jurisprudencial sobre a norma. Ação direta de constitucionalidade. Liminar deferida. Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99. Ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória n. 2.180-35."[5]

Não apresentados os embargos ou vindo a ser rejeitados, o juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal para que reste consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subseqüente. Tal como demonstrado no vol. 3 deste *Curso*, mais precisamente no capítulo que trata do reexame necessário, a sentença que rejeita os embargos à execução não está sujeita a reexame necessário, de vez que o reexame já foi procedido em relação à sentença do anterior processo de conhecimento, além de o art. 475, II, do CPC aludir, apenas, a embargos opostos à execução fiscal, excluindo-se aqueles opostos à execução *não-fiscal*, ou seja, àquela fundada em sentença condenatória[6].

Determinada a expedição do precatório pelo juiz, deverá o cartório judicial providenciar sua autuação com cópia das principais peças dos autos originários, dentre elas a certidão de trânsito em julgado (requisito relevante diante do § 5º do art. 100 da CF/88)

---

5. Acórdão unânime do Pleno do STF, ADC-MC 11/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28/3/2007, *DJ* de 29/6/2007, p. 20.
6. Nesse sentido o acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 504.580/SC, rel. Min. José Delgado, j. em 15.04.2003, publicado no *DJ* de 09.06.2003, p. 193.

e a referência à natureza do crédito, se alimentício ou não[7]. Estando instruído e assinado pelo juiz, o precatório deverá ser encaminhado ao presidente do respectivo tribunal, sendo ali registrado, autuado e distribuído. O presidente do tribunal deverá inscrever o precatório e comunicar ao órgão competente para efetuar a ordem de despesa, a fim de que a Administração Pública passe a adotar as medidas necessárias e suficientes à abertura do crédito que irá liquidar a dívida mediante depósito bancário feito à disposição da presidência do tribunal.

Na verdade, o precatório há de ser inscrito até o dia 1º de julho para que seja o correspondente montante inserido no próprio orçamento que ainda será aprovado, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando o crédito terá o seu valor corrigido monetariamente. Assim, sendo, por exemplo, o precatório inscrito até 1º de julho de 2009, deverá o correlato valor ser pago até o dia 31 de dezembro de 2010. Caso o precatório somente seja inscrito após o dia 1º de julho de 2009, haverá a perda de um exercício financeiro, devendo ser incluído no orçamento seguinte para ser pago até o dia 31 de dezembro de 2011 (CF/88, art. 100, § 5º).

3. A DEFESA DA FAZENDA PÚBLICA NA EXECUÇÃO CONTRA ELA MOVIDA: OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Já se viu que, na execução proposta contra a Fazenda Pública, esta é citada para, em trinta dias, opor embargos. A Lei n. 8.953/1994 incluiu um § 1º ao antigo art. 739 do CPC, segundo o qual "os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo". Essa regra aplicava-se, irrestritamente, aos embargos opostos pela Fazenda Pública. Citada para a execução, a Fazenda Pública ajuizava embargos, os quais eram dotados de efeito suspensivo, obstando o seguimento da execução.

Com o advento da Lei n. 11.382/2006, o conteúdo do art. 739 foi transportado para o art. 739-A. O § 1º do art. 739-A equivale ao que dispunha o § 1º do então art. 739, cujo comando foi modificado. Opostos os embargos, não há mais a suspensão automática da execução. Nos termos do § 1º do art. 739-A do CPC, "o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes". Tudo isso já foi examinado no capítulo sobre as defesas do executado, para onde se remete o leitor.

O § 1º do art. 739-A do CPC *não* se aplica à execução proposta contra a Fazenda Pública, pelos seguintes motivos: *a)* o efeito suspensivo depende de penhora, depósito ou caução. A Fazenda Pública não se sujeita a penhora, depósito nem caução, não precisando garantir o juízo para opor seus embargos; *b)* a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor depende do *prévio trânsito em julgado* (CF/88, art. 100, §§ 3º e 5º), de sorte

7. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Novas considerações acerca da execução contra a fazenda pública". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 5, p. 58.

que somente pode ser determinado o pagamento, se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado.

Em outras palavras, o precatório ou a requisição de pequeno valor somente se expede *depois de não haver mais qualquer discussão quanto ao valor executado,* valendo dizer que tal expedição depende do trânsito em julgado da sentença que julgar os embargos. Por essa razão, os embargos opostos pela Fazenda Pública devem, forçosamente, ser recebidos no *efeito suspensivo,* pois, enquanto não se tornar incontroverso ou definitivo o valor cobrado, não há como expedir o precatório ou a requisição de pequeno valor.

O trânsito em julgado a que se refere o § 5º do art. 100 da Constituição Federal é o da sentença que julgar os embargos à execução. E isso porque o valor a ser incluído no orçamento deve ser *definitivo*, não pendendo qualquer discussão a seu respeito. Observe-se, por exemplo, que a Lei n. 11.439/2006, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2007, estabelece, em seu art. 25, que tal Lei Orçamentária somente incluirá dotações para o pagamento de precatórios cujos processos contenham certidão de trânsito em julgado da decisão exeqüenda e, igualmente, certidão de trânsito em julgado dos embargos à execução ou, em seu lugar, certidão de que não tenham sido opostos embargos ou qualquer impugnação aos respectivos cálculos. A Lei n. 11.514/2007, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2008, contém, em seu art. 29, regra de idêntico teor.

Ora, se o precatório somente pode ser expedido quando já *definitivo* o valor, não havendo mais discussão a seu respeito – o que se pode comprovar por certidão de trânsito em julgado dos embargos à execução –, é evidente que tais embargos devem, necessariamente, ser recebidos com efeito suspensivo.

Quando os embargos forem parciais, a execução, nos termos do § 3º do art. 739-A do CPC, prosseguirá quanto à parte não embargada. Tal regra aplica-se aos embargos opostos pela Fazenda Pública. Nesse caso, a execução deve prosseguir relativamente ao valor equivalente à parte incontroversa, expedindo-se, quanto a essa parte, o precatório[8]. Em tal situação, não está havendo o fracionamento vedado no parágrafo 8º do art. 100 da Constituição Federal, eis que não se trata de intenção do exeqüente de repartir o valor para receber uma parte por requisição de pequeno valor e a outra, por precatório[9].

---

8. STJ, 6ª T., REsp n. 714.235/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 24.2.2005, publicado no *DJ* de 9.5.2005, p. 490; STJ, 6ª T., AgRg no REsp n. 640.357/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 7.6.2005, publicado no *DJ* de 27.6.2005, p. 462; STJ, 6ª T., AgRg no REsp n. 691.979/PR, rel. Min. Paulo Medina, j. em 7.6.2005, publicado no *DJ* de 1.8.2005, p. 600; STJ, 5ª T., REsp n. 636.326/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 14.6.2005, publicado no *DJ* de 15.8.2005, p. 351; STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no REsp n. 673.163/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 4.8.2005, publicado no *DJ* de 29.8.2005, p. 417; STJ, 5ª T., REsp n. 738.330/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 4.8.2005, publicado no *DJ* de 29.8.2005, p. 433.

9. STJ, 1ª S., EREsp n. 551.991/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 22.2.2006, publicado no *DJ* de 20.3.2006, p. 182; STF, 1ª T., RE n. 458.110/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13.6.2006, publicado no *DJ* de 29.9.2006, p. 48; STF, 1ª T., RE n. 484.770/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 6.6.2006, publicado no *DJ* de 1.9.2006, p. 22.

Como se vê, a nova disciplina dos embargos à execução deve ser adaptada à execução contra a Fazenda Pública, que se submete a regime jurídico próprio, ajustando-se à sistemática constitucional do precatório ou da requisição de pequeno valor. Como a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor depende do *prévio trânsito em julgado,* os embargos devem, *sempre*, ser recebidos no efeito suspensivo. Logo, o § 1º do art. 739-A do CPC *não* se aplica à Fazenda Pública, por ser incompatível com o regime da execução contra ela proposta. Aplica-se, contudo, à execução contra a Fazenda Pública a regra do § 3º do art. 739-A do CPC, de maneira que, sendo *parciais* os embargos, a execução deve *prosseguir* no tocante à *parte não embargada.*

Os embargos opostos pela Fazenda Pública passaram a ser disciplinados no art. 741 do CPC, em cujos termos há uma restrição: somente podem ser alegadas as matérias ali relacionadas. Apenas se permite à Fazenda Pública tratar de vícios, defeitos ou questões da própria execução, podendo, ainda, suscitar causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, desde que supervenientes à sentença.

E nem poderia ser de outro modo, já que as questões anteriores à sentença já foram alcançadas pela preclusão e, até mesmo, pela coisa julgada material. Com exceção da falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia (CPC, art. 741, I) e da chamada *coisa julgada inconstitucional* (CPC, art. 741, parágrafo único), a Fazenda Pública não deve alegar questões anteriores à sentença, cingindo-se a suscitar matéria que diga respeito à própria execução ou que seja superveniente à sentença.

Entre as alegações previstas no art. 741 do CPC, não há qualquer alusão a penhora ou avaliação de bens, exatamente porque a execução contra a Fazenda Pública não se faz por expropriação, nem há constrição, depósito ou penhora de bens. Tudo se processa sem garantia do juízo para, ao final, ser expedido o precatório ou a requisição de pequeno valor.

Quando a Fazenda Pública alegar que o credor pleiteia quantia superior à do título, cumpre aplicar o disposto no § 2º do art. 475-L do CPC, segundo o qual cabe ao impugnante *declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação*. Trata-se de norma que impõe um ônus ao executado, sob pena de a sua defesa sequer ser examinada: o ônus de opor a *exceptio declinatoria quanti*. Não exercida a exceção, há preclusão quanto ao valor da dívida, ressalvado erro de cálculo ou valor absurdo.

Não há qualquer particularidade da Fazenda Pública que afaste a aplicação de tal exigência aos embargos que ela opõe numa execução contra si movida. Quer isto dizer que, ao opor embargos, sob a alegação de que há excesso de execução, a Fazenda Pública tem o ônus de declarar o valor que entende correto, demonstrando em que consiste o excesso apontado. Neste sentido, STJ, 1ª. T., REsp n. 1.115.217-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 2.2.2010.

A essa altura, não é ocioso repisar que não se aplicam à Fazenda Pública as regras do cumprimento de sentença, não incidindo, no particular, o disposto nos arts. 475-J e seguintes do CPC; também não se aplica a multa de 10% (dez por cento) ali prevista[10].

10. BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil:* Comentários Sistemáticos às Leis ns. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 185.

A execução contra a Fazenda Pública continua a ser um processo autônomo, ensejando citação e oposição de embargos, recebidos no efeito suspensivo.

Cumpre relembrar que a execução proposta contra a Fazenda Pública pode fundar-se num título executivo extrajudicial. Proposta execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública, o procedimento da execução segue a mesma trilha dos arts. 730 e 731 do CPC, devendo haver citação para oposição de embargos, com a posterior expedição de precatório ou requisição de pequeno valor.

Não se deve, entretanto, impor, na execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, a restrição de matérias prevista no art. 741 do CPC. O art. 741 do CPC restringe as matérias que podem ser veiculadas nos embargos à execução, mas tal disposição confina-se no âmbito da execução de título judicial[11]. Em se tratando de título extrajudicial, não há razão para restringir o âmbito dos embargos, eis que não há preclusão nem coisa julgada material relativamente ao título que impeça a alegação de questões pertinentes à obrigação ou à relação jurídica que deu origem ao crédito. Em outras palavras, o art. 745 do CPC aplica-se aos embargos opostos pela Fazenda Pública na execução fundada em título extrajudicial contra ela movida, de sorte que lhe é franqueada a possibilidade de alegar, em seus embargos, quaisquer matérias, não devendo haver restrição nem limitação. Os limites impostos no art. 741 do CPC, não custa repetir, *incidem apenas aos embargos opostos à execução fundada em título judicial.*

Opostos os embargos pela Fazenda Pública, a execução, como já anotado, fica suspensa. Recebidos os embargos, deve o juiz determinar a intimação do embargado para se manifestar. No particular, aplica-se a disciplina própria do regime jurídico dos embargos, incidindo o disposto no art. 740 do CPC, de sorte que o exeqüente será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias. Em seguida, o juiz julgará imediatamente o pedido, aplicando o art. 330 do CPC, ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias.

Em vez de receber os embargos, poderá o juiz rejeitá-los liminarmente, quando, nos termos do art. 739 do CPC, forem intempestivos, quando inepta a petição inicial ou quando manifestamente protelatórios. Se a execução proposta contra a Fazenda Pública estiver fundada em título judicial, também haverá rejeição liminar dos embargos, quando estes versarem matéria não prevista no art. 741 do CPC.

Também devem ser rejeitados liminarmente os embargos quando, alegado pela Fazenda Pública excesso de execução, mas não demonstrado em que consiste o excesso e qual seria o valor correto. Nesse caso, a Fazenda Pública não se desincumbiu de seu ônus de opor a *exceptio declinatoria quanti,* impondo-se a rejeição liminar dos embargos.

Julgados os embargos opostos pela Fazenda Pública, a sentença não está sujeita a reexame necessário, de vez que o reexame já foi procedido em relação à sentença do

11. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 202-203.

anterior processo de conhecimento, além de o art. 475, II, do CPC aludir, apenas, a embargos opostos à execução fiscal, excluindo-se aqueles opostos à execução *não fiscal,* ou seja, àquela fundada em sentença condenatória[12].

Recebidos os embargos e processados na forma do art. 740 do CPC, seu julgamento final se faz por meio de sentença, sendo, portanto, cabível a apelação. Acolhidos os embargos, a apelação tem duplo efeito.

A partir da Lei Federal n. 11.232/2005, os embargos à execução de título judicial restringem-se às hipóteses de execução contra a Fazenda Pública (art. 741 do CPC). Segundo a previsão do art. 520, V, do CPC, a apelação interposta contra sentença que julgue improcedentes ou rejeite os embargos à execução não teria efeito suspensivo legal. Só que a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor depende do *prévio trânsito em julgado* (CF/88, art. 100, §§ 3º e 5º), de sorte que somente pode ser determinado o pagamento se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado. Diante disso, a apelação contra a sentença que rejeita os embargos à execução contra a Fazenda Pública, mercê das referidas exigências constitucionais, há de ser recebida no *duplo efeito.*

Vale dizer que o art. 520, V, do CPC não tem mais aplicação à apelação que rejeita os embargos à execução de título judicial. Na execução civil entre particulares, não há mais embargos; a defesa do executado, como se viu, faz-se por impugnação, cuja rejeição rende ensejo a agravo de instrumento (CPC, art. 475-M, § 3º), e não a apelação. E, quando se tratar de execução contra a Fazenda Pública, a regra não se aplica em virtude das mencionadas normas constitucionais, sendo a apelação ali recebida, necessariamente, no duplo efeito. O recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, no caso de execução contra a Fazenda Pública, é totalmente inoperante e ineficaz, visto que, enquanto não confirmados ou estabelecidos, definitivamente, os valores a serem inscritos em precatórios ou requisitados por RPV, não se pode prosseguir na execução.

4. OS CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTÍCIA

Qualquer crédito, independentemente de sua natureza, está sujeito ao precatório. A *única* ressalva que existe, atualmente, se relaciona com o *valor:* os créditos de pequeno valor não se sujeitam ao precatório.

Realmente, é firme o entendimento do STF no sentido de que a necessidade de obediência ao procedimento do precatório, tal como definido no art. 100 da CF/88, *aplica-se, inclusive, aos créditos de natureza alimentícia,* devendo, em qualquer hipótese, haver prévia prolação de sentença judicial que condene a Fazenda Pública ao pagamento reclamado.

Na verdade, o § 1º do art. 100 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009, confirma que os débitos de natureza alimentícia "... serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos", ressalvados aqueles de que sejam titulares idosos ou portadores de doenças graves, tal como demonstrado no item 11 *infra.*

12. STJ, 1ª T., REsp n. 504.580/SC, rel. Min. José Delgado, j. em 15.4.2003, publicado no *DJ* de 9.6.2003, p. 193.

A propósito, assim esclarece o enunciado nº 655 da súmula o STF: "a exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza".

Nesse mesmo sentido, assim estabelece o enunciado n. 144 da Súmula do STJ: "os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa".

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a haver 2 (duas) ordens cronológicas: uma para os créditos de natureza alimentícia e outra para os de natureza não alimentar, devendo os primeiros ser pagos prioritariamente. Com o advento da Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a existir 3 (três) ordens cronológicas. Os créditos alimentares deverão ser pagos antes dos créditos não alimentares. Há, então, uma ordem cronológica de créditos alimentares, que são pagos com prioridade. Depois de pagos estes, inicia-se o pagamento dos não alimentares, obedecendo-se a sua ordem cronológica própria. Antes, porém, dos créditos alimentares, devem ser pagos os também alimentares de que sejam titulares idosos ou portadores de doenças graves, até o valor equivalente ao triplo do limite fixado em lei para as requisições de pequeno valor, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo o restante pago na ordem cronológica de apresentação dos precatórios de créditos alimentares (CF/88, art. 100, § 2º), tal como demonstrado no item 11 *infra*.

Os créditos de natureza alimentar estão definidos no § 1º do art. 100 da Constituição Federal, compreendendo aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. Enfim, os créditos de natureza alimentícia envolvem "... toda prestação in natura ou em dinheiro que tenha como finalidade exclusiva assegurar ao alimentário o mínimo necessário ao seu sustento, habitação, vestuário, educação e saúde. Nessa linha, seria de se imaginar que a cobrança de vencimentos ou proventos atrasados não consistiria na cobrança de verba alimentícia, porquanto deixaram de ser indispensáveis à manutenção diária do servidor"[13].

Há quem entenda que a definição do § 1º do art. 100 da Constituição Federal contém um rol meramente exemplificativo, podendo ser ampliado para acrescentar, por exemplo, honorários advocatícios[14]. Parece, com o devido respeito, que o rol é taxativo[15], pois

13. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 130.
14. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Novas considerações acerca da execução contra a fazenda pública". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 5, p. 59.
15. FRANCO, Fernão Borba. *Execução em face da fazenda pública*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 211. Entendendo ser taxativo o rol, embora reconheça a polêmica da questão, a ponto de sugerir que se aguarde a posição da jurisprudência: THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Aspectos processuais do precatório na execução contra a fazenda pública". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, v. 22, p. 80-81.

se trata de definição prevista no próprio texto constitucional para esclarecimento de norma excepcional, ou seja, de norma que excepciona ou ressalva a ordem cronológica dos precatórios, estabelecendo outra nova ordem. Sendo a regra excepcional, impõe-se a interpretação restritiva. Na verdade, os honorários devem seguir a mesma disciplina do crédito principal: se este for alimentar, os honorários são pagos juntamente com ele, ou seja, preferencialmente; se, entretanto, o crédito principal não for alimentar, os honorários serão pagos também em conjunto com ele, sem que haja qualquer preferência[16].

O § 1º do art. 100 da Constituição Federal refere-se àquelas verbas *necessarium vitae*, destinadas à sobrevivência do alimentando, razão pela qual se destaca um tratamento diferenciado para os créditos alimentares. Os honorários de sucumbência são, por outro lado, decorrentes do êxito, inserindo-se decorrentes da *alea* processual, incompatível, pois, com a regra. Realmente, "a verba decorrente dos honorários de sucumbência – cuja retribuição é aleatória e incerta – dependente do êxito da parte a qual patrocina, não podem ser considerados da mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* previstos na Carta Magna"[17].

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 470.407/DF, o STF entendeu que a definição contida no § 1º-A do art. 100 da Constituição Federal (que, pela Emenda Constitucional n. 62/2009, passou a ser o § 1º) não é exaustiva, de sorte que os honorários de advogado ostentam natureza de prestação alimentícia, conforme disposto nos arts. 22 e 23 da Lei Federal nº 8.906/1994 (que trata do Estatuto da Advocacia e da OAB)[18]. Seguindo a orientação firmada pelo STF, o STJ passou a decidir que "Os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência têm natureza alimentícia"[19].

---

16. ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 9ª ed. São Paulo: Editora RT, 2005, n. 418, p. 910-911; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. cit., n. 12.1.3, p. 266. *Nesse mesmo sentido:* "EMENTA: Precatório. Artigo 33 do ADCT da Constituição Federal. Honorários de advogado. – Quando a Constituição excepciona do precatório para a execução de créditos de natureza outra que não a alimentícia os créditos que tenham tal natureza, a exceção só abarca a execução da condenação em ação que tenha por objeto cobrança específica desses créditos, inclusive, portanto, dos honorários de advogado, e não a execução de condenação a pagamentos que não decorrem de créditos alimentares, ainda que nessa condenação haja uma parcela de honorários de advogado a título de sucumbência, e, portanto, a título de acessório da condenação principal. Neste caso, o acessório segue a sorte do principal. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STJ, 1ª T. RE n. 141.639/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. em 10.05.1996, publicado no *DJ* de 13.12.1996, p. 50.179).
17. STJ, 1ª T., ROMS n. 17.536/DF, rel. Min. José Delgado, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 10.02.2004, publicado no DJ de 03.05.2004, p. 94. *Nesse mesmo sentido:* "PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PREFERÊNCIA NA ORDEM DE PAGAMENTO – ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Os honorários advocatícios oriundos da sucumbência não têm natureza alimentar. 2. Sob o aspecto ontológico, a álea só existe quando há sucesso na demanda, o que afasta a qualificação preferencial pretendida. 3. Sob o ângulo constitucional, interpretado o art. 100, § 1º-A, verifica-se não estarem os honorários sucumbenciais no elenco dos créditos alimentares. 4. Divergência jurisprudencial que se resolve pela não-qualificação do crédito como sendo verba alimentar. 5. Recurso especial improvido." (STJ, 2ª T., REsp n. 653.864/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 09.11.2004, publicado no DJ de 13.12.2004, p. 339).
18. STF, 1ª T., RE 470.407/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.05.2006, DJ de 13.10.2006, p. 51.
19. STJ, Corte Especial, EREsp 706.331/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.02.2008, DJe 31.03.2008.

Vale dizer que, no atual entendimento do STJ, os honorários, não só os contratuais, mas também os sucumbenciais, têm natureza alimentar[20]. Em outras palavras, os honorários devem sujeitar-se a precatório, mas hão de ser pagos com prioridade, haja vista sua natureza alimentar[21].

5. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO PRECATÓRIO

Na execução proposta contra a Fazenda Pública, a atividade judicial de primeiro grau cumpre-se com a expedição do precatório. A partir daí, o que se desenvolve é a atividade do Presidente do Tribunal, quanto ao procedimento em si mesmo do precatório. Tal atividade, desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, reveste contornos de cunho jurisdicional ou administrativo?

A doutrina controverte acerca do tema, sendo de ressaltar entendimentos no sentido de admitir como *jurisdicional* a atividade do Presidente do Tribunal, no processamento do precatório[22]. De outro lado, pontifica a orientação voltada a considerar a atividade do Presidente do Tribunal como *administrativa*, destacando-se como o último ato jurisdicional o do juiz que ordena a expedição do precatório[23].

Na seara jurisprudencial, não há controvérsia quanto à matéria, sobressaindo o entendimento, tanto do STF como do STJ, no sentido de reconhecer como *administrativa* a atividade do Presidente do Tribunal, desenvolvida no processamento do precatório. Realmente, ao julgar a ADI n. 1.098/SP, o Supremo Tribunal Federal definiu que "a ordem judicial de pagamento (§ 2º do artigo 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional"[24].

Nos termos do enunciado n. 311 da súmula do STJ, "os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional".

O processamento do precatório pelo Presidente do Tribunal configura-se, pois, como atividade *administrativa*.

Exatamente porque é *administrativa* a atividade do Presidente do Tribunal na condução do precatório, as questões incidentais, na execução em face da Fazenda Pública, devem ser resolvidas pelo juízo que julgou a causa em primeiro grau. De fato, questões

---

20. STJ, 1ª S., EREsp 647.283/SP, rel. Min. José Delgado, j. 14.05.2008, DJe 09.06.2008. *No mesmo sentido:* STJ, 1ª T., AgRg no REsp 758.736/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2008, DJe 17.12.2008.
21. STJ, 2ª T., AgRg no REsp 980.786/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 16.12.2008, DJe 09.02.2009. *No mesmo sentido:* STJ, 1ª S., EDcl nos EREsp 647.283/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 11.03.2009, DJe 23.03.2009.
22. FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 122-123.
23. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, cit., p. 417.
24. STF, Pleno, ADI n. 1.098/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11.09.1996, publicado no *DJ* de 25.10.1996, p. 41.026.

pendentes ou que surgirem após a expedição do precatório, tais como a sucessão do exeqüente que faleceu por seus herdeiros ou espólio, a divisão de honorários entre o antigo e o atual advogado, a impugnação de juros ou de acréscimos indevidos, ou, ainda, a postulação de correção monetária não inserida no precatório, devem ser resolvidas pelo juízo de primeiro grau, cabendo ao Presidente do Tribunal *apenas* processar o precatório requisitório expedido por ordem daquele.

É inquestionável, pois, que "o Presidente do Tribunal não tem competência para alterar o valor da condenação imposta ao Estado, o que remanesce com o juízo que decidiu a causa em primeiro grau (art. 575, II). Com efeito, compete ao juízo que decidiu a causa em primeiro grau (art. 575, I) resolver as questões incidentes, pois a competência do Presidente do Tribunal é administrativa, a exemplo da expedição do precatório complementar ou declarar solvida a obrigação (art. 794, I)"[25].

Sendo administrativa a natureza da atividade desenvolvida pelo presidente do tribunal no processamento do precatório, resta evidente não serem cabíveis recursos extraordinário nem especial, já que não houve o *julgamento* (atividade jurisdicional). Esse, aliás, é o entendimento firmado tanto pelo STF[26] como pelo STJ[27].

Cumpre anotar que tal entendimento restou consolidado no enunciado n. 733 da súmula do STF, que assim estabelece: "não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios".

Justamente por ser administrativa a atividade do presidente no processamento do precatório, não cabe a interposição nem de recurso especial, nem de recurso extraordinário, mas se revela cabível a impetração de mandado de segurança contra alguma determinação tida por ilegal ou abusiva[28].

---

25. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 9, p. 417.
26. "EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO: PROCESSAMENTO DO TRIBUNAL: ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. I. – A atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento do precatório, não é jurisdicional, mas administrativa. Também é administrativa a decisão do Tribunal tomada em agravo regimental interposto contra despacho do Presidente na mencionada atividade. Precedente do STF: ADIn 1098-SP. II. – O recurso extraordinário pressupõe a existência de causa decidida em única ou última instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional. Proferida a decisão em sede administrativa, não há falar em causa. Não cabimento do recurso extraordinário. III. – R.E. admitido na origem. Negativa de trânsito por decisão do Relator. Agravo não provido." (Acórdão do Pleno do STF, AGRRE n. 213.696/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 26/11/1997, publicado no *DJ* de 06.02.1998, p. 73).
27. "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRECATÓRIO. HOMOLOGAÇÃO. ATIVIDADE DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MERA MENTE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL. INCABÍVEL. 1 – No processamento de precatórios, o Presidente do Tribunal de Justiça exerce atividades administrativas, não revestidas de conteúdo jurisdicional e, por isso, insuscetíveis de impugnação na via recursal extraordinária. 2 – Agravo regimental desprovido." (Acórdão da 6ª Turma do STJ, AGA n. 288.539/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 06.06.2000, publicado no *DJ* de 19.06.2000, p. 222).
28. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Novas considerações acerca da execução contra a fazenda pública". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 5, p. 58.

6. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS NO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO

O precatório inscrito até o dia 1º de julho deve ser pago até o final do exercício seguinte. Nesse período, entre a inscrição e o pagamento, decorre, com freqüência, cerca de 1 (um) ano ou mais do que isso. O valor a ser pago ao credor deve ser pago com correção monetária desse período, justamente porque o § 5º do art. 100 da Constituição Federal estabelece 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 de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, *quando terão seus valores atualizados monetariamente*".

O pagamento do crédito constante do precatório deve ser feito, como se vê, com seu valor atualizado monetariamente. Tal atualização contempla a incidência de juros moratórios? Sabe-se que os juros moratórios devem ser concedidos, mesmo que não tenha havido postulação específica na petição inicial, pois são considerados como pedido implícito (CPC, art. 293). A jurisprudência mantém orientação no sentido de que, mesmo que não tenha havido condenação expressa, os juros devem ser incluídos no montante da execução[29]. Tais juros, contudo, são aqueles que devem ser incluídos na condenação, já constantes do crédito inscrito por meio do precatório[30].

O que se questiona é se haveria a incidência de juros relativamente ao período que medeia a inscrição do precatório e o efetivo pagamento do crédito. Já se viu que, nesse período, o § 5º do art. 100 da Constituição Federal exige que seja computada a correção monetária. Deve, de igual modo, haver cômputo de juros entre a data da inscrição do precatório e a do efetivo pagamento?

Em primeiro lugar, a previsão contida no § 5º do art. 100 da Constituição Federal alude, apenas, a *correção monetária,* não se referindo a juros moratórios. Logo, não seria possível o cômputo dos juros no período entre a inscrição do precatório e a data do efetivo pagamento.

Demais disso, os juros incidem em razão da *mora* do devedor; o atraso no pagamento acarreta a necessidade de serem computados juros no valor da dívida. No caso do precatório, já se viu que, uma vez inscrito até o dia 1º de julho, o crédito correspondente deve ser pago até o final do exercício seguinte. Então, a Fazenda Pública dispõe desse prazo para efetuar o pagamento. Realizado o pagamento nesse período constitucionalmente fixado, não há mora, não havendo, portanto, que se falar em cômputo de juros[31].

---

29. Súmula do STF, n. 254: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação".

30. A propósito, cumpre lembrar que os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de 6% (seis por cento) ao ano, ou seja, serão de 0,5% (meio por cento) ao mês (Lei n. 9.494/1997, art. 1º-F).

31. Esse, aliás, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se constata pela leitura do seguinte julgado: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. C.F.,

A questão consolidou-se no âmbito jurisprudencial, passando a constar do enunciado 17 da súmula vinculante do STF, de cujo teor se extrai a seguinte dicção: "Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos". Constando o assunto da súmula vinculante do STF, caberá reclamação constitucional contra decisão que adotar orientação divergente, a fim de que se ajuste ao entendimento firmado pela Corte Suprema, de acordo com os detalhes explicitados no capítulo sobre reclamação constitucional, integrante do volume 3 deste *Curso*.

Na verdade, os juros moratórios somente incidem a partir do *atraso* no pagamento, ou seja, decorrido o exercício financeiro, e não tendo sido pago, a partir de janeiro do ano seguinte é que deve iniciar o cômputo dos juros. Assim, tome-se como exemplo um precatório que tenha sido inscrito até o dia 1º de julho de 2009. Deverá, como se viu, ser efetuado o pagamento até o dia 31 de dezembro de 2010, respeitada a ordem cronológica de inscrição. Sendo o pagamento realizado até aquele dia 31 de dezembro, não haverá cômputo de juros moratórios, eis que não houve inadimplemento. Passado, contudo, o dia 31 de dezembro de 2010, sem que tenha havido o pagamento, os juros moratórios haverão de incidir a partir de 1º de janeiro de 2011 até a data em que ocorrer o efetivo pagamento.

Para que esses juros sejam pagos, será preciso haver a expedição de um precatório complementar, pois não se podem agregar valores num precatório já inscrito. A expedição de precatório complementar *não* exige o ajuizamento de *nova* execução contra a Fazenda Pública, sendo *dispensável* a realização de *nova* citação. É que a execução é uma só. E, como se sabe, para cada ação há, apenas, *uma* citação. Então, antes de se expedir o precatório complementar, deverá o credor apresentar sua conta, em que demonstra o valor devido a título de juros, sendo *intimada* a Fazenda Pública para sobre ela pronunciar-se, depois do que será expedido o precatório complementar[32].

ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF, 1ª T., RE n. 305.186/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 17.09.2002, publicado no *DJ* de 18.10.2002, p. 49). *No mesmo sentido,* STF, 1ª T., RE n. 362.519/PR, rel. Min. Moreira Alves, j. em 26.11.2002, publicado no *DJ* de 19.12.2002, p. 102; STF, 2ª T., AI n. 394.217 AgR/SC, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 05.11.2002, publicado no *DJ* de 07.02.2003, p. 52.

32. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é justamente esse: "RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. APRESENTAÇÃO DA CONTA PELO EXEQÜENTE. MEIO DE IMPUGNAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PROCESSO UNO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Os embargos à execução constituem meio de impugnação incabível contra a conta de atualização apresentada pelo exeqüente 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. A execução é um processo uno e foi há muito iniciada, momento em que, na forma do artigo 730 do Código de Processo Civil, foi a União citada para oferecer embargos, motivo pelo qual não é necessária uma nova citação para a oposição de novos embargos, basta que se intime a devedora para impugnar a conta. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ, 1ª T., REsp n. 385.413/MG, rel. Min. José Delgado, rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, j. 27.05.2002, publicado no *DJ* de 19.12.2002, p. 326).

Portanto, atualmente só existe precatório complementar para a cobrança de juros moratórios do período posterior ao exercício em que deveria ser pago o precatório. Entre a data da expedição do precatório e a do efetivo pagamento não há cômputo de juros, sendo o valor pago corrigido monetariamente, sem possibilidade de haver precatório complementar.

Nos termos do § 12 do art. 100 da Constituição Federal, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 62/2009, "a atualização monetária de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios". Significa que tanto a correção monetária como os juros moratórios, no caso de precatório judicial, equivalem aos índices e percentuais aplicáveis às cadernetas de poupança. O sistema normativo uniformizou o critério, inserindo-se no texto constitucional a previsão que já constava do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, cujo conteúdo está atualmente redigido nos seguintes termos: "Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".

7. "SEQÜESTRO": NATUREZA E OBJETO

Não sendo pago o crédito inscrito em precatório, a conseqüência, até agora vista, é permitir o cômputo de juros moratórios. Nesse caso, além dos juros, seria possível determinar o seqüestro ou bloqueio de verbas públicas para viabilizar o pagamento? A resposta é positiva.

Com efeito, o seqüestro, a partir da Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a ser possível somente para o caso de preterição na ordem de inscrição do precatório e, bem ainda, para o caso de "não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito". A propósito, assim está redigido o § 6º do art. 100 da Constituição Federal, na redação dada pela referida Emenda Constitucional:

> "§ 6º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência *ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito*, o sequestro da quantia respectiva".

O art. 731 do CPC estabelece que, havendo preterição no direito de preferência, o Presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito. A regra era compatível com a redação originária do art. 100 da Constituição Federal, cujo § 2º, ao disciplinar que cabia ao Presidente do tribunal que proferisse a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito e autorizar, a requerimento

do credor, *e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência,* o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Como se observa, o sequestro, nos termos da redação originária do art. 100 da Constituição Federal, somente era possível para garantir o direito de preferência, obedecida a ordem de inscrição dos precatórios. Não se admitia o sequestro para realização de pagamento não efetuado no prazo, mas, apenas, para garantir a ordem de inscrição dos precatórios.[33]

A Emenda Constitucional nº 62/2009 transportou a previsão contida no então § 2º para o atual § 6º do art. 100 da Constituição Federal, incluindo, ao lado da preterição da ordem cronológica de inscrição, a não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito, como causa para o requerimento – e seu consequente deferimento – do sequestro da correspondente verba pública, necessária e suficiente ao pagamento do crédito inscrito no precatório.

É possível, portanto, que haja o sequestro, não somente para o caso de preterição da ordem cronológica, mas também para a falta de alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do crédito exequendo.

Se tiver havido o parcelamento, no prazo máximo de dez anos nas hipóteses previstas no art. 78 do ADCT da Constituição Federal, ou no prazo máximo de dois anos nos casos de desapropriação de imóvel residencial do credor (ADCT, art. 78, § 3º), o "seqüestro" será possível não somente em caso de preterição ao direito de preferência, mas também se vencido o prazo ou em caso de omissão de previsão do valor do crédito no orçamento.

O referido seqüestro nada mais é do que um *arresto,* sendo imprópria a designação de *seqüestro*[34], pois serve à execução de crédito pecuniário. Tal *arresto,* contudo, não ostenta a natureza de medida cautelar[35], consistindo numa medida satisfativa, de natureza executiva, destinada a entregar a quantia apreendida ao credor preterido em sua preferência[36].

> Trata-se, como se vê, de uma exceção constitucional à regra de que bens públicos são insuscetíveis de sofrer constrição patrimonial: "sendo dogma constitucional, perfeitamente viável que a própria Carta o afaste. Não apenas para permitir a constrição de bens públicos, como parece a alguns, mas para evidenciar a indiscutível natureza executiva da medida"[37].

O que se discute é quem será, no caso de preterição da ordem cronológica de inscrição, o legitimado passivo do "seqüestro" (leia-se arresto): a apreensão da quantia destinada a

---

33. Nesse sentido, STF, Pleno, ADI n. 1.662 MC/SP, rel. Min. Maurício Correa, j. em 11.09.1997, publicado no *DJ* de 20.03.1998, p. 4.
34. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 343.
35. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil.* 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, v. 2, n. 15.2, p. 116.
36. DALL'AGNOL Jr., Antonio Janyr. "Sobre o sequestro constitucional". *Medidas cautelares.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 26-27; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil* brasileiro, 27ª ed., cit., p. 272; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* cit., v. 2, p. 343; ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, n. 294.5.1, p. 700.
37. DALL'AGNOL Jr., Antonio Janyr. "Sobre o sequestro constitucional", cit., p. 27.

satisfazer o credor irá operar-se sobre o patrimônio da Fazenda Pública ou sobre o patrimônio do credor que recebeu em preterição, antes de chegado o seu momento?

Há quem defenda que tal medida somente possa ser encetada em face da Fazenda Pública, incidindo o "seqüestro" sobre rendas públicas, e não sobre o valor do pagamento feito com quebra da ordem de preferência dos precatórios, abrindo-se uma exceção ao princípio da impenhorabilidade dos bens públicos[38]. Por sua vez, há quem entenda que somente o patrimônio do credor que recebeu antes do momento adequado é que estaria sujeito à medida de "seqüestro", não se atingindo o patrimônio público[39]. Parece, contudo, que o "seqüestro" pode incidir tanto sobre o patrimônio público como sobre o do credor que recebeu antes do momento adequado[40], possibilitando-se, portanto, um litisconsórcio passivo no requerimento de seqüestro[41].

Com a nova redação dada ao § 6º do art. 100 da Constituição Federal pela EC nº 62/2009, é possível o sequestro no caso de falta de alocação orçamentária dos recursos necessários e suficientes ao pagamento do crédito inscrito no precatório. Em tal situação, o sequestro atinge verbas públicas, ou seja, recursos financeiros da própria entidade executada.

Nos casos do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT da Constituição Federal, já se viu que o "seqüestro" será possível não somente em caso de preterição ao direito de preferência, mas também se vencido o prazo ou em caso de omissão de previsão do valor do crédito no orçamento. Nessa hipótese, o "seqüestro" irá operar-se sobre o patrimônio público ou, como dispõe expressamente o § 4º do aludido art. 78 do ADCT, sobre "recursos financeiros da entidade executada".

Em qualquer caso, o "seqüestro" não pode ser determinado de ofício, sendo necessário que haja prévio requerimento do credor. Requerido o seqüestro, será ouvido o chefe do Ministério Público para, somente depois, ser determinada a medida executiva de satisfação do crédito.

Quanto à legitimidade ativa, poderá requerer o "seqüestro" *qualquer* credor preterido: não somente aquele que está imediatamente acima, na ordem cronológica, como os que lhe antecedem. Assim, imagine-se o mesmo exemplo acima, aventado entre os credores que estão, respectivamente, no 15º, 16º e 17º lugares na ordem cronológica de inscrição. Se o 17º receber antes do 15º e do 16º, caberia, em princípio, ao 16º requerer o seqüestro. Só que este último não deve receber seu crédito antes do 15º. Na verdade, quem deve requerer o seqüestro é o 15º, nada impedindo, porém, que o 16º

38. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. cit., v. 2, n. 15.2, p. 116; DALL'AGNOL Jr., Antonio Janyr. "Sobre o sequestro constitucional", cit., p. 26-29..
39. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil* brasileiro. 27ª ed., cit., p. 272; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. cit., v. 2, p. 343.
40. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. cit., n. 294.5.2, p. 701.
41. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Novas considerações acerca da execução contra a fazenda pública". cit., p. 65.

também o faça. Nesse caso, o 16º estará agindo por *substituição processual* em relação ao 15º[42].

No caso da falta de pagamento por ausência de alocação orçamentária dos correspondentes recursos, a legitimidade ativa para requerer o sequestro é do credor que não teve seu crédito satisfeito.

8. INTERVENÇÃO FEDERAL E ESTADUAL

Inscrito o precatório até o dia 1º de julho, seu pagamento será requisitado para ser feito até o final do exercício seguinte. Não efetuado o pagamento no momento previsto constitucionalmente, ter-se-á fundamento para requerer a intervenção judicial. É que, nesse caso, estará havendo desobediência à ordem ou decisão judicial[43].

A intervenção está prevista nos arts. 34 a 36 da Constituição Federal, estando disciplinadas no art. 34 as hipóteses de intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal. O art. 35 disciplina os casos de intervenção estadual nos Municípios ou da União nos Territórios Federais, estando o procedimento capitulado no art. 36.

A satisfação parcial do débito não tem poder liberatório. Nesse caso, não tendo havido pagamento integral do crédito, o precatório continua mantido inscrito na ordem cronológica, até satisfação plena[44].

A alegação de falta de recursos, conquanto parecesse não ser motivo suficiente para afastar a intervenção[45], passou a ser tida como justificativa plausível, a impedir o decreto interventivo. Diante da ausência de configuração de dolo ou de atuação deliberada do administrador público, a simples falta de recursos para satisfação do precatório já vem sendo tida como justificativa aceitável para afastar a medida extrema da intervenção, com aplicação do princípio da proporcionalidade[46].

9. CASOS DE DISPENSA DE PRECATÓRIO

A execução em face da Fazenda Pública segue, como se viu, o procedimento contido nos arts. 730 e 731 do CPC, com a sistemática do precatório, na forma estabelecida pelo art. 100 da Constituição Federal.

---

42. BUENO, Cassio Scarpinella. "Execução por quantia certa contra a fazenda pública – uma proposta atual de sistematização", cit., p. 152.
43. STOCO, Rui. "Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, v. 739, p. 74.
44. STOCO, Rui. "Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios", cit., p. 75.
45. STOCO, Rui. "Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios", cit.,p. 76.
46. Esse é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido." (STF, Pleno, IF n. 1.317/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 26.03.2003, publicado no *DJ* de 01.08.2003, p. 113).

Em razão da Emenda Constitucional n. 20/1998, não há mais necessidade de expedição de precatório nos casos de execução de pequeno valor, a teor do dispositivo inserto no § 3º do art. 100 da Carta Magna.

A Lei Federal n. 10.259/2001, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis no âmbito da Justiça Federal com competência para processar, conciliar e julgar as causas até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (art. 3º), estabeleceu, em seu art. 17, que a obrigação de pagar quantia certa, *após* o trânsito em julgado da decisão, será atendida independentemente de precatório. E, para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, segundo estabelece o § 1º do art. 17 da referida Lei n. 10.259/2001, as obrigações ali definidas como de pequeno valor terão como limite aquele mencionado montante de 60 (sessenta) salários mínimos. Logo, as condenações impostas contra a União, que ostentem a cifra de até 60 (sessenta) salários mínimos, devem ser cumpridas sem a necessidade da expedição de precatório. Nessa hipótese, de acordo com o § 2º do art. 17 da aludida Lei n. 10.259/2001, é vedado o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, não se permitindo que parte da quantia seja paga imediatamente e a outra parte, mediante a expedição de precatório. Desse modo, caso o montante da condenação ultrapasse o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos, o pagamento será feito, sempre, por meio de precatório, tal como estabelece o § 4º daquele art. 17 da Lei n. 10.259/2001.

Aos Estados, Municípios e Distrito Federal cabe fixar o limite considerado de pequeno valor para que seja dispensada a expedição do precatório. Enquanto não editados os respectivos diplomas legais, deve prevalecer o teto estabelecido no art. 87 do ADCT da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 37/2002: para as condenações impostas às Fazendas dos Estados e do Distrito Federal, o limite fixado é de até 40 (quarenta) salários mínimos, sendo de até 30 (trinta) salários mínimos para as condenações impostas às Fazendas Municipais.

Em qualquer caso, se o valor da execução ultrapassar o limite específico, deverá o pagamento submeter-se à sistemática do precatório, *a não ser que* a parte renuncie ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório.

Nesses casos, em que se dispensa a expedição do precatório, a sentença conterá plena efetividade, devendo ser atendida pela Fazenda Pública. A sentença, nessas hipóteses de dispensa do precatório, *não* perde sua feição condenatória, nem elimina a necessidade de um futuro e posterior processo de execução[47]. O que se dispensa é, apenas, a expedição do *precatório*. Embora não haja previsão legal nesse sentido, parece que devem ser aplicados, de forma mitigada, os arts. 730 e 731 do CPC, ou seja, a Fazenda Pública será citada para oferecer embargos. Não oferecidos ou rejeitados os que tenham sido apresentados, deverá ser expedida ordem de pagamento, ao invés de se expedir um precatório. Emitida a ordem de pagamento, cabe à Fazenda Pública creditar o valor respectivo, no prazo assinalado

47. Não é o que ocorre no procedimento dos Juizados Especiais Federais, em que a sentença passou a deter natureza mandamental, deixando de ser condenatória e prescindindo-se do posterior processo de execução.

pelo juiz. Não o fazendo, caberá o seqüestro ou o bloqueio de verbas públicas, no valor suficiente para o cumprimento da ordem[48].

Cumpre verificar se, numa demanda em que haja litisconsórcio ativo, a dispensa do precatório decorrerá do valor global da demanda ou do valor devido a cada litisconsorte? Se, por exemplo, numa ação proposta por *A, B* e *C* em face da União, a condenação desta última ostentar a cifra de 100 (cem) salários mínimos, sendo 20 (vinte) salários mínimos para *A*, 50 (cinqüenta) salários mínimos para *B* e 30 (trinta) salários mínimos para *C*, será necessário o precatório, porque o valor total ultrapassa os 60 (sessenta) salários mínimos ou cada um dos litisconsortes irá receber sem precatório, eis que o valor relativo a cada um é inferior àquele limite de 60 (sessenta) salários mínimos?

De se recordar que *uma* demanda caracteriza-se por conter *um* autor, *um* réu, *uma* causa de pedir remota, *uma* causa de pedir próxima, *um* pedido imediato e *um* pedido mediato. Quando, num mesmo processo, houver *mais de um* autor ou *mais de um* réu (ou mais de um autor e mais de um réu ao mesmo tempo), em litisconsórcio simples (exatamente o caso sugerido), haverá uma *cumulação subjetiva* de demandas; haverá tantas lides quantos forem os autores ou os réus[49].

Sendo certo que, no litisconsórcio simples, há uma cumulação de demandas, o tratamento deve ser conferido em relação a cada demanda. Ora, se cada litisconsorte tivesse ingressado, isoladamente, com sua demanda, não haveria precatório. Da mesma forma, se estiverem presentes, todos juntos, num único processo, haverá cumulação de demandas, devendo ser considerado o valor de cada um deles.

Enfim, em caso de litisconsórcio, será considerado o valor devido a cada um deles, expedindo-se *cada* requisição de pagamento para *cada* um dos litisconsortes[50]. Poderá ocorrer, porém, de serem expedidas, simultaneamente, requisições de pequeno valor e requisições mediante precatório.

Assim, sendo, por exemplo, ajuizada uma demanda em face da União por *A, B* e *C*, e vindo a União a ser condenada no valor equivalente a 250 (duzentos e cinqüenta) salários mínimos, sendo 100 (cem) salários mínimos devidos para *A*, 50 (cinqüenta) salários mínimos para *B* e 100 (cem) salários mínimos para *C*. Nesse caso, haverá 3 (três) requisições de pagamento: uma de pequeno valor para *B* e 2 (duas) mediante precatório para *A* e *C*.

O que não se permite é o fracionamento do valor, ou seja, não se admite que um credor de valor equivalente a, por exemplo, 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos fracione a execução, cobrando 100 (cem) salários mínimos mediante precatório e 50 (cinqüenta) salários mínimos por meio de requisição de pequeno valor. Ou ele renuncia ao excedente,

48. Tal medida já está, inclusive, prevista no § 2º do art. 17 da Lei n. 10.259/2001.
49. ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 140-142. Somente há uma *única* lide, segundo esclarece Thereza Alvim, quando se tratar de litisconsórcio unitário. Com efeito, "no litisconsórcio unitário existe uma só lide" (*ob. cit.*, p. 164).
50. STF, 2ª T., AC-Ag n. 653/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 7.3.2006, publicado no *DJ* de 12.5.2006, p. 17.

ficando com 60 (sessenta) salários mínimos, para evitar a sistemática do precatório, ou ele executa o valor total, submetendo-se à requisição por precatório.

Com efeito, nos termos do § 8º do art. 100 da Constituição Federal, é vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, por RPV e, em parte, mediante expedição de precatório. A finalidade dessa regra, como se vê, é a de evitar que o exeqüente, intencionalmente, utilize-se, simultaneamente, dos 2 (dois) mecanismos de satisfação de seu crédito: o precatório para uma parte da dívida e a RPV para a outra parte.

Essa situação não ocorre no caso de execução de parte incontroversa da dívida. Em outras palavras, quando os embargos forem parciais, a execução, nos termos do art. 739, § 2º, do CPC, prosseguirá quanto à parte não embargada. Assim, proposta, por exemplo, uma execução em face da União, no valor equivalente a 300 salários mínimos, imagine-se que, em seus embargos, a União alega excesso de execução, demonstrando que o valor correto deveria corresponder a 180 salários mínimos, e não aos 300 salários mínimos, tal como consta da execução. Nesse caso, o valor equivalente a 180 salários mínimos é incontroverso, devendo, no particular, prosseguir a execução, com a expedição do precatório. Em tal situação, não está havendo o fracionamento vedado no § 8º do art. 100 da Constituição, eis que não se trata de intenção do exeqüente de repartir o valor para receber uma parte por RPV e a outra, por precatório[51].

Todas essas regras devem aplicar-se, igualmente, para as demais execuções de pequeno valor fundadas no § 3º do art. 100 da Constituição Federal que sejam propostas na Justiça Estadual em face dos Estados ou Municípios.

Fora dessa hipótese prevista no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, a execução de quantia certa em face da Fazenda Pública segue a regra geral, adotando-se a sistemática do precatório.

10. PARCELAMENTO DE PRECATÓRIOS

A Emenda Constitucional n. 30/2000 acrescentou, no ADCT da Constituição Federal 1988, o art. 78, prevendo uma hipótese de parcelamento. Os créditos de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os referidos no art. 33 do ADCT e suas complementações, bem como os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo não podem ser objeto de parcelamento.

---

51. STJ, 6ª T., Resp n. 714.235/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 24.02.2005, publicado no *DJ* de 09.05.2005, p. 490; STJ, 6ª T., AgRg no REsp n. 640.357/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 07.06.2005, publicado no *DJ* de 27.06.2005, p. 462; STJ, 6ª T., AgRg no REsp n. 691.979/PR, rel. Min. Paulo Medina, j. em 07.06.2005, publicado no *DJ* de 01.08.2005, p. 600; STJ, 5ª T., REsp n. 636.326/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 14.06.2005, publicado no *DJ* de 15.08.2005, p. 351; STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no REsp n. 673.163/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 04.08.2005, publicado no *DJ* de 29.08.2005, p. 417; STJ, 5ª T., REsp n. 738.330/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 04.08.2005, publicado no *DJ* de 29.08.2005, p. 433.

Na verdade, o parcelamento previsto no art. 78 do ADCT alcança apenas os precatórios pendentes na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999. Significa, então, que os precatórios expedidos e que, em 13 de setembro de 2000 (data da promulgação da EC n. 30/2000), ainda não tinham sido pagos, podem ser parcelados em até 10 (dez) anos. De igual modo, os precatórios que resultarem de ações de conhecimento propostas até 31 de dezembro de 1999 podem ser liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 10 (dez) anos. Logo, proposta uma demanda a partir de 1º de janeiro de 2000, o precatório que daí resultar não poderá mais ser objeto de parcelamento.

Tais prestações serão acrescidas de juros legais e correção monetária, sendo permitida a decomposição das parcelas, a critério do credor.

Esse prazo máximo de até 10 (dez) anos fica reduzido para 2 (dois) anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

O referido art. 78 do ADCT permite a cessão dos créditos, valendo dizer que o credor pode negociar seu precatório, transferindo-o a outrem, que assumirá a condição de credor, habilitando-se ao recebimento das parcelas. Nesse caso, é preciso adotar as regras da cessão de crédito, devendo-se comunicar ao juízo da execução e a entidade devedora, a fim de que o pagamento passe a ser feito ao cessionário. Exatamente porque podem ser cedidos, é possível que sejam objeto de penhora, na execução promovida por um credor do credor da Fazenda Pública.

O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o "seqüestro" de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação. Já se viu que, em princípio, somente cabe o "seqüestro" para os casos de preterição da ordem cronológica de pagamento dos precatórios, não se permitindo tal medida, em caso de falta ou atraso no pagamento. Tendo, porém, havido parcelamento, o atraso ou a falta de pagamento de qualquer parcela rende ensejo ao seqüestro, conforme já ressaltado anteriormente.

As prestações anuais previstas no art. 78 do ADCT terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. Assim, não efetuado o pagamento da parcela, poderá, como visto, haver o "seqüestro" de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação. Em vez de requerer o seqüestro, o credor poderá utilizar aquela prestação não paga como "moeda" para o "pagamento" de tributos de que seja devedor. É que cada prestação vencida tem poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. Essa, aliás, é uma interessante forma de pagamento de precatórios, fazendo-se com que o crédito ali inscrito sirva para pagar tributos devidos pelo exeqüente.

Cumpre advertir que a parcela vencida somente tem poder liberatório de tributo devido à entidade executada. Assim, expedido, por exemplo, precatório em face da União

e realizado o parcelamento, caso não seja paga determinada prestação, esta somente servirá para "liberar" ou "quitar" tributos federais, não servindo para a quitação de tributos estaduais ou municipais.

11. OS PRECATÓRIOS E A PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO DE PROCESSOS PARA IDOSOS E PARA PORTADORES DE DOENÇA GRAVE

O art. 71 da Lei nº 10.741/2003 (*Estatuto do Idoso*) estabelece que terão prioridade na tramitação de processos judiciais e administrativos aquelas pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. De igual modo, os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C do CPC, na redação dada pela Lei nº 12.008/2009, conferem prioridade de tramitação aos processos em que figure como parte ou interveniente pessoa de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou que seja portadora de doença grave. Tal prioridade somente se materializa caso haja expresso requerimento da parte ou do interveniente interessado e desde que esteja presente a comprovação da referida idade ou da grave doença.

Essa prioridade, conferida pela legislação ordinária a idosos e a portadores de doença grave, passou, a partir da Emenda Constitucional nº 62/2009, a alcançar os precatórios de créditos alimentares. Realmente, os créditos de natureza alimentícia cujos titulares sejam portadores de doença grave, definida em lei, ou tenham 60 (sessenta) ou mais anos de idade na data da expedição do precatório, serão pagos com preferência sobre todos os demais créditos, inclusive sobre os alimentares.

Quanto ao portador de doença grave, impõe-se destacar que sua prioridade depende de regulamentação, valendo dizer que somente se enquadra como doença grave aquela assim definida expressamente em lei.

Estabeleceu-se, enfim, uma prioridade que se põe acima dos próprios créditos alimentares. A maior prioridade é a de créditos alimentares de idosos ou de portadores de doença grave. Em outras palavras, passou a haver 3 (três) ordens cronológicas: a dos créditos alimentares de idosos ou portadores de doença grave; a dos créditos alimentares; a dos créditos não alimentares.

Para que o crédito ostente a maior das prioridades, é preciso que haja a presença de 2 (dois) requisitos: (a) ter natureza alimentícia; e, (b) ser seu titular um idoso ou portador de doença grave.

Tal prioridade limita-se, todavia, a um valor.

Não basta o crédito ser alimentar e seu titular ser um idoso ou portador de doença grave. A prioridade somente existe até o valor equivalente ao triplo do limite fixado em lei para a dispensa do precatório.

Cumpre, a propósito, lembrar que, no âmbito da Fazenda Federal, tal limite corresponde a 60 (sessenta) salários mínimos. Aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cabe a cada um deles estabelecer, por lei própria, o seu limite. Enquanto não é estabelecido tal limite, prevalece, transitoriamente, para os Estados e para o Distrito Federal, o correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos e, para os Municípios, 30

(trinta) salários mínimos. Logo, tal prioridade, no âmbito federal, equivale ao triplo de 60 (sessenta) salários mínimos. No âmbito estadual, distrital e municipal, a prioridade corresponde ao triplo de cada limite fixado. Enquanto não fixado o limite, será o triplo de 40 (quarenta) salários mínimos para os Estados e para o Distrito Federal e de 30 (trinta) salários mínimos para os Municípios.

Assim, a prioridade, no âmbito da Fazenda Pública Federal, alcança os créditos alimentares de idosos ou portadores de doença grave que correspondam a 180 (cento e oitenta) salários mínimos. No âmbito estadual ou distrital, a 120 (cento e vinte) salários mínimos e, no âmbito municipal, a 90 (noventa) salários mínimos, ressalvadas as hipóteses em que já há lei própria.

O montante que ultrapassar tal limite será pago na ordem cronológica de apresentação dos precatórios alimentares.

Assim, caso haja, por exemplo, um crédito alimentar contra a União, cujo titular seja um idoso ou um portador de doença grave, no valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos, ele será pago com absoluta prioridade, antes de qualquer outro que tenha sido anteriormente inscrito, ainda que também ostente a natureza alimentar. Se, entretanto, tal crédito corresponder a 300 (trezentos) salários mínimos, o idoso ou portador da doença grave irá receber, com absoluta prioridade, o equivalente a 180 (cento e oitenta) salários mínimos (que é o triplo do limite para dispensa do precatório no âmbito da União), devendo receber o restante, correspondente a 120 (cento e vinte) salários mínimos, sem essa absoluta prioridade, ou seja, de acordo com a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, ainda que se trate de pequeno valor.

Tudo isso é extraído do disposto no atual parágrafo 2º do art. 100 da Constituição Federal, que está assim redigido:

> "§ 2º. Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório."

12. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: POSSIBILIDADE?

É provisória a execução, quando fundada em sentença judicial impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo.

Muito se discutiu sobre a possibilidade de admitir-se execução provisória em face da Fazenda Pública. Prevalecia, ao que parece, o entendimento de que não haveria óbice que impedisse a execução provisória do precatório[52], justamente porque, quanto ao

52. BUENO, Cassio Scarpinella. "Execução provisória contra a Fazenda Pública". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, v. 81, p. 240-245.

procedimento da execução em face da Fazenda Púbica, não havia qualquer restrição, conciliando-se o art. 730 do CPC, com o art. 587 do mesmo diploma processual. O STJ ministrava orientação no mesmo sentido: "O art. 730 do Código de Processo Civil não impede a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública"[53].

Acontece, porém, que a Emenda Constitucional n. 30/2000 exige o *prévio trânsito em julgado* para que se expeça o precatório ou a requisição de pequeno valor. A partir daí, passou-se a entender não ser mais possível a execução provisória em face da Fazenda Pública[54]. Tal exigência restou confirmada nas mudanças levadas a efeito pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Impõe-se, todavia, uma observação.

O texto constitucional exige o *prévio trânsito em julgado* para a *expedição* do precatório ou da requisição de pequeno valor. Não se exige o prévio trânsito em julgado para que se tenha início a execução. Logo, o que se pode permitir, com o ajuizamento de uma execução provisória diante de um recurso desprovido de efeito suspensivo, é *o processamento imediato* da execução, procedendo-se à citação da Fazenda Pública para oferecimento de embargos, os quais serão processados e julgados, daí se seguindo a interposição de eventual recurso de apelação. Encerrado todo o processamento da execução contra a Fazenda Pública, deverá, então, aguardar-se o desfecho do processo de conhecimento. A partir do trânsito em julgado, poder-se-á expedir o precatório ou a requisição de pequeno valor.

> O STJ admitiu a expedição de precatório para pagamento da parcela incontroversa, designando esse fenômeno como se se tratasse de *execução provisória da parcela incontroversa*. A execução da parcela incontroversa, porém, é definitiva, e não provisória. Ver, a propósito, o acórdão da Corte Especial no AgRg nos EREsp n. 757.565/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 22.05.2006, publicado no DJ de 01.08.2006, p. 339.
>
> Teori Zavascki faz uma ponderação. Com base em julgado do STJ (REsp n. 331.460), defende que "não se pode considerar totalmente eliminada a execução provisória nesses casos. Nada impede, com efeito, que se promova a liquidação da sentença e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos, prevista na primeira parte do art. 730 do CPC, ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados".[55]

---

53. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 56.239-2-PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15.03.1995, publicado no *DJ* de 24.04.1995, p. 10.388. *No mesmo sentido:* "Processual Civil. Execução Provisória Contra a Fazenda Pública. Possibilidade. CPC, Artigos 588, 730 e 731. 1. O sistema processual apropriado à execução provisória por quantia certa não impede a sua instauração contra a Fazenda Pública art. 730, CPC. Dispensabilidade da prévia caução, só exigível antes do levantamento do dinheiro. Transitado em julgado o título executivo, obvia-se que fica elidida a necessidade de caução. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 182.924/PE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 26.06.2001, publicado no *DJ* de 11.03.2002, p. 175).
54. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp n. 447.406/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 20.02.2003, publicado no *DJ* de 12.05.2003, p. 286.
55. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução*, 3ª ed. cit., p. 448. Assim, também, STJ, 1ª T., REsp n. 702.264/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 06.12.2005, publicado no DJ de 19.12.2005, p. 240.

Significa, então, que é possível a execução provisória em face da Fazenda Pública *apenas* para processamento da demanda executiva. A expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor é que fica condicionada ao *prévio trânsito em julgado* da sentença proferida no processo de conhecimento. Nessa hipótese, a execução provisória serve, apenas, para *adiantar* o processamento da execução contra a Fazenda Pública, eliminando uma etapa futura.

Não é demais ressaltar que todas essas considerações aplicam-se, tão somente, à execução por *quantia certa* proposta em face da Fazenda Pública, porquanto é nesse tipo de execução que se adota a sistemática do precatório. Em se tratando de *outro tipo* de execução que não seja destinado ao pagamento de quantia em dinheiro, é óbvio que não se aplica a exigência constitucional do prévio trânsito em julgado, admitindo-se, livremente, a execução provisória.

> O STJ já admitiu execução provisória de obrigação de fazer contra o Poder Público, inclusive com cominação de multa diária para o descumprimento: 6ª T., AgRg no REsp n. 416.956/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.04.2006, publicado no DJ de 26.06.2006, p. 223[56].

Já para execução provisória promovida pela Fazenda Pública, como credora, não há restrições. Inclusive, segundo a jurisprudência do STJ, o poder público estaria dispensado de prestar caução, pois milita a seu favor uma presunção de idoneidade financeira. Também o Ministério Público tem sido isento da caução[57].

> Esse atual regramento constitucional não está imune a críticas. Interpretado literalmente o dispositivo constitucional, não seria mais admitida qualquer espécie de tutela antecipada em face do Poder Público. Ora, como já se viu no v. 2 deste *Curso*, não só é possível a antecipação de tutela pecuniária contra a Fazenda Pública (súmula do STF, n. 729, p. ex.), como há decisões dos tribunais superiores que têm admitido a execução por quantia fundada em decisão provisória (tutela antecipada) contra o Poder Publico (STF, STA n. 223 AgR/PE, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello Filho, j. em 14.04.2008, Informativo n. 502 do STF). Impedir a execução provisória por quantia contra o Poder Público em qualquer situação é negar a possibilidade de, nestes casos, possa haver urgência. Por esse e por outros motivos, três dos autores deste livro chegaram a defender, no v. 2 deste *Curso*, a inconstitucionalidade, nesta parte, da Emenda Constitucional n. 30/2002, no capítulo sobre antecipação dos efeitos da tutela, no item sobre a antecipação da tutela contra o Poder Público, para onde se remete o leitor.

---

56. "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INADIMPLEMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. CAUÇÃO. VERBA ALIMENTAR. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juízo da execução provisória, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes. 2. Em se tratando de verba de natureza alimentar, é dispensável a prestação de caução para a execução provisória contra a Fazenda Pública. 3. Inviável, em sede de recurso especial, a manifestação da Corte acerca do universo fático-probatório, conforme Enunciado n. 7 da Súmula do STJ".

57. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução*, 3ª ed., cit., p. 447.

13. ABATIMENTO, A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO, NO VALOR DO PRECATÓRIO DE DÉBITOS PARA COM A CORRESPONDENTE FAZENDA PÚBLICA

Antes de expedir o precatório ao Presidente do respectivo tribunal, o juiz da execução solicitará à Fazenda Pública devedora, que deverá responder em até 30 (trinta) dias, informações sobre débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o exequente.

Informada a existência desses débitos, seu valor correspondente deverá ser abatido, a título de compensação, do montante a ser inscrito no precatório, de forma que o precatório seja inscrito pela diferença, já se satisfazendo, assim, o crédito que a Fazenda Pública devedora mantém frente ao exequente (CF/88, art. 100, §§ 9º e 10).

Tal compensação não será possível se o crédito que a Fazenda Pública devedora mantiver em face do exequente estiver com sua exigibilidade suspensa ou caso esteja sendo por este impugnado na via administrativa ou judicial. Também não se procederá ao referido abatimento, a título de compensação, se a Fazenda Pública não prestar as informações solicitadas pelo juízo no prazo de 30 (trinta) dias. Passado aquele prazo sem a apresentação das informações, a Fazenda Pública perderá o direito ao abatimento permitido no § 9º do art. 100 da Constituição Federal, tal como estabelece o § 10 do mesmo dispositivo.

Ocioso dizer que o abatimento, a título de compensação, somente pode ser feito com dívidas que o exequente mantenha frente à Fazenda Pública devedora, não podendo ser abatidas dívidas de outros entes públicos, dotados de personalidade jurídica diversa.

Nos termos dos §§ 13 e 14 do art. 100 da Constituição Federal, é possível haver a cessão, total ou parcial, a terceiros do crédito inscrito no precatório. Nesse caso, o abatimento, a título de compensação, será feito com dívidas que o credor originário (cedente) tenha frente à Fazenda Pública devedora. A cessão do crédito inscrito no precatório não impede seja feito tal abatimento, a título de compensação.

14. REGIME ESPECIAL PARA PAGAMENTO DE CRÉDITO DE PRECATÓRIO DE ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

Os requisitos para pagamento de precatórios estão todos previstos na Constituição Federal, não sendo possível que outros sejam estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Às normas infraconstitucionais não se permite agregar novos requisitos para além daqueles fixados no texto constitucional.

A Emenda Constitucional nº 62/2009 acrescentou ao art. 100 da Constituição os parágrafos 15 e 16, delegando ao legislador infraconstitucional a possibilidade de criar um regime especial para pagamento de precatórios de Estados, do Distrito Federal e de Municípios. Tal possibilidade não alcança os precatórios da União, atingindo apenas os dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O objetivo desse regime especial é viabilizar o pagamento de precatórios que estão vencidos há anos e que não foram ainda pagos por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios. A norma não alcança a União, nem os demais entes federais, pois estão todos estes em dia com o pagamento de seus precatórios.

Nos termos dos referidos parágrafos 15 e 16 do art. 100 da Constituição Federal, independentemente das regras contidas no texto constitucional, é possível, por lei complementar, ser estabelecido regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida, além da forma e do prazo de liquidação.

A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, do Distrito Federal e de Municípios, refinanciando-os diretamente.

O mencionado regime especial deve ser instituído, como visto, por lei complementar. Enquanto não editada tal lei, aplicam-se as regras contidas no art. 97 do ADCT da Constituição Federal. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 62/2009, além de alterar as normas previstas no art. 100 da Constituição da República, fez incluir, em seu ADCT, um novo dispositivo, qual seja, o art. 97, criando o regime especial de pagamento de precatórios de Estados, do Distrito Federal e de Municípios, enquanto não promulgada e sancionada a referida lei complementar.

Assim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data da publicação da EC nº 62/2009, estejam em mora quanto a precatórios vencidos, inclusive os emitidos durante o período de vigência do próprio regime especial, poderão optar pela adoção de tal regime, não se aplicando a exigência de ordem cronológica para pagamento dos precatórios.

Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês do pagamento.

Tal conta especial será administrada pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais. Os recursos nela depositados não poderão retornar aos Estados, ao Distrito Federal, nem aos Municípios devedores.

Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de tal regime especial, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do parágrafo 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades e deduzidas, nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional e, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no parágrafo 9º do art. 201 da Constituição Federal.

O Distrito Federal e os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, sujeitos ao regime especial, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida, poderão optar, por ato do Poder Executivo, pelo depósito em conta especial de, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) sobre as respectivas receitas correntes líquidas.

Já os Estados das regiões Sul e Sudeste, sujeitos ao regime especial, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida, poderão optar, por ato do Poder Executivo, pelo depósito em conta especial de, no mínimo, 2% (dois por cento) sobre as respectivas receitas correntes líquidas.

Por sua vez, os Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, sujeitos ao regime especial, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida, poderão optar, por ato do Poder Executivo, pelo depósito em conta especial de, no mínimo, 1% (um por cento) sobre as respectivas receitas correntes líquidas.

Os Municípios das regiões Sul e Sudeste, sujeitos ao regime especial, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida, poderão optar, por ato do Poder Executivo, pelo depósito em conta especial de, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) sobre as respectivas receitas correntes líquidas.

Em vez de valer-se de tal alternativa de depósitos mensais, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial poderão optar, por ato do Poder Executivo, pela adoção do regime especial pelo prazo de 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na mencionada conta especial corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

Como se vê, o regime especial pode ser adotado por uma de 2 (duas) formas diferentes: (a) por depósitos mensais em conta especial de valores correspondentes a percentuais incidentes sobre a receita corrente líquida ou (b) por depósito anual, ao longo de 15 (quinze) anos, equivalente ao saldo total de precatórios devidos, dividido pelo número de anos restantes no regime especial.

Adotada uma ou outra opção, pelo menos 50% (cinquenta por cento) de tais recursos serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências de créditos alimentares do mesmo ano e as de créditos alimentícios de idosos ou portadores de doenças graves, até o triplo do limite para requisição de pequeno valor, para os precatórios de todos os anos.

No caso em que não se possa estabelecer a precedência cronológica entre 2 (dois) precatórios, pagar-se-á primeiramente o precatório de menor valor.

A aplicação dos recursos restantes dependerá da opção a ser exercida por ato do Poder Executivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, destinando-os, isolada ou simultaneamente, ao (a) pagamento dos precatórios por meio de leilão; a (b) pagamento a vista de precatórios não satisfeitos pelos recursos correspondentes à outra parte (equivalente a pelo menos 50% em ordem cronológica de apresentação) em ordem

única e crescente de valor por precatório; e, a (c) pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever a criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

O leilão de precatórios será realizado por meio de sistema eletrônico administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil, nos termos do parágrafo 9º do art. 97 do ADCT da Constituição Federal. O leilão ocorrerá por meio de oferta pública a todos os credores habilitados pelo respectivo ente federativo devedor, sendo realizado tantas vezes quantas sejam necessárias em função do valor disponível. A competição por parcela do valor total ocorrerá a critério do credor, com deságio sobre o valor da parcela. Significa que deve receber aquele que oferecer um maior deságio, seguido, sucessivamente, pelos que oferecerem deságios vantajosos ao ente público devedor.

No leilão, é permitido, por iniciativa do Poder Executivo, abater, a título de compensação, débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o exequente, do valor do precatório.

Feita a opção do regime a ser adotado, o ente público devedor fica obrigado a liberar, tempestivamente, os recursos correspondentes, sob pena de haver o sequestro da quantia na sua conta, por ordem do Presidente do Tribunal, até o limite do valor não liberado. Alternativamente, será constituído, por ordem do Presidente do Tribunal, em favor dos credores de precatórios, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados pela Fazenda Pública devedora contra eles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem.

Ainda na hipótese de não serem liberados os recursos correspondentes, o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa. E, enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora não poderá contrair empréstimo externo ou interno, além de ficar impedida de receber transferências voluntárias, devendo a União reter os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios e depositá-los nas contas especiais abertas especificamente para pagamento dos precatórios.

Ressalvada essa hipótese de não liberação dos recursos correspondentes à satisfação dos créditos pelo regime especial, a Fazenda Pública que estiver realizando pagamentos por tal regime especial não poderá sofrer sequestro de valores.

O regime especial alcança os créditos de precatórios que tenham sido objeto de parcelamento, tanto no caso do art. 33 como no caso do art. 78, ambos do ADCT da Constituição Federal.

A instituição de tal regime especial tem por finalidade permitir o pagamento de precatórios vencidos há anos e até o momento não pagos. Funciona, mutatis mutandis, como uma espécie de "moratória", ou "concordata", tentando criar condições para o pagamento de valores que, atualmente, são vultosos. Realmente, o Distrito Federal e vários Estados

e Municípios acumulam dívidas de altos valores, decorrentes de condenações judiciais já transitadas em julgado.

Na tentativa de viabilizar o pagamento de tais dívidas, criou-se esse regime especial, o qual é, contudo, inconstitucional.

Primeiro, porque prioriza o pagamento para quem oferece maior deságio no valor de seu crédito, ofendendo o princípio da efetividade da jurisdição.

Ademais, elimina o dever de alocação de verbas orçamentárias para a liquidação integral das dívidas, atentando contra o próprio Estado Democrático de Direito, estimulando o descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado, em manifesta afronta à garantia constitucional da coisa julgada.

Ao estabelecer percentuais variáveis que vão de 1% (um por cento) até 2% (dois por cento) das receitas correntes líquidas, o constituinte derivado tornou irrelevante o montante das condenações judiciais, justamente porque a alocação de recursos não leva em conta tal montante, mas uma percentagem aleatória sobre a receita. Logo, será indiferente uma eventual elevação de condenações, pouco importando se passar a haver uma significativa majoração do valor devido a partir da prolação de sentenças judiciais contra o Poder Público.

Sobrevela a gravidade da situação, quando o ente público adota o regime de depósitos mensais, seguindo-se da alienação por leilão com oferta pública do valor, priorizando quem oferece deságios, pois este regime somente se encerra quando o valor dos precatórios devidos for inferior ao dos recursos destinados ao seu pagamento. Vale dizer que, enquanto o valor da dívida inscrita em precatórios for superior ao montante dos recursos alocados, continuará a ser aplicado o regime especial, com a destinação de um depósito mensal correspondente a um percentual incidente sobre a receita corrente líquida.

Não há, portanto, garantia de satisfação integral dos créditos, porquanto o regime especial aplica-se a precatórios vencidos e a vencer, sendo provável que haja multiplicação do passivo da Fazenda Pública. Não se atende, como se vê, ao princípio constitucional da eficiência, inscrito no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Na verdade, o Estado-administrador passou a desconsiderar o Estado-juiz, eliminando-se a submissão daquele a esse último. Realmente, o Estado poderá cobrar tributos indevidos, causar danos a terceiros, deixar de pagar vantagens a servidores públicos, não conceder benefícios previdenciários, invadir terras privadas sem prévia indenização, enfim, poderá o Estado praticar uma série de ilegalidades e sofrer condenações que não serão, ao certo, atendidas, pois não se estabeleceu um critério seguro de pagamento de todas elas.

Causa estranheza, nesse contexto, o disposto no § 16 do art. 100 da Constituição Federal, que estabelece ser possível à União, "a seu critério exclusivo e na forma da lei", "assumir débitos, oriundos de precatórios de Estados, do Distrito Federal e de Municípios, refinanciando-os diretamente". Faculta-se, enfim, a federalização da dívida, apenas em virtude de uma escolha privativa da União, o que arrosta o princípio constitucional da impessoalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, estimulando a iniciativa de

"facilitadores" e de adeptos ao tráfico de influência, atentando contra a própria essência do precatório, que consiste em evitar privilégios ou vantagens indevidas para o pagamento de precatórios, fazendo respeitar a ordem cronológica de inscrição dos precatórios.

A instituição do regime especial para pagamento de precatórios viola, em verdade, o princípio constitucional da moralidade administrativa. Segundo Humberto Ávila, o art. 37 da Constituição Federal põe a moralidade como sendo um dos princípios fundamentais da atividade administrativa, mas o texto constitucional, "longe de conceder uma palavra isolada à moralidade, atribui-lhe grande importância em vários dos seus dispositivos. A sumária sistematização do significado preliminar desses dispositivos demonstra que a Constituição Federal preocupou-se com padrões de conduta de vários modos".[58]

Realmente, em vários dispositivos, há a preocupação constitucional com a moralidade administrativa. A Constituição Federal, em seu art. 37, II, exige o concurso público para o ingresso na função pública. Seu art. 37, XVI, veda a acumulação de cargos, estando, no art. 37, XXI, e § 1°, proibida a autopromoção. Ademais, é necessária a demonstração de idoneidade moral ou reputação ilibada para ocupação de cargos de ministro do Tribunal de Contas (CF, art. 73), do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 101), do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 104), do Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 119), do Tribunal Regional Eleitoral (CF, art. 120). O art. 12 exige idoneidade moral para requerer a nacionalidade brasileira, sendo proibida a reeleição por violação à moralidade (CF, art. 14). Acresce que o texto constitucional prevê a utilização de mecanismos de defesa dos direitos dos cidadãos, por meio da universalização da jurisdição (art. 5°, XXXV), da proibição de utilização de provas ilícitas (art. 5°, LVI), do controle da atividade administrativa pelo mandado de segurança e ação popular, sobretudo contra atos lesivos à moralidade (art. 5°, LXIX e LXXIII), além da possibilidade de anulação de atos de improbidade administrativa, com possibilidade de ressarcimento de danos, cuja pretensão é imprescritível (art. 37, § 4°).

Não bastasse isso, a Constituição Federal instituiu vários mecanismos de controle da atividade administrativa, aí incluído aquele exercido pelos tribunais de contas (art. 70).

Tudo está a demonstrar que o texto constitucional impõe que a conduta administrativa seja impulsionada por uma forte carga ética. Os recursos públicos devem ser aplicados e geridos com seriedade, motivação, objetividade e correção, atendendo ao interesse público.

Significa que ofende a moralidade administrativa não cumprir determinada promessa, bem como frustrar uma expectativa legítima criada pela própria Administração. Se frustrar uma expectativa legítima criada pela própria Administração não atende à moralidade administrativa, do mesmo modo também a ofende, a fortiori, o descumprimento de ordem judicial, que reconheceu expressamente um direito a ser atendido pelo Poder Público.

HUMBERTO ÁVILA observa que "o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação

58. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 2.4.7, p. 94.

ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração".[59]

A moralidade administrativa relaciona-se, como se percebe, com a confiança legítima que se deve ter frente aos atos públicos.

A instituição do regime especial para pagamento de precatórios é incompatível com a confiança legítima, atentando contra a lealdade e a boa-fé, necessárias à promoção da moralidade administrativa.

Constitui um passo importante para a Ciência do Direito aproximar a confiança da boa-fé. O princípio da confiança tem íntima ligação com o princípio da boa-fé, de forma a fixar um conteúdo ético mais acentuado à atuação dos sujeitos de direito. A confiança, que se relaciona mais com a moral, influencia a boa-fé, cuja aplicação opera-se mais para o Direito.[60]

Para que se atenda à boa-fé e à confiança, garantindo-se um mínimo de conduta ética e de estabilização nas relações jurídicas, é preciso que se continue a conferir primazia à coisa julgada, afastando-se qualquer instabilidade ou desconfiança nas decisões proferidas pelo Judiciário, cuja função e atividade devem ser fonte de segurança, respeito e confiabilidade por parte dos jurisdicionados.

Enfim, foi instituído o regime especial para pagamento de precatórios com a finalidade de viabilizar o pagamento de créditos inscritos há anos e não adimplidos pelo Distrito Federal, nem por vários Estados e Municípios. O regime é inconstitucional, por ferir várias garantias fundamentais.

15. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Com o advento da Lei n. 10.444/2002, deixou de existir processo autônomo de execução fundada em título executivo judicial para exigir o cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer e de entregar coisa. Sendo o título judicial, as obrigações de fazer e de não fazer serão cumpridas na forma do art. 461 do CPC, em razão do disposto no art. 644 do CPC. Assim, proferida a sentença, e não cumprida a obrigação ali determinada, o juiz, valendo-se das medidas de apoio dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, deverá determinar o cumprimento da obrigação. Já a obrigação de entregar coisa somente se sujeita ao processo autônomo de execução se o título for igualmente extrajudicial (CPC, art. 621). Sendo a obrigação estabelecida em sentença, segue-se, de igual modo, a sistemática do art. 461, em razão da remissão feita pelo art. 461-A, ambos do CPC.

59. *Teoria dos princípios*, cit., n. 2.4.7, p. 96.
60. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.241-1.242.

Em se tratando de ação contra a Fazenda Pública, *não* há regra diferente, já que as obrigações de fazer e não fazer não se submetem à sistemática dos precatórios. Então, o regime é o mesmo, caso o devedor seja a Fazenda Pública, aplicando-se tudo que já se disse quanto ao cumprimento das tutelas dos deveres de fazer, não fazer e entregar coisa, em capítulo próprio neste volume do *Curso*.

16. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NÃO EMBARGADA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

O Art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997: "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

Trata-se de dispositivo incluído na lei pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001, que, dentre outros propósitos, buscava evitar a condenação da Fazenda Pública em execuções encerradas pelo acolhimento da exceção de não-executividade (ou exceção de pré-executividade, na designação consagrada pela doutrina e jurisprudência). A regra contradiz o § 4º do art. 20 do CPC, que autorizava a fixação de honorários advocatícios em execução, pouco importa se houve ou não embargos.

O Superior Tribunal de Justiça, logo em seguida, entendeu que essa regra somente se aplicava às execuções que se iniciaram depois de sua vigência; ou seja, embora instituído por medida provisória, visando à incidência nos processos já em curso, o dispositivo somente se aplicaria às execuções que lhe sobreviessem[61].

O STF também foi chamado a interpretar a regra e, no julgamento do RE n. 420.816 (informativo n. 363 do STF), conferiu-lhe interpretação conforme a constituição, reduzindo a aplicação da regra à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730), excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3º do art. 100 da CF. Nesses casos, se a Fazenda Pública não embargasse uma execução que lhe foi dirigida, a não-condenação em honorários serviria como um "prêmio" pela conduta leal.

Os honorários de sucumbência decorrem do *princípio da causalidade*: aquele que deu causa à demanda deve arcar com os custos do processo e igualmente com os honorários de advogado. Em princípio, é a parte vencida quem arca com os honorários de sucumbência, por ter sido quem deu *causa* ao ajuizamento da demanda. Há casos, porém, em que, mesmo vitoriosa, a parte pode restar condenada na verba honorária, em virtude do próprio *princípio da causalidade*, isto é, deve arcar com os honorários de sucumbência aquele que deu causa ao ajuizamento da demanda ou à sua extinção[62].

---

61. REsp n. 140.403-RS, publicado no DJ de 5.4.1999; EDcl no REsp n. 97.869-SP, publicado no DJ de 30.3.1998; REsp n. 439.732-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 20.8.2002. Há inúmeros outros julgados. Não há mais controvérsia sobre o tema.
62. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Honorários de sucumbência e princípio da causalidade". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, v. 23, p. 88.

A razão do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 está, como se percebe, no *princípio da causalidade*. Quando a execução contra a Fazenda Pública deva seguir o regime do precatório, *não* lhe é permitido cumprir, espontaneamente, o julgado, sob pena de violar a ordem cronológica exigida pelo art. 100, § 1º da CF/88. Logo, a Fazenda Pública *não* dá *causa*, indevidamente, à execução, pois ela *não* pode cumprir espontaneamente o julgado; ao contrário, é preciso que haja a propositura da execução para que se inclua o crédito na ordem cronológica e, no momento oportuno, possa ser feito o pagamento. Não havendo embargos, não há resistência, nem causalidade, não havendo razão para honorários. Daí porque o STF, interpretando o referido dispositivo conforme este artigo da CF/88, reduziu seu âmbito de incidência para que se aplique somente nos casos em que a execução contra a Fazenda Pública se der mediante precatório.

Sobre a aplicação dessa regra na execução coletiva, remetemos o leitor ao capítulo sobre execução no processo coletivo, no v. 4 deste *Curso*.

Capítulo XXVI
Execução fiscal[1]

Sumário • 1. A dívida ativa da Fazenda Pública e a certidão de dívida ativa – 2. As legitimidades ativa e passiva na execução fiscal – 3. Competência – 4. Procedimento – 5. Penhora na execução fiscal – 6. A defesa do executado – 7. Cabimento do parcelamento (CPC, art. 745-A) na execução fiscal – 8. Suspensão da execução fiscal – 9. Da expropriação na execução fiscal – 10. Da sentença e da coisa julgada na execução fiscal – 11. Dos recursos na execução fiscal.

1. A DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA E A CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

A execução fiscal está regulada pela Lei Federal n. 6.830/1980 e, subsidiariamente, pelas disposições do Código de Processo Civil.

Como se sabe, e consoante já restou demonstrado, toda execução deve fundar-se em título executivo que represente uma obrigação certa, líquida e exigível. Os títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais. Os judiciais estão previstos no art. 475-N do CPC, ao passo que os extrajudiciais estão capitulados no art. 585 do CPC. Entre esses últimos, destaca-se a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

A dívida ativa da Fazenda Pública é constituída por qualquer valor definido como de natureza tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/1964. A dívida ativa, tributária ou não tributária, compreende, além do principal, a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos previstos em lei ou contrato.

O valor devido à Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, deve ser inscrito na dívida ativa. Tal inscrição é feita por meio de um procedimento administrativo destinado a apurar a liquidez e certeza do crédito. Assim, instaurado o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar suas razões de defesa. Não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida ativa.

Após a inscrição na dívida ativa, será emitida uma certidão que atesta a certeza e liquidez do débito. Esta certidão, denominada de certidão de dívida ativa, constitui o título executivo apto a legitimar a propositura da execução fiscal.

As Fazendas Públicas não promovem execuções fiscais, quando a dívida for de pequeno valor, de acordo com limites fixados em cada esfera. Se, não obstante a fixação de limite para dispensa de sua propositura, a Fazenda Pública intentar execução fiscal para cobrança de valor de pouca expressão, não será possível ao juiz verificar tal circunstância

1. Para mais detalhes a respeito da execução fiscal, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais, conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 309-368.

para extinguir o processo. Cabe apenas ao ente público avaliar se deve ou não intentar (ou nela prosseguir) a execução fiscal. A propósito, assim sintetiza o enunciado 452 da Súmula do STJ: "a extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício". Se, expedida a certidão de dívida ativa, caberá execução fiscal, mesmo sendo pouco expressivo o valor nela inscrito.

> Se a Fazenda Pública dispõe de outro título que não seja a certidão de dívida ativa, não caberá execução fiscal. Assim, havendo, por exemplo, condenação, por sentença judicial, de honorários de advogado em favor da Fazenda Pública, esta deverá valer-se do cumprimento da sentença, e não da execução fiscal. Não lhe cabe, nesse caso, inscrever em dívida e lavrar uma certidão de dívida ativa para, então, propor a execução fiscal. Deverá, isto sim, executar a própria sentença, mediante o procedimento do cumprimento da sentença previsto a partir do art. 475-J do CPC. Nesse sentido:acórdão unânime da 2ª T. do STJ, REsp n. 1.126.631/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 20 . 10 . 2009, publicado no *DJe* de 13 . 11 . 2009.

Significa dizer que, não havendo certidão de dívida ativa, não será possível o ajuizamento da execução fiscal. O título executivo que autoriza a propositura da execução fiscal é a certidão de dívida ativa. E, como todo e qualquer título executivo, a certidão de dívida ativa deve certificar uma obrigação que tenha os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade.

A certidão de dívida ativa é um título formal, devendo ter seus elementos bem caracterizados para que se assegure a ampla defesa do executado. Entre as exigências legais, é necessário que a certidão de dívida ativa contenha a descrição do fato gerador ou do fato constitutivo da infração. A menção genérica à origem do débito, sem que haja a descrição do fato constitutivo da obrigação, não atende à exigência legal, sendo nula a certidão de dívida ativa, por arrostar a garantia de ampla defesa. Se, contudo, houver, na certidão de dívida ativa, pequenas falhas que não comprometam a defesa do executado, não se deve reconhecer a nulidade da certidão, permitindo-se seja processada a execução. Estando a certidão de dívida ativa com algum vício ou elemento que afaste sua liquidez ou certeza, poderá dita certidão, até a decisão de primeira instância, ser substituída ou emendada, assegurando-se ao executado a devolução do prazo para embargos (Lei nº 6.830/1980, art. 2º, § 8º).

Com efeito, a certidão de dívida ativa pode ser, até a prolação da sentença de embargos, substituída, em caso de erro material ou formal. O que não se admite é a modificação do sujeito passivo da execução. A certidão de dívida ativa pode ser substituída, desde que não se altere o executado. Essa, a propósito, é a dicção que se extrai do enunciado 392 da súmula do STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução".

2. AS LEGITIMIDADES ATIVA E PASSIVA NA EXECUÇÃO FISCAL

A execução fiscal pode ser ajuizada pela Fazenda Pública, ou seja, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal e por suas respectivas autarquias e fundações públicas. Com efeito, a execução fiscal é privativa da Fazenda Pública, não

podendo ser utilizada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais não estão abrangidas no conceito de Fazenda Pública.

É possível, contudo, haver a celebração de convênio entre um ente público e uma empresa pública ou sociedade de economia mista para que esta possa promover execução fiscal. Tome-se como exemplo a legitimidade da Caixa Econômica Federal, que é uma empresa pública, para intentar execução fiscal, como substituto processual do Fundo, com vistas a cobrar valores não recolhidos ao FGTS[2].

Os conselhos profissionais (CREA, CRO, CRM etc.) podem ajuizar execução fiscal. Tal possibilidade foi reafirmada pelo STF no julgamento da ADIN 1.717/DF, quando restou decretada a inconstitucionalidade do art. 58 da Lei Federal n. 9.649/1998, que atribuía aos conselhos profissionais a natureza de pessoa jurídica de direito privado. Segundo o entendimento firmado pela Suprema Corte, é indelegável a uma entidade privada a atividade típica do Estado, que abrange o poder de polícia, o de tributar e o de punir, relativamente ao exercício de atividades profissionais regulamentadas[3]. Manteve-se, então, o entendimento, segundo o qual os conselhos profissionais ostentam a natureza de autarquias especiais, enquadrando-se, portanto, no conceito de Fazenda Pública. Desse modo, podem os conselhos profissionais intentar execução fiscal.

> No que diz respeito especificamente à OAB, o Superior Tribunal de Justiça veio a modificar o entendimento, concluindo *não* ser possível cobrar anuidades de advogados por meio da execução fiscal; cabe-lhe, isto sim, valer-se da execução por quantia certa contra devedor solvente, adotando-se o procedimento capitulado no Código de Processo Civil.
>
> Com efeito, já se firmou o entendimento no STJ quanto à impossibilidade de a OAB valer-se do executivo fiscal. A razão de tal entendimento repousa na circunstância de, embora a OAB ostentar a natureza de autarquia especial, não integra a Administração Pública indireta, não estando submetida à Lei Federal n. 4.320/1964, que estatui normas de direito financeiro dos orçamentos e balanços das entidades estatais. Ora, segundo dispõe o art. 2º da Lei Federal n. 6.830/1980, somente constitui dívida ativa aquela definida como tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/1964. Sendo certo que a receita da OAB não é composta de verbas orçamentárias, nem atende às exigências do referido diploma legal, é curial não lhe ser possível fazer uso da execução fiscal[4].

---

2. "PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. FGTS. EXECUTIVO FISCAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SUBSTITUTO PROCESSUAL. 1. A Lei nº 8.844, de 94, em seu art. 2º, redação da Lei nº 9.467, de 97, autoriza a Fazenda Nacional a celebrar convênio com a Caixa Econômica Federal para, como substituto processual, promover execução fiscal para cobrar FGTS. 2. Convênio celebrado e publicado no DOU de 11.07.97. 3. Execução fiscal promovida em 11.05.98. 4. Embargos de divergência providos para reconhecer, conforme o paradigma apresentado, que a Caixa Econômica Federal está legitimada, em nome da Fazenda Nacional, para promover execução fiscal visando exigir FGTS." (STJ, 1ª S., EREsp n. 537.559/RJ, rel. Min. José Delgado, j. em 9.11.2005, publicado no *D.J* de 5.12.2005, p. 209).
3. STF, Pleno, ADI n. 1.717/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 07.11.2002, publicado no *D.J* de 28.03.2003, p. 61.
4. STJ, 1ª S., EREsp n. 503.252/SC, rel. Min. Castro Meira, j. em 25.08.2004, publicado no *D.J* de 18.10.2004, p. 181; STJ, 1ª S., EREsp n. 449.036/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 18.10.2004, publicado no *D.J* de 13.12.2004, p. 201.

> Demais disso, a OAB não se submete a controle nem a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União, não se subordinando à disciplina da controladoria pública.
>
> Não é demais acentuar que as contribuições que os advogados vertem para a OAB não desfrutam de natureza tributária, nem ostentam índole fiscal, tanto que não se subordinam ao princípio da legalidade estrita, nem têm base de cálculo ou alíquota prevista em lei, cabendo a cada seccional fixar o valor da anuidade a ser paga pelos advogados a ela vinculados.
>
> Tudo isso está a demonstrar, portanto, que o título executivo extrajudicial de que trata o art. 46, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB e da advocacia) deve ensejar a propositura de execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não se submetendo ao rito da execução fiscal.
>
> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta, como se percebe, a possibilidade de a OAB valer-se da execução fiscal, mas dá a entender que os demais conselhos profissionais poderiam continuar a fazer uso dela, pois não ostentariam essas qualidades da OAB, nem estariam destinadas à função por esta exercida.

O pólo passivo da execução fiscal, por sua vez, deve ser preenchido pelo devedor constante da certidão de dívida ativa ou pelos seus sucessores a qualquer título. Pode, ainda, a execução fiscal ser promovida contra o garantidor da dívida ou contra a pessoa obrigada a satisfazer a obrigação, tais como o fiador, o espólio, a massa falida ou o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não tributárias.

O devedor deve ser designado no termo de inscrição. Quanto aos demais responsáveis, hão de ser igualmente designados no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, tal como estabelece o art. 2º, § 5º, I, da Lei Federal n. 6.830/1980.

Conquanto o art. 2º, § 5º, I, da Lei Federal n. 6.830/1980 mencione a necessidade de os responsáveis serem designados no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, é bem de ver que o art. 4º da mesma Lei n. 6.830/1980 dispõe poder a execução fiscal ser promovida contra o responsável (inciso V). Se realmente fosse necessária a designação do responsável no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, ele se transformaria em devedor, não havendo razão para o art. 4º, V, da Lei n. 6.830/1980 fazer referência ao responsável; bastaria a referência apenas ao devedor, pois ostenta essa condição aquele que consta do Termo de Inscrição de Dívida Ativa[5].

Significa, então, que "a execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão de dívida ativa"[6]. Realmente, "segundo remansosa jurisprudência desta Corte e do Colendo STF, a execução fiscal é proposta contra a pessoa jurídica, não sendo exigível fazer constar da

5. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, n. 306.2, p. 743-744.
6. *RTJ* 103/1.274.

CDA o nome dos co-responsáveis pelo débito tributário, os quais podem ser chamados supletivamente. Precedentes"[7].

Na verdade, estando o nome do responsável no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, ele figura como parte legítima a integrar o pólo passivo da execução fiscal, havendo a presunção de liquidez e certeza de ser ele responsável, podendo, simplesmente, ser intentada execução fiscal em face dele. Caso, todavia, não esteja consignado na Certidão de Dívida Ativa o nome do responsável, nada impede seja a execução contra ele redirecionada, *desde que* haja a comprovação de sua responsabilidade pela dívida.

> Nesse contexto, sobreleva verificar a responsabilidade do sócio-gerente ou diretor pelo pagamento de dívida tributária da empresa. Tal responsabilidade está prevista no art. 135 do CTN, de sorte que "a validade do redirecionamento do executivo fiscal, forte no art. 135 do CTN, fica à mercê da prova inequívoca de que o não-recolhimento do tributo resultou de atuação dolosa ou culposa do sócio-gerente ou diretor. À mingua de qualquer elemento probatório, não merece guarida pretenso redirecionamento do executivo fiscal. É, pois, ontologicamente subjetiva a responsabilidade pessoal do sócio-gerente ou diretor por débito fiscal societário"[8]. Com efeito, "a execução fiscal só pode ser redirecionada contra as pessoas físicas, em que se comprove a ação dolosa (fraude) implicadora de sonegação tributária, como no caso de dissolução irregular da sociedade"[9].
>
> Estando o nome do sócio-gerente ou do diretor da empresa na Certidão de Dívida Ativa, a execução fiscal pode ser, desde logo, contra ele redirecionada, cabendo-lhe argüir a impossibilidade de redirecionamento em embargos do devedor ou em exceção de pré-executividade. Não estando, porém, seu nome na CDA, o redirecionamento somente será possível, se for, previamente, comprovado que o tributo não foi recolhido por dolo seu, em razão de fraude ou de excesso de poderes, com infringência da lei ou do estatuto social.

Decretada a falência da sociedade empresária, deve-se prosseguir a execução fiscal contra a massa falida. Havendo o encerramento da falência, a execução deveria, em princípio, ser extinta, por ausência de sujeito passivo. Antes, porém, de extinguir a execução, deve-se oportunizar ao exeqüente a eventual postulação do redirecionamento da execução contra os sócios, comprovando-se sua atividade dolosa ou fraudulenta[10].

---

7. STJ, 1ª T., REsp n. 271.584/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 23.10.2000, publicado no *DJ* de 05.02.2001, p. 80.
8. TAVARES, Alexandre Macedo. "O fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário brasileiro: pressupostos, alcance e limites do art. 135 do Código Tributário Nacional". *Problemas de processo judicial tributário*. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 2002, v. 5, p. 27.
9. MELO, José Eduardo Soares. "Execução fiscal contra sócio-gerente não-responsável. Exceção de pré-executividade e embargos". *Problemas de processo judicial tributário*. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 2002, v. 5, p. 191.
10. Aliás, assim já decidiu o STJ: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DESARQUIVAMENTO PORATO DO JUÍZO. PROCESSO DE FALÊNCIA. ENCERRAMENTO. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. ARTS. 25 E 40 DA LEI 6.830/80. NECESSIDADE. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO. 1. A Fazenda Pública deve ser intimada do ato de desarquivamento da execução fiscal promovido de ofício pelo juízo da causa. 2. No desarquivamento da execução fiscal, o art. 40 da Lei 6.830/80 não pode

Os herdeiros são responsáveis pelos tributos devidos até a abertura da sucessão, ou seja, até a morte do devedor, desde que não pagos até a data da partilha, observado o limite do quinhão[11]. Proposta a execução fiscal após a realização da partilha, com o encerramento do processo de inventário, a dívida deve ser cobrada da viúva meeira, que responde com sua meação; os herdeiros respondem no limite da herança, ou seja, pelo valor de cada respectivo quinhão[12]. O inventariante, por sua vez, somente responde pelos tributos devidos pelo espólio, e não quanto aos devidos pelo falecido[13].

3. COMPETÊNCIA

A competência para processar e julgar a execução fiscal será do juízo do foro do domicílio do devedor, podendo a Fazenda Pública ajuizar a execução no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o executado[14].

Enfim, a competência será do juízo de direito ou do juízo federal do foro do domicílio do executado. Se o devedor mantiver domicílio no interior, onde não haja juízo federal, a Fazenda Federal não deve ajuizar a execução em vara federal da capital do Estado correspondente. Nesse caso, a execução será proposta perante o juiz estadual da comarca do domicílio do devedor[15]. O juiz estadual estará, na espécie, investido de competência federal, devendo os recursos que forem interpostos ser encaminhados ao Tribunal Regional Federal da Região que compreenda aquela comarca.

Ressalvada a OAB, aos conselhos de fiscalização profissional franqueia-se o manejo da execução fiscal. É da Justiça Federal a competência para processar e julgar tal execução. Eis o teor do enunciado n. 66 da súmula do STJ: "Compete à justiça federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional". A competência, no caso, é da Justiça Federal, mercê da natureza de autarquia federal que ostentam os conselhos profissionais.

---

ser interpretado isoladamente, devendo ser observado o disposto no art. 25 da LEF. 3. Ao magistrado não é dado extinguir o processo sem julgamento do mérito deixando de ouvir a Fazenda Pública sob o argumento de que, encerrada a falência da pessoa jurídica, não deve prosseguir a execução fiscal contra a massa falida, por inexistência de sujeito passivo, pois deve ser facultado à credora exeqüente a oportunidade de postular o redirecionamento contra os sócios – art. 134, VII, do CTN. 4. Recurso especial provido." (STJ, 2ª T., REsp n. 608.198/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 14.09.2004, publicado no *DJ* de 25.10.2004, p. 307).

11. STJ, 2ª T., AgRg no AG n. 553.612/MG, rel. Min. Castro Meira, j. em 27.04.2004, publicado no *DJ* de 16.08.2004, p. 204.
12. STJ, 2ª T., REsp n. 212.554/RN, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 09.10.2001, publicado no *DJ* de 04.02.2001, p. 321.
13. STJ, 1ª T., REsp n. 371.460/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 05.02.2002, publicado no *DJ* de 18.03.2002, p. 188.
14. STJ, 1ª S., CC n. 14.724-MS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 10.10.1995, publicado no *DJ* de 04.12.1995, p. 42.073.
15. Súmula do TFR, n. 40: "A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o juiz de direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal".

> Como se viu, a OAB não pode propor execução fiscal, propondo uma execução civil, regulada pelas regras do Livro II do CPC. Embora não possa propor execução fiscal, a execução intentada pela OAB há de ser proposta perante a Justiça Federal, aplicando-se, também, o enunciado n. 66 da súmula do STJ. É que a OAB é tida como entidade federal, devendo atuar, como autora ou ré em qualquer demanda, na Justiça Federal.

Geralmente, a execução fiscal deve ser intentada perante um juízo de primeira instância. Há, contudo, casos em que a execução fiscal deve ser proposta, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Abstraída a questão da imunidade de jurisdição ou de sua renúncia, a execução fiscal proposta pela União contra Estado estrangeiro ou organismo internacional deve ser intentada perante o STF, devendo ali ser processada, exatamente por ser da sua competência apreciar as causas entre a União e Estado Estrangeiro ou organismo internacional (CF/88, art. 102, I, *e*)[16]. É discutível se cabe ou não uma execução fiscal contra Estado estrangeiro ou organismo internacional, mercê da imunidade de jurisdição. Independentemente de ser cabível ou não, se a União ou um Estado-membro intentar execução fiscal contra Estado estrangeiro ou organismo internacional, deverá fazê-lo perante o Supremo Tribunal Federal; é da Suprema Corte a competência para processar tal execução.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as "ações oriundas das relações de trabalho" (CF/88, art. 114, I), bem como "as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho" (CF/88, art. 114, VII) e, bem ainda, "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei" (CF/88, art. 114, IX). Significa que uma multa imposta por um órgão de fiscalização do trabalho, se não for paga, deverá ser cobrada por execução fiscal a ser intentada perante a Justiça do Trabalho.

Tais regras poderiam conduzir à conclusão de que execuções propostas por conselhos profissionais deveriam tramitar na Justiça do Trabalho.

Não é esse, contudo, o entendimento que deve prevalecer.

O conselho de fiscalização profissional concede autorização para o desempenho de profissão, exercendo poder de polícia quanto à correta atuação profissional, não havendo aí qualquer relação de trabalho que possa justificar a competência da Justiça do Trabalho. Significa que a competência para a execução proposta por conselho profissional é mesmo da Justiça Federal.

A alteração levada a efeito no art. 114 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004 também não repercutiu na fixação da competência da Justiça Federal

16. STF, Pleno, ACO-AgR n. 543/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.8.2006, publicado no *D.J* de 24.11.2006, p. 61; STF, Pleno, ACO-AgR n. 645/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11.4.2007, *Dje*-082 de 16.8.2007, publicado no *D.J* de 17.8.2007, p. 23; STF, Pleno, ACO-AgR n. 633/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.4.2007, *Dje-042* de 21.6.2007, publicado no *D.J* de 22.6.2007, p. 16.

para processar e julgar as execuções fiscais de dívidas do FGTS, a cargo da União ou da Caixa Econômica Federal mediante convênio[17]. Em tais execuções, não se tem subjacente qualquer relação de trabalho, exatamente porque não envolvem, diretamente, empregado e empregador. A obrigação deste último de recolher as contribuições para o FGTS decorre da lei, e não da relação de trabalho. Nem a União, nem a Caixa Econômica Federal fazem parte da relação material de trabalho, sendo certo, portanto, que compete à Justiça Federal, e não à Justiça do Trabalho, processar as execuções fiscais para a cobrança do FGTS.

Esse é, aliás, o teor do enunciado n. 349 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS".

É da Justiça Eleitoral a competência para processar execução fiscal que objetiva a cobrança de multa eleitoral[18]. Nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, excluem-se da competência da Justiça Federal as causas sujeitas à competência da Justiça Eleitoral, em que a União figurar como interessada na condição de autora, ré, assistente ou opoente. À Justiça Eleitoral compete processar e julgar não somente a execução fiscal, mas também a ação anulatória de lançamento decorrente de multa eleitoral[19].

Caso a execução fiscal seja proposta perante juízo do foro onde o devedor não mantenha domicílio, haverá incompetência. Tal incompetência, contudo, é relativa, não devendo ser reconhecida de ofício pelo juiz. Somente poderá haver reconhecimento da incompetência, se houver ajuizamento de exceção de incompetência pelo executado. Não havendo o ajuizamento da exceção, estará prorrogada a competência: o juiz, que era incompetente, torna-se competente.

Se, no momento da propositura[20] da execução fiscal, o devedor mantinha domicílio naquele foro, mas, antes de ser citado, transfere domicílio para outro local, em outro foro,

17. "RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL INTENTADA PELA CEF – LEGITIMIDADE AD CAUSAM – SUBSTITUTO PROCESSUAL – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. Esta Corte, reiteradamente, entendia que a CEF não poderia promover a execução fiscal, pois falta-lhe legitimidade para tanto. Privilégio exclusivo dos entes públicos, insculpido nos artigos 1º e 2º, § 1º, da Lei Execuções Fiscais, ainda que esteja aquela presente no rol das entidades que compõem a administração indireta. 2. A Primeira Seção, contudo, ao julgar o EREsp 537559/RJ, Rel. Min. José Delgado, entendeu, por unanimidade, que a CEF está legitimada – em nome da Fazenda Nacional –, como substituta processual para promover execução fiscal com o objetivo de exigir o FGTS. Recurso especial provido." (STJ, 2ª T., REsp n. 858.363/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 19.4.2007, publicado no *DJ* de 4.5.2007, p. 428).

18. STJ, 1ª S., CC n. 23.132/TO, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 28.4.1999, publicado no *DJ* de 7.6.1999, p. 38; STJ, 1ª S., CC n. 22.539/TO, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 25.8.1999, publicado no *DJ* de 8.11.1999, p. 69.

19. STJ, 1ª S., CC n. 32.609/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 14.11.2001, publicado no *DJ* de 4.3.2002, p. 170; STJ, 1ª S., CC n. 46.901/PR, rel. Min. Denise Arruda, j. em 22.2.2006, publicado no *DJ* de 27.3.2006, p. 138.

20. A ação é considerada proposta no momento em que despachada a petição inicial pelo juiz ou, onde houver mais de uma vara com a mesma competência material, quando realizada a distribuição (CPC, art. 263).

tal circunstância não altera a competência do juízo, em virtude do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* insculpido no art. 87 do CPC[21].

Nos termos do art. 28 da Lei n. 6.830/1980, "o juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor". Nesse caso, os processos serão redistribuídos ao juízo da primeira distribuição.

Essa regra busca racionalizar o procedimento de várias execuções propostas em face do mesmo devedor, reunindo todas elas a um mesmo juízo, inspirando-se, ademais, na economia processual, assemelhando-se, *mutatis mutandis*, ao contido no art. 46, IV, do CPC, que permite a formação de litisconsórcio quando houver mera afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. A exemplo do que sucede com o litisconsórcio facultativo, em que o juiz pode, com base no parágrafo único do art. 46 do CPC, limitar a presença das partes, quando dificultar a defesa ou comprometer a rápida solução do litígio, a reunião de execuções, com base no art. 28 da Lei nº 6.830/1980, pode ser rejeitada pelo juiz.[22]

A competência para processar e julgar a execução fiscal exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário. E isso porque o crédito tributário não está sujeita a rateio (Lei n. 6.830/1980, art. 29), não havendo razão, portanto, para que se desloque a competência da execução fiscal para o juízo universal da falência.

Estando em curso processo de execução fiscal, e sobrevindo a decretação da falência do devedor, não será necessário que a Fazenda Pública habilite seu crédito no juízo falimentar. É que não se aplicam à execução fiscal as regras da *vis attractiva* do juízo universal da falência. A execução fiscal prossegue, normalmente, devendo a penhora ser feita no rosto dos autos do processo de falência, pagando-se à Fazenda Pública preferencialmente, após a quitação dos débitos de acidente de trabalho, trabalhistas e previdenciários (CTN, art. 186). Se, no momento em que decretada a quebra, já havia penhora na execução fiscal, o bem constrito fica fora do rol dos bens da massa, garantindo-se com ele o crédito da Fazenda Pública[23].

---

21. Súmula do STJ, n. 58: "Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada".

22. "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. REUNIÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS CONTRA O MESMO DEVEDOR. ART. 28 DA LEI 6.830/80. FACULDADE DO JUIZ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. 'A reunião de processos contra o mesmo devedor por conveniência da unidade da garantia da execução, nos termos do art. 28 da Lei 6.830/80, não é um dever do Juiz, e sim uma faculdade. Precedentes citados: AgRg no Ag 288.003/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 1º.8.2000, p. 250; REsp 62.762/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 16.12.1996, RT 739/212.' (AgRg no REsp 609066/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 19/10/2006 p. 240) 2. O Sistema Processual Brasileiro, por seu turno assimila esse poder judicial de avaliação da cumulação de ações, como se observa no litisconsórcio recusável (art. 46, parágrafo único do CPC) e na cumulação de pedidos (art. 292 e parágrafos do CPC). 3. Recurso Especial desprovido." (Acórdão unânime da 1ª T. do STJ, REsp n. 1.125.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 8.9.2009, publicado no *DJe* de 8.10.2009).

23. Súmula do TFR, n. 44: "A juizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico".

4. PROCEDIMENTO

A execução fiscal é iniciada por meio de uma petição inicial simplificada, indicando, apenas, o juízo a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para a citação do executado. A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial, sendo o valor da causa o da dívida constante da certidão, com os acréscimos legais.

Deve-se instruir a petição inicial a certidão de dívida ativa, que é, como se viu, o título que lastreia a execução fiscal. A certidão de dívida ativa pode, inclusive, constar do próprio texto da petição inicial, tudo num único documento, preparado, inclusive, por processo eletrônico.

O art. 615-A do CPC aplica-se à execução fiscal, de sorte que, distribuída a execução, é possível obter certidão comprobatório do seu ajuizamento, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

Estando em ordem a petição inicial, o juiz irá determinar a citação do executado, a ser realizada, preferencialmente, pelos correios com aviso de recebimento, podendo, contudo, a Fazenda Pública requerer que seja realizada por outra forma. A citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado. Se, todavia, a data for omitida no aviso de recebimento, será considerada feita a citação 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal (Lei n. 6.830/1980, art. 8º, II). Na eventualidade de o aviso de recebimento não retornar para o cartório judicial, no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação deverá ser feita por oficial de justiça ou por edital.

Frustradas as tentativas para citação do executado, deve-se determinar a realização da citação por edital. Na execução fiscal, cabe citação por edital. De acordo com o art. 8º, I e III, da Lei n. 6.830/1980 e com o art. 231, II, do CPC, a citação por edital será realizada, na execução fiscal, somente após o esgotamento de *todos* os meios possíveis para localização do executado. Nos termos do enunciado n. 210 da súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos, "na execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem bens arrestáveis, é cabível a citação editalícia".

> São créditos suscetíveis de penhora aqueles representados por precatório contra a Fazenda Pública. E a Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por crédito espelhado em precatório, tal como estabelecido em entendimento sumulado do STJ (n. 406 da súmula do STJ: "A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório."), porquanto equivalha à penhora de crédito e, não, de dinheiro. Vale dizer: a substituição da penhora, sem aquiescência da Fazenda Pública, somente pode se dar por depósito em dinheiro ou fiança bancária (art. 15, I, Lei n. 6.830/1980); considerando que aí não se enquadra o precatório (direito de crédito que é), a substituição da penhora por crédito representado por precatório judicial depende da concordância da credora (Fazenda Pública).

Apenas é possível realizar a citação por edital na execução fiscal depois do exaurimento de todas as tentativas para encontrar o executado, devendo, antes, haver as diligências a

cargo do oficial de justiça[24]. Será nula a citação por edital, segundo entendimento firmado no âmbito do STJ, se não esgotadas, antes, todas as diligências necessárias à localização do executado. A propósito, esse entendimento consolidou-se no enunciado 414 da súmula de jurisprudência do STJ, que está assim redigido: "A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades".

Nos termos do art. 653 do CPC, a citação por edital depende do prévio arresto de bens do executado. Significa que é preciso haver o arresto para, somente depois, ser efetivada a citação por edital do executado. Na execução fiscal, a citação por edital, diferentemente, não depende desse prévio arresto, bastando que haja apenas o esgotamento dos meios citatórios pessoais[25]. Isso não impede, contudo, que se realize, antes da citação por edital, o arresto de bens; apenas tal arresto não é indispensável na execução fiscal, podendo ser realizada a citação por edital independentemente dele.

Se o executado, citado por edital, não comparece, nem paga, nem se manifesta, deve o juiz nomear-lhe curador especial, mercê do disposto no art. 9º, II, do CPC, que se aplica ao processo de execução, segundo consagrado no enunciado 196 da Súmula do STJ: "Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos." Tal regra aplica-se à execução fiscal, cumprindo ao juiz, sob pena de invalidade dos atos processuais, nomear curador especial para o executado que, citado por edital, não comparece nem se manifesta nos autos[26].

O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora, além de encargos, ou garantir a execução, mediante depósito em dinheiro. Em vez de efetuar o depósito em dinheiro, poderá o executado oferecer fiança bancária, nomear bens à penhora (observada a ordem do art. 11 da Lei n. 6.830/1980) ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. Observa-se, no particular, uma diferença entre a execução por quantia certa contra devedor solvente, prevista no CPC, e a execução fiscal: enquanto naquela o executado é citado para, em 3 (três) dias, pagar a dívida, nesta última tal prazo é de 5 (cinco) dias, convocando o executado para pagar ou nomear bens à penhora.

A partir das mudanças levadas a cabo pela Lei n. 11.382/2006, o executado, na execução fundada em título extrajudicial, é citado para, no prazo de três dias, efetuar o pagamento da dívida (CPC, art. 652). Juntado aos autos o mandado de citação devidamente cumprido,

---

24. STJ, 2ª T., REsp n. 653.480/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 1º.9.2005, publicado no *DJ* de 17.10.2005, p. 258; STJ, 2ª T., REsp n. 948.191/PE, rel. Min. Castro Meira, j. em 28.8.2007, publicado no *DJ* de 11.9.2007, p. 220.
25. STJ, 2ª T., REsp n. 931.690/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 19.6.2007, publicado no *DJ* de 1º.8.2007, p. 447.
26. STJ, 2ª T., AgRg no Ag n. 631.754/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 5.4.2005, publicado no *DJ* de 20.6.2005, p. 213; STJ, 2ª T., REsp n. 785.090/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10.4.2007, publicado no *DJ* de 25.4.2007, p. 306; STJ, 1ª T., REsp n. 685.251/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. em 21.6.2007, publicado no *DJ* de 2.8.2007, p. 342.

inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para oferecimento dos embargos à execução, que serão opostos independentemente de penhora, depósito ou caução (CPC, arts. 736 e 738).

Tais mudanças *não* atingem a execução fiscal, cujo procedimento mantém regime próprio, previsto na Lei n. 6.830/1980. Seu art. 8º dispõe que o executado será citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na certidão de dívida ativa, ou garantir a execução com depósito em dinheiro, com fiança bancária ou com a nomeação de bens à penhora, observada a ordem prevista no art. 11 da própria Lei n. 6.830/1980.

> Em se tratando de execução fiscal proposta pela *União, suas autarquias e fundações públicas*, é facultado ao exeqüente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. Penhorados, os bens indicados pelo exeqüente ficam desde logo indisponíveis. Efetuado o pagamento integral da dívida executada no prazo de dois dias úteis contados da citação, independentemente da juntada aos autos do respectivo mandado, poderá ser liberada a penhora, desde que não baja outra execução pendente. Tudo isso consta do art. 53 da Lei n. 8.212/1991, aplicando-se à execução fiscal proposta pela *União, suas autarquias e fundações*.
>
> Ainda nas execuções fiscais propostas pela *União, suas autarquias e fundações*, o bem penhorado fica desde logo indisponível (Lei n. 8.212/1991, art. 53, § 1º) e, portanto, impenhorável. Significa que não deve o executado alienar o bem penhorado numa execução fiscal federal. Se houver qualquer alienação do bem penhorado, ela será ineficaz para o exeqüente. Segundo já entendeu o STJ, se o bem penhorado numa execução fiscal federal for penhorado numa execução particular e ali vier a ser arrematado ou alienado, o produto da venda haverá de ser destinado à execução fiscal, ficando para o particular eventual saldo que sobejar[27].
>
> Enfim, na execução fiscal proposta pela *União, suas autarquias e fundações*, permite-se ao exeqüente a indicação, na petição inicial, de bens a serem penhorados, não estando afastado o direito de o executado nomear bens à penhora.
>
> Quando o exeqüente for uma Fazenda Pública estadual ou municipal, não há previsão legal para essa indicação de bens na própria petição inicial, de forma que o executado é citado para, em 5 (cinco) dias, pagar ou nomear bens à penhora.

---

27. "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. INDISPONIBILIDADE. IMÓVEL PENHORADO EM EXECUTIVO FISCAL. ART. 53, § 1º, LEI 8.212/91. ALIENAÇÃO FORÇADA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 711 DO CPC. I – A indisponibilidade a que se refere o art. 53, § 1º, da Lei nº 8.212/91, traduz-se na invalidade, em relação ao ente Fazendário, de qualquer ato de alienação do bem penhorado, praticado sponte propria pelo devedor-executado após a efetivação da constrição judicial. II – É possível a alienação forçada do bem em decorrência da segunda penhora, realizada nos autos de execução proposta por particular, desde que resguardados, dentro do montante auferido, os valores atinentes ao crédito fazendário relativo ao primeiro gravame imposto. III – Ainda que o executivo fiscal tenha sido suspenso em razão de parcelamento, é possível tal solução, porquanto retirar-se-ia do produto da alienação o valor referente ao crédito tributário, colocando-o em depósito judicial até o adimplemento do acordo, não havendo qualquer prejuízo à garantia do crédito fazendário.
Recurso provido". (STJ, 5ª T., REsp n. 512.398/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 17.2.2004, publicado no *DJ* de 22.3.2004, p. 347).

Citado o devedor *tributário*, se esse não pagar nem nomear bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz, de acordo com o art. 185-A do CTN (acrescentado pela Lei Complementar n. 118/2005), determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promoverem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. Tal indisponibilidade limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. Os órgãos e entidades aos quais se fizer a aludida comunicação devem enviar imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade tiverem promovido.

A indisponibilidade prevista no art. 185-A do CTN somente deve ser determinada se a execução for de dívida *tributária*. Sendo de dívida não-tributária, inviabiliza-se o decreto de indisponibilidade. Além do mais, o devedor *tributário* deve ter sido regularmente citado, não cuidando de nomear bens à penhora, nem tendo a Fazenda Pública conseguido localizar bens em seu nome.

A nomeação de bens à penhora constitui um *ônus* do executado. Ao prever dita indisponibilidade, o art. 185-A do CTN, ao que parece, transformou a nomeação de bens em dever do executado, deixando de ser um ônus. É que, não feita a nomeação e não encontrados bens, será determinada a indisponibilidade do patrimônio do executado[28]. A indisponibilidade não impede que o devedor possa usar e fruir do bem, podendo, até mesmo, oferecê-lo em garantia de outras dívidas[29]. O que ele não pode é alienar o bem, pois, estando indisponível, não terá eficácia, para a execução fiscal, essa alienação.

A indisponibilidade não constitui medida satisfativa da execução, servindo como meio de garantir a penhora de bens, ostentando natureza cautelar[30].

Consistindo tal indisponibilidade em medida de extrema violência, cumpre ao juiz aplicar, no caso, o postulado da proporcionalidade, somente determinando a indisponibilidade, se realmente não houver outro meio de garantir a execução.

Deve, em suma, o juiz analisar as peculiaridades do caso concreto para, sob a égide da máxima da proporcionalidade, verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida a ser imposta ao executado para viabilizar a satisfação do crédito. Desse modo, a decretação da indisponibilidade prevista no art. 185-A do CTN reclama prudência e ponderação, devendo o juiz determiná-la somente em casos extremos,

---

28. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Indisponibilidade de bens na execução do crédito fiscal (artigo 185-A do Código Tributário Nacional)". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, v. 28, p. 52-53.
29. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Indisponibilidade de bens na execução do crédito fiscal (artigo 185-A do Código Tributário Nacional)", cit., p. 46-47.
30. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Indisponibilidade de bens na execução do crédito fiscal (artigo 185-A do Código Tributário Nacional)", cit., p. 48.

quando, citado o devedor tributário, esse não comparece, não nomeia bens à penhora e, ainda assim, não se consegue localizar qualquer bem em seu nome. Não havendo mais outro meio para obter-se a garantia da execução, deverá, então, ser decretada a indisponibilidade de seus bens.

Nas execuções fiscais, as intimações dos representantes judiciais da Fazenda Pública são feitas pessoalmente, mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria. A 2ª Turma do STJ entendeu que, nas comarcas do interior dos Estados, onde não há sede das procuradorias, a intimação pode ser feita por via postal[31].

No processo de execução fiscal, não deve haver intervenção do Ministério Público[32], pelo simples fato da execução. Para que o Ministério Público intervenha como *custos legis*, é preciso que se verifique qualquer das hipóteses previstas no art. 82 do CPC.

As publicações relativas a atos processuais, na execução fiscal, poderão ser feitas resumidamente ou reunir num só texto as comunicações relativas a diferentes processos. Tais publicações farão sempre referência ao número do processo no respectivo juízo e ao número da correspondente inscrição de dívida ativa, bem como ao nome das partes e ao nome de seus advogados, suficientes para a sua identificação.

5. PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL

A ordem de nomeação de bens à penhora, na execução fiscal, é diferente da ordem de nomeação da execução civil. Realmente, na execução fiscal, a penhora deve obedecer à ordem prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/1980, não se aplicando o disposto no art. 655 do CPC.

A Fazenda Pública poderá requerer um reforço de penhora, mas tal reforço não pode ser determinado de ofício pelo juiz, pois o art. 15, II, da Lei n. 6.830/1980 alude a *deferimento* pelo juiz, numa inequívoca indicação de que é necessário requerimento. Sendo assim, e em razão do princípio dispositivo, resta vedado ao juiz agir, nesse caso, de ofício, dependendo o reforço de penhora de requerimento expresso da Fazenda Pública[33].

O regime de substituição de penhora, na execução fiscal, tem regramento próprio, contido no art. 15 da Lei n. 6.830/1980. Segundo ali se estabelece, será, em qualquer fase do processo de execução fiscal, deferida pelo juiz ao executado a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária[34], sendo deferida pelo juiz à Fazenda Pública a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada

31. STJ, 2ª T., REsp n. 743.867/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 07.06.2005.
32. Súmula do STJ, n. 189: "É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais".
33. STJ 1ª T., REsp n. 475.693/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.2.2003, publicado no *DJ* de 24.3.2003, p. 160.
34. Há entendimento da 1ª Seção do STJ de que é necessária a comprovação da menor onerosidade para possibilitar, eventualmente, a substituição da penhora *on line* por fiança bancária em execução fiscal (STJ, 1ª Seção, EResp. n. 1077039, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.02.2011, publicado no DJe de 12.04.2011).

no seu art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente. Significa que o § 2º do art. 656 do CPC não se aplica à execução fiscal, exatamente porque há previsão da mesma hipótese no art. 15 da Lei n. 6.830/1980. Na execução fiscal, pode o executado ver deferida em seu favor a substituição do bem penhorado por depósito em dinheiro ou fiança bancária, não sendo necessário que o valor ostente o acréscimo de 30% (trinta por cento) previsto no aludido §2º do art. 656 do CPC.

A regra contida na Lei n. 6.830/1980 dá a entender que a substituição de bens penhorados por outros seria automática, exigindo, tão-somente, o pedido da Fazenda Pública, independentemente da ordem enumerada em seu art. 11. Não é bem assim. Diante do silêncio da Lei n. 6.830/1980, impõe-se, no particular, aplicar o disposto no art. 656 do CPC. Só não se aplica o inciso I do art. 656 do CPC. Ali se estabelece poder a parte requerer a substituição da penhora, se não houver obediência à ordem legal. Nos termos do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, a substituição de bens penhorados por outros independe da ordem de nomeação.

Na verdade, a substituição de bens penhorados, na execução fiscal, depende de requerimento justificado da Fazenda Pública, no caso de comprovada ineficácia. Logo, à exceção da hipótese prevista no seu inciso I, o art. 656 do CPC aplica-se à execução fiscal: a Fazenda Pública pode, na execução fiscal, requerer a substituição da penhora nas hipóteses previstas nos incisos II a VII de tal art. 656, ou seja, se a penhora não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para pagamento, se, havendo bens no foro da execução, outros houver sido penhorados, se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame, se incidir sobre bens de baixa liquidez, se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem ou se executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 do CPC.

A intimação da penhora ao executado, na execução fiscal, faz-se mediante publicação no *Diário Oficial*. Nas comarcas do interior, onde não circule o *Diário Oficial*, a intimação será feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, da mesma forma que se estabelece para a citação. Feita a intimação pelo correio, caso não conste do aviso de recebimento a assinatura do executado, deverá ser renovada sua realização, desta feita pessoalmente, por oficial de Justiça. Não se exige que do mandado conste a indicação do prazo para oferecimento dos embargos; a falta de indicação do prazo não acarreta nulidade da intimação.

Se a penhora recair sobre imóvel, será feita a intimação do cônjuge, seguindo-se as mesmas regras atinentes à citação.

É possível que a penhora seja feita sobre o faturamento diário da empresa executada, desde que se trate de hipótese excepcional, caso não haja outro meio de se garantir o juízo, nem bens suficientes para cobrir o valor cobrado, devendo-se nomear administrador, com apresentação da forma de administração e esquema de pagamento.

Determinada a penhora de percentual de faturamento da empresa executada, será, nos termos do § 3º do art. 655-A do CPC, nomeado depositário, com a atribuição de submeter

à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Feita a penhora de percentual de faturamento da empresa executada, deve ser reduzida a termo, intimando-se o executado para oferecer embargos. Vale dizer que o prazo de 30 (trinta) dias para a oposição dos embargos à execução fiscal inicia-se, no entendimento do STJ, da intimação da penhora. Aplica-se, no particular, o disposto no inciso III do art. 16 da Lei n. 6.830/1980.

6. A DEFESA DO EXECUTADO

Feito o depósito em dinheiro, procedida a juntada da prova da fiança bancária ou havendo a intimação da penhora, a partir de qualquer um desses momentos inicia-se o prazo de 30 (trinta) dias para o executado apresentar seus embargos.

O art. 16, I, da Lei n. 6.830/1980 dispõe ser de 30 (trinta) dias o prazo para o ajuizamento dos embargos, contados do depósito. Daí por que, segundo precedentes da 1ª Turma do STJ, "O prazo para oferecimento dos embargos à execução fiscal, quando garantida por depósito em dinheiro, é de trinta dias, contados da data em que efetivada a garantia."[35] Não é esse, contudo, o entendimento da 2ª Turma do STJ, segundo o qual "Feito depósito em garantia pelo devedor, deve ser ele formalizado, reduzindo-se a termo. O prazo para oposição de embargos inicia-se, pois, a partir da intimação do depósito."[36]

Pelo disposto no inciso I do art. 16 da Lei n. 6.830/1980, não restam dúvidas de que o prazo de 30 (trinta) dias tem início a partir do depósito. E nem poderia ser diferente, pois não parece possível que o exeqüente discorde de depósito em dinheiro, sendo desnecessária a posterior intimação do executado para que se inicie o prazo de embargos. Impõe-se, diante disso, perfilhar a orientação ministrada pela 1ª Turma do STJ.

> Nos termos do § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980, enquanto não garantida a execução, não poderão ser opostos os embargos. Consoante demonstrado logo adiante, esse dispositivo não deve mais prevalecer, devendo-se aplicar a mesma regra da execução por quantia certa contra devedor solvente prevista no CPC: independentemente de penhora, depósito ou caução, o executado poderá opor-se à execução por meio de embargos (CPC, art. 736).
>
> Ao tempo em que, na execução civil, os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (CPC, art. 738), na execução fiscal, tal prazo é de 30 (trinta) dias, sendo contado a partir da intimação da penhora, do depósito em dinheiro ou da juntada aos autos da prova

35. STJ, 1ª T., REsp n. 713.507/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.12.2006, publicado no *DJ* de 15.2.2007, p. 214.
36. STJ, 2ª T., REsp n. 664.925/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 6.12.2005, *DJ* de 5.5.2006, p. 285; STJ, 2ª T., REsp n. 830.026/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. em 18.5.2006, publicado no *DJ* de 29.5.2006, p. 225; STJ, 2ª T., REsp n. 767.505/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. em 8.5.2007, publicado no *DJ* de 18.5.2007, p. 318).

da fiança bancária. Por sua vez, na execução prevista no CPC, citado o executado, e juntado o respectivo mandado aos autos, já se inicia o prazo de 15 (quinze) dias para a oposição dos embargos, mesmo que ainda não se tenha feito a penhora de bens.

A Lei n. 11.382/2006 alterou a sistemática de defesa do executado na execução fundada em título extrajudicial. Independentemente de penhora, depósito ou caução, o executado poderá opor-se à execução por meio de embargos (CPC, art. 736). Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (CPC, art. 738). Enfim, os embargos à execução não dependem mais de garantia do juízo, não sendo necessária a constrição de bens pela penhora, depósito ou caução. Citado o executado, e juntado o respectivo mandado aos autos, já se inicia o prazo de 15 (quinze) dias para a oposição dos embargos, mesmo que ainda não se tenha feito a penhora de bens.

Opostos os embargos, não há mais a suspensão automática da execução. Nos termos do § 1° do art. 739-A do CPC, "o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

Como se observa, os embargos do executado, ofertados na execução fundada em título extrajudicial, são desprovidos de efeito suspensivo, podendo o juiz, todavia, conceder tal efeito suspensivo, se o executado assim requerer e desde que preenchidos os pressupostos genéricos das tutelas provisórias de urgência: *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Ademais, é preciso, para que se conceda o efeito suspensivo aos embargos, que o juízo esteja garantido pela penhora, pelo depósito ou por uma caução. Noutros termos, os embargos não têm mais efeito suspensivo automático. Sua oposição não acarreta a suspensão da execução, cabendo ao juiz, preenchidos os correlatos requisitos, avaliar se deve suspender a execução. Do contrário, não se suspende a execução.

Tradicionalmente, na execução fiscal, não seriam admissíveis embargos antes de garantida a execução. De acordo com o disposto no § 1° art. 16 da Lei n. 6.830/1980, seria *necessária a garantia do juízo* para que se admitissem os embargos à execução, que deveriam ser ajuizados no prazo de 30 (trinta) dias, contados do depósito, da juntada aos autos da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora.

O art. 736 do CPC, na atual redação que ostenta, dispensa a prévia garantia do juízo para o ajuizamento de embargos à execução. Questiona-se se tal regra é aplicável à execução fiscal. Tem sido comum, no particular, a afirmativa de que a lei geral não atinge a lei especial, de sorte que, na execução fiscal, continuaria a ser necessária a garantia do juízo, exatamente porque o § 1° do art. 16 da Lei n. 6.830/1980 não foi modificado, alterado, nem revogado.

Antes de responder a indagação, impõe-se fazer breve digressão para lembrar que, contrariamente ao CPC/1939, o atual CPC, em sua estrutura originária, unificou as execuções. Independentemente de estar fundada em título judicial ou em título extrajudicial,

a execução submetia-se ao mesmo procedimento: o executado era citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora, daí se seguindo as medidas executivas destinadas à expropriação, com prioridade para a arrematação em hasta pública. A esse procedimento também se submetia a execução fiscal. Em todas as execuções – aí incluída a fiscal – a defesa do executado era feita por embargos, que dependiam da garantia do juízo.

Tal unidade restou desfeita com o advento da Lei n. 6.830/1980, que passou a dispor sobre a execução fiscal. O legislador entendeu ser necessário haver uma disciplina própria para a cobrança da Dívida Ativa do Poder Público, conferindo-lhe algumas garantias ou benefícios não presentes na execução civil, regulada no CPC.

Há, na Lei n. 6.830/1980, regras próprias para execução fiscal, instituindo-se, assim, um regime específico, que decorre da peculiar relação entre o particular e a Fazenda Pública.

A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução – feita no § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980 – *não* decorre, contudo, de detalhes, vicissitudes ou particularidades na relação entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei n. 6.830/1980, essa era uma regra *geral*, aplicável a qualquer execução. Em qualquer execução – ressalvada, obviamente, a execução contra a Fazenda Pública, em que não há penhora, nem expropriação de bens –, a apresentação de embargos dependia, *sempre*, da prévia garantia do juízo. A Lei n. 6.830/1980 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a Fazenda Pública.

À evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção às peculiaridades da relação de direito material, mas de mera repetição, na lei especial, de regra *geral* antes prevista no CPC. Não incide, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior[37].

Atualmente, revogada essa exigência *geral*, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal exigência também na execução fiscal. Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma geral atingindo norma geral. A norma não é especial por estar inserida num diploma legislativo extravagante ou específico, mas por retratar uma situação peculiar ou por estar inserida num regime jurídico próprio. Na lição de Norberto Bobbio, "lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). (...) A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça."[38]

---

37. Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, n. 3.7.4.4, p. 126.
38. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 96

Não se deve, portanto, exigir mais a garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal – de resto, como visto no capítulo sobre as defesas do executado, a dispensa da prévia garantia para o oferecimento da defesa pelo executado é providência que *favorece* o *credor*, impondo, assim, a sua aplicação também à execução fiscal.

Segundo dispõe o art. 16 da Lei n. 6.830/1980, o prazo para apresentação dos embargos é de 30 (trinta) dias, a contar do depósito, da juntada da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora. O que se deve entender, a partir de agora, é que a regra estabeleceu um limite temporal para o oferecimento dos embargos, valendo dizer que devem ser apresentados *até* o final do prazo de 30 (trinta) dias após a intimação da penhora, ou depósito, ou juntada da prova da fiança. Esse é um prazo *máximo,* nada impedindo que os embargos sejam intentados antes mesmo da penhora.

A penhora não constitui pressuposto necessário e suficiente ao ajuizamento dos embargos; estes podem, então, ser oferecidos antes mesmo da penhora.

Ao executado cumpre alegar, nos embargos, toda matéria útil à defesa, juntando aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três ou, a critério do juiz, até seis; não se admite reconvenção, devendo a incompetência relativa, o impedimento e a suspeição ser alegados por meio de exceções rituais, na forma das regras estabelecidas no Código de Processo Civil.

Nos termos do § 3º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980, não se admite a alegação de compensação nos embargos do executado. Tal vedação não mais prevalece. O STJ já assentou o entendimento segundo o qual, com o advento da Lei n. 8.383/1991, a compensação passou a ser regulamentada na esfera tributária, restando possível sua alegação em sede de embargos do executado. Quer isto dizer que está superado o óbice do § 3º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980, sendo possível ao executado alegar, em seus embargos, a compensação[39], desde que haja direito líquido e certo ao crédito. Vale dizer que somente é possível ao executado alegar compensação em seus embargos quando se tratar de direito líquido e certo, não sendo necessária dilação probatória, a exemplo do que sucede nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade do tributo.

Enfim, o executado pode alegar toda e qualquer matéria em seus embargos, inclusive a compensação. Só não pode ajuizar reconvenção.

---

39. "Tributário. Compensação. Alegação em Sede de Embargos à Execução Fiscal. Possibilidade. I – Está pacificado que, com a edição da Lei nº 8.383/91, regulamentando a compensação na esfera tributária, restou viabilizada a possibilidade de discutir sobre o instituto em sede de embargos à execução. Precedentes: REsp nº 613.757/RS; Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/09/2004; REsp nº 395.448/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16/02/2004 e REsp nº 426.663/RS, rel. Min. Denise Arruda, DJ de 25/10/2004. II – Agravos regimentais improvidos." (STJ, 1ª T., AgRg nos Edcl no REsp n. 573.212/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 15.3.2005, publicado no *DJ* de 25.4.2005, p. 228)
"Tributário. Execução Fiscal. Compensação. Alegação em Embargos à Execução. Possibilidade. 1. Com a edição da Lei nº 8.383/91, que disciplinou o instituto da compensação na esfera tributária, passou-se a admitir-se a discussão a respeito da compensação de tributos na via incidental dos embargos do devedor, superando-se o óbice do art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80. 2. Recurso especial improvido." (STJ, 2ª T., REsp n. 785.081/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 8.11.2005, publicado no *DJ* de 21.11.2005, p. 221)

Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar a Fazenda Pública para impugná-los no prazo de 30 (trinta) dias, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento, ou já proferindo julgamento imediato, se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá sentença no prazo de 30 (trinta) dias.

Os embargos são distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, sendo certo que tais cópias podem ser declaradas autênticas pelo próprio advogado.

Se forem intempestivos, manifestamente protelatórios ou ajuizados mediante petição inicial inepta, devem os embargos ser rejeitados liminarmente pelo juiz (art. 739, CPC, aplicado por analogia). Sendo manifestamente protelatórios os embargos, o juiz, além de rejeitá-los liminarmente, deve impor, em favor do exeqüente, multa ao embargante no valor de até 20% (vinte por cento) do valor executado.

A Lei n. 6.830/1980 *não* trata dos *efeitos* decorrentes da propositura dos embargos do executado. Incidem, diante disso, as novas regras contidas no Código de Processo Civil. Significa, então, que, ajuizados os embargos, a execução fiscal não estará, automaticamente, suspensa. Os embargos *não* suspendem mais a execução fiscal, cabendo ao juiz, diante de requerimento do executado e convencendo-se da relevância do argumento e do risco de dano, atribuir aos embargos o efeito suspensivo. Em outras palavras, a execução fiscal passará a ser suspensa, não com a propositura dos embargos, mas sim com a determinação judicial de que os embargos merecem, no caso concreto, ser recebidos com efeito suspensivo.

Se, contudo, a penhora recair sobre dinheiro, deve haver efeito suspensivo automático, em razão do art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, que assim dispõe: "após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente".

Conjugando o art. 19 com o art. 32, § 2º, ambos da Lei n. 6.830/1980, conclui-se que, sendo a penhora em dinheiro, os embargos devem ter efeito suspensivo, pois a quantia somente deve ser liberada após o trânsito em julgado. De igual modo, penhorado um bem e arrematado em hasta pública, o dinheiro somente pode ser convertido em renda para a Fazenda Pública após o trânsito em julgado, tal como se extrai do art. 24 da Lei n. 6.830/1980.

Significa que, na execução fiscal, os embargos, em princípio, não têm efeito suspensivo, a não ser que o juiz o conceda à vista do preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 739-A do CPC. Há, contudo, uma hipótese em que o efeito suspensivo será automático: quando se chega à fase satisfativa da execução. Nesse momento, os embargos à execução fiscal têm efeito suspensivo automático, pois a adjudicação depende do trânsito em julgado da sentença dos embargos. De igual modo, o levantamento da quantia depositada em dinheiro depende do trânsito em julgado da sentença dos embargos.

Na verdade, há uma peculiaridade na relação entre o particular e a Fazenda Pública que impõe tal regime: convertido o dinheiro em renda para a Fazenda Pública, o particular

somente poderia reavê-lo por demanda própria, submetida à sistemática do precatório. Tal situação revela-se bastante prejudicial ao particular. Então, até para protegê-lo, instituiu-se esse regime de a conversão em renda somente ser feita após o trânsito em julgado.

Em suma, os embargos à execução fiscal não têm efeito suspensivo, mas não pode haver adjudicação, nem levantamento do depósito (ou conversão em renda) pela Fazenda Pública, diante das peculiaridades de regras contidas na Lei n. 6.830/1980, que decorrem de um sistema particular: a eventual reversão em favor do contribuinte é bastante custosa, mercê da sistemática do precatório e das garantias do Poder Público.

Em outras palavras, a falta de efeito suspensivo aos embargos serve apenas para *adiantar* o rito da execução fiscal, permitindo já a penhora e a venda de bens, mas o levantamento do depósito ou a adjudicação do bem pela Fazenda Pública depende do julgamento final dos embargos.

Na execução fiscal, é bastante amplo do objeto dos embargos, podendo o executado alegar qualquer matéria em seu favor, sendo-lhe vedado o uso da reconvenção. Se o executado alegar excesso de execução, deverá indicar, na petição inicial de seus embargos, o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo que o demonstre. Trata-se de ônus atribuído ao embargante pelo § 5º do art. 739-A do CPC, que, no particular, deve aplicar-se aos embargos à execução fiscal. A falta de indicação do valor correto ou a ausência de memória de cálculo que o demonstre implicará a rejeição liminar dos embargos ou o não-conhecimento desse fundamento.

Em resumo, pode-se afirmar que os embargos à execução fiscal não dependem mais da garantia do juízo, nem ostentam efeito suspensivo, se bem que o juiz possa, diante da relevância do argumento e do risco de dano, conceder tal efeito suspensivo aos embargos. Sendo a penhora em dinheiro, os embargos terão efeito suspensivo automático, tendo em vista o disposto no art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. Se os embargos versarem sobre excesso de execução, aplica-se o disposto no § 5º do art. 739-A do CPC, cabendo ao embargante demonstrar o valor que entende correto.

Na execução fiscal por carta, os embargos do executado serão oferecidos no juízo deprecado, que os remeterá ao juízo deprecante, para instrução e julgamento (Lei n. 6.830/1980, art. 20), diferentemente do que ocorre com a execução por carta regulada no CPC, pois lá os embargos tanto podem ser oferecidos no juízo deprecante como no juízo deprecado (CPC, art. 747). Sobre a competência para julgamento dos embargos, a regra é igual nos dois tipos de execução. Tanto na execução fiscal como na execução por quantia certa contra devedor solvente do CPC, executando-se por carta, é do juízo deprecante a competência para processar e julgar os embargos, salvo quando estes versarem sobre vícios ou irregularidades de atos do próprio juízo deprecado. Nesse caso, será deste último a competência para o julgamento. A diferença está no *oferecimento* dos embargos. Na disciplina do CPC, os embargos tanto podem ser oferecidos no juízo deprecante como no deprecado. Na execução fiscal, serão apresentados ao juízo deprecado, que deverá encaminhar ao deprecante, a não ser que a matéria diga respeito a ato por aquele praticado, situação em que a competência será sua.

Questiona-se se, na execução fiscal, seria possível ao executado ajuizar exceção ou objeção de não-executividade. É pacífico o entendimento, tanto doutrinário como jurisprudencial, segundo o qual cabe, na execução fiscal, a exceção ou objeção de não-executividade, já estudada no capítulo sobre as defesas do executado.

O enunciado 393 da súmula do STJ confirma esse entendimento, ao estabelecer que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Já se viu, contudo, que, antes mesmo de haver a penhora, pode o executado já apresentar seus embargos, esvaziando-se a utilidade da exceção de pré-executividade. De todo modo, nada impede que, por simples petição, o executado já demonstre a inexistência de uma condição da ação ou de um pressuposto processual ou, enfim, de uma matéria que possa ser conhecida de ofício pelo juiz. Tal petição deve ser recebida como embargos, devendo o juiz determinar ao executado que a emende para fazer constar os requisitos formais de uma petição inicial, tendo-se por já antecipada a defesa do executado, que somente poderá alegar, posteriormente, alguma matéria não alcançada pela preclusão.

Se não oferecidos os embargos no prazo legal, pode o executado alegar, mediante exceção de não-executividade, alguma matéria não alcançada pela preclusão, que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado. Acolhida a exceção de não-executividade para extinguir a execução fiscal, impõe-se a condenação do exeqüente em honorários de sucumbência.

Considerando que os embargos à execução fiscal não precisam mais da garantia do juízo, deixa de existir a exceção de não-executividade antes da penhora, deixando igualmente de ser pertinente a discussão a respeito da possibilidade de tal exceção suspender ou não a execução. Cabíveis os embargos, estes não têm, em princípio, efeito suspensivo, podendo o juiz, presentes os requisitos do § 1º do art. 739-A do CPC, concedê-lo.

Além dos embargos e da exceção de pré-executividade, o executado pode, ainda, valer-se de ações autônomas (defesas heterotópicas), não incidentais à execução fiscal.

7. CABIMENTO DO PARCELAMENTO (CPC, ART. 745-A) NA EXECUÇÃO FISCAL

Nos termos do art. 745-A do CPC, o executado, no prazo para embargos, pode reconhecer o crédito do exeqüente e, comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, acrescido de custas e honorários de advogado, requerer seja admitido a pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

Essa regra aplica-se, ao que tudo indica, à execução fiscal, sendo com ela perfeitamente compatível. Assim, no prazo para oposição de embargos, pode o executado depositar o equivalente a 30% (trinta por cento) da dívida, requerendo seja o saldo pago em até seis parcelas, vedada a oposição de embargos. O parcelamento é adequado e compatível com a execução fiscal, permitindo, inclusive, que o devedor obtenha certidão positiva com efeitos de negativa.

Em se tratando de dívida não tributária, o parcelamento, na execução fiscal, pode, ao que tudo indica, ser feito sem qualquer ressalva.

Sendo, porém, tributária a dívida cobrada na execução fiscal, cumpre ao juiz, ao deferir o parcelamento requerido pelo executado, impor garantia do pagamento, bem como a aplicação da multa e da correção monetária e juros previstos na legislação de regência, a fim de não prejudicar o Erário, com diminuição no valor do crédito tributário pago com atraso. O art. 155-A do Código Tributário Nacional exige que o parcelamento seja concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. Sendo certo que o parcelamento não se enquadra nas hipóteses do art. 146 da Constituição Federal, o art. 745-A do CPC pode ser considerado como a "lei específica" exigida pelo art. 155-A do Código Tributário Nacional, desde que obedecida a correção monetária da legislação de regência e imposta garantia real ou pessoal.

8. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

A execução fiscal será suspensa nas hipóteses previstas no art. 791 do CPC. Também será suspensa a execução fiscal, se, além de não encontrado o executado, não forem localizados bens penhoráveis[40]. É que, localizados bens penhoráveis, procede-se à citação por edital do executado, depois de realizada a chamada fase de pré-penhora, com o arresto de bens previsto nos arts. 653 e 654 do CPC.

Não localizado o executado e não havendo bens a serem arrestados, ainda assim se entende cabível, na execução fiscal, a citação por edital, como já visto.

Não localizado o executado, não encontrados bens seus ou sendo impenhoráveis os bens de que for titular, o juiz suspenderá o curso da execução fiscal durante o máximo de 1 (um) ano, não correndo, nesse período, o prazo de prescrição. Ultrapassado esse período de 1 (um) ano, e não sendo encontrados o executado ou bens seus, o juiz ordenará o arquivamento dos autos, começando, a partir daí, a correr o prazo de prescrição intercorrente. Nesse sentido, assim está redigido o enunciado n. 314 da Súmula do STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual inicia-se o prazo da prescrição intercorrente".

Decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato (§ 4º do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, acrescentado pela Lei n. 11.051/2004). Encontrados, posteriormente e a qualquer tempo, o executado ou bens seus, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

---

40. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2005, n. 143, p. 426. Apesar disso, encontra-se julgado do STJ no sentido de que, com o advento da Lei nº 11280/06, o art. 219, § 5º, CPC, passou a permitir que o juiz simplesmente pronuncie a prescrição de ofício, desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública (STJ, 1ª T., Resp. n. 814696/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.03.2006, publicado no DJ de 10.4.2006)..

A Lei 11.960/2009 acrescentou um quinto parágrafo ao art. 40 da Lei de Execução fiscal, pelo qual se dispensa a prévia manifestação da Fazenda Pública, no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. O legislador resolveu afastar, nessa hipótese, a aplicação do contraditório. A regra fez prevalecer, na espécie, a boa fé objetiva ou a proibição de conduta contraditória. Se a própria União, por meio do Ministro da Fazenda, edita ato determinando que não deve haver execução fiscal até tal valor, não deve, então, ser intimada para manifestar-se sobre a prescrição. A razão da intimação e a obediência ao contraditório conduzem à possibilidade de haver manifestação contrária da União a respeito da decretação da prescrição. Noutros termos, o contraditório, aí, serve para que a União tenha chance de pedir o prosseguimento da execução, demonstrando não haver prescrição. Ora, se ela mesma não pretende executar, de acordo com anterior ato do Ministro da Fazenda, não poderá, então, pedir para prosseguir a execução ou se insurgir contra a possível prescrição. Na verdade, a lei, nessa situação, está fazendo prevalecer uma conduta anterior da própria União em detrimento de seu direito ao contraditório. Não há razão para instaurar o contraditório, se a própria União, em ato de seu Ministro da Fazenda, já manifestou não ser necessária execução fiscal até determinado valor. Trata-se da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium*. Daí por que não há sentido ouvir a Fazenda Nacional a respeito da prescrição nos casos de valor tido por ela mesma como insignificante para a cobrança judicial.

A propósito, cumpre observar que a regra refere-se apenas às execuções fiscais intentadas pela União. Conquanto haja alusão apenas a ato do Ministro da Fazenda, fazendo com que a regra refira-se, apenas, à União, é certo que deve ser aplicada a disposição também em relação às execuções fiscais propostas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Desse modo, havendo ato administrativo do Estado, do Distrito Federal ou do Município, que estabeleça limite de dispensa do ajuizamento de execução fiscal, aplica-se a regra, podendo o juiz decretar, desde logo, a prescrição intercorrente, sem precisar instaurar o contraditório prévio.

Na execução fiscal, como se vê, permite-se ao juiz reconhecer de ofício a prescrição intercorrente, somente depois de ouvida previamente a Fazenda Pública, em respeito aos princípios do contraditório e da cooperação. O contraditório deve, nesse caso, ser instalado para se oportunizar à Fazenda Pública demonstrar a eventual existência de alguma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição e, enfim, para que possa contribuir com o convencimento do magistrado, instaurando um diálogo entre parte e juiz, no que se assegura a garantia da moderna concepção do princípio do contraditório, concretizando a cooperação entre parte e juiz.

Se o juiz decretar a prescrição intercorrente, sem a prévia audiência da Fazenda Pública, poderá ser anulada a decisão, em razão de um *error in procedendo*. Com efeito, não havendo prévia audiência da Fazenda Pública, exsurgirá manifesto *error in procedendo,* ou seja, um vício no procedimento, cabendo apelação para que se anule a sentença que extinguir a execução fiscal.

Desde que ouvida previamente a Fazenda Pública, poderá o juiz, na execução fiscal, decretar de ofício a prescrição intercorrente, inclusive nos processos já em andamento.

A regra contida no § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/1980 não se confunde com o disposto no § 5º do art. 219 do CPC.

Se, ao examinar a petição inicial, o juiz verificar já ter se consumado a prescrição, deverá indeferi-la de plano, em aplicação ao disposto no art. 219, § 5º, do CPC. Nesse caso, não se aplica o § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/1980, que se restringe à prescrição intercorrente. A hipótese é, em verdade, de prescrição originária, e não intercorrente, incidindo o disposto no § 5º do art. 219 do CPC, a permitir o conhecimento de ofício da prescrição. Nesse sentido, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

> "O § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 disciplina hipótese específica de declaração de ofício de prescrição: é a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º do CPC".[41]

Tal entendimento consolidou-se no âmbito da jurisprudência do STJ, vindo, aliás, a ser editado o enunciado 409 de sua súmula de jurisprudência, a dizer: "Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício".

9. DA EXPROPRIAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL

Passada a fase de penhora, não havendo embargos ou vindo esses a ser rejeitados, segue-se a execução, possibilitando-se à Fazenda Pública adjudicar o bem penhorado, pelo valor da avaliação. Sendo o valor da avaliação superior ao da execução, a Fazenda Pública, para adjudicar o bem, deverá depositar a diferença.

A Lei n. 6.830/1980, em seu art. 23, estabelece que a alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo juiz. A pedido da Fazenda Pública e do executado, os bens podem ser leiloados conjuntamente ou em lotes indicados.

Como se vê, a venda de bens penhorados é, na execução fiscal, feita por leilão público. Diante da especificidade da regra contida no art. 23 da Lei n. 6.830/1980, não é possível haver outra forma de alienação, a não ser por hasta pública.

Isso está a demonstrar, portanto, que não se aplica à execução fiscal a alienação por iniciativa particular, que passou a ser possível na execução civil. Com efeito, a partir das

---

41. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 983.293/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 18.10.2007, publicado no *DJ* de 29.10.2007, p. 201. *No mesmo sentido:* acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, REsp n. 1.100.156/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 10.6.2009, publicado no *DJe* de 18.6.2009; acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, AgRg no REsp n. 1.002.435/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.11.2008, publicado no *DJe* de 17.12.2008; acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 1.061.301/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 2.12.2008, publicado no *DJe* de 11.12.2008.

modificações levadas a cabo pela Lei n. 11.382/2006, penhorado um bem do executado, dá-se a expropriação, que consiste, dentre outros meios, na alienação por iniciativa particular (CPC, art. 647, II).

As regras contidas no art. 685-C do CPC – que permitem a alienação por iniciativa particular – *não* incidem na execução fiscal, exatamente porque o art. 23 da Lei n. 6.830/1980 estabelece que os bens penhorados devem ser alienados em hasta pública, não se permitindo, portanto, a alienação por iniciativa particular. Ora, as regras do Código de Processo Civil somente se aplicam, *subsidiariamente*, à execução fiscal, ou seja, somente se aplicam caso não haja regra própria ou diante do silêncio da Lei n. 6.830/1980. Sendo certo que o art. 23 desta Lei impõe a alienação por leilão público, não se permite, então, seja efetivada, na execução fiscal, a alienação por iniciativa particular.

Enfim, não é possível, no âmbito da execução fiscal, a alienação por iniciativa particular[42]. Então, pode a Fazenda Pública já adjudicar o bem penhorado ou requerer seja vendido em hasta pública.

De acordo com o art. 24 da Lei n. 6.830/1980, a Fazenda Pública pode adjudicar os bens penhorados antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos. Note que, pelo regime da execução fiscal, a *adjudicação já era prioritária*, circunstância que foi generalizada a partir da reforma do CPC de 2006, conforme visto no capítulo sobre adjudicação.

A adjudicação também pode ser feita pela Fazenda Pública findo o leilão, pelo preço da avaliação, se não houver licitante, ou, havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias. Mercê da especificidade da regra contida no art. 24 da Lei n. 6.830/1980, é ela que deve ser aplicada, de sorte que a adjudicação se faz, na execução fiscal, somente naquelas hipóteses. As demais regras atinentes à adjudicação e à arrematação, contidas no Código de Processo Civil, com as mudanças operadas pela Lei n. 11.382/2006, aplicam-se à execução fiscal.

Na execução fiscal, a hasta pública deve ser divulgada em edital único, publicado na imprensa oficial com antecedência de 10 (dez) a 30 (trinta) dias (Lei n. 6.830/1980, art. 22, § 1°). Além do mais, e de acordo com o que estabelece o enunciado n. 121 da Súmula do STJ, "na execução fiscal o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão" (súmula do STJ, n 121). O fundamento originário deste enunciado, no entanto, era a aplicação subsidiária do antigo texto do art. 687, §3°, do CPC, à execução fiscal, o que pode ser percebido a partir da leitura dos acórdãos que lhe conferem

42. Nesse sentido TALAMINI, Eduardo. "Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006)". *Aspectos polêmicos da nova execução*. BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2008, v. 4, p. 156-157. *Contra*, ou seja, entendendo cabível a alienação por iniciativa particular na execução fiscal: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed., cit., p. 1.048.

sustentação[143]. Porém, com a reforma promovida pela Lei n. 11.382/06, a sistemática do Código foi modificada neste ponto, de forma que, atualmente, o art. 687, §5º, do CPC, é expresso ao estabelecer que o devedor será intimado da realização da alienação judicial na pessoa do seu advogado constituído nos autos e, não, pessoalmente. Ou seja, não mais subsistem as razões que levaram à edição do enunciado sumular acima citado, que apenas exigia a intimação pessoal em razão da aplicação subsidiária do quanto previsto no CPC.

Relembre-se, ainda, que "o fato de não serem adjudicados bens que, levados a leilão, deixaram de ser arrematados, não acarreta a extinção do processo de execução" (súmula do TFR, n 224).

Todas as demais regras contidas no CPC, que dizem respeito à adjudicação e à arrematação, aplicam-se à execução fiscal.

10. DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA NA EXECUÇÃO FISCAL

Efetuado o pagamento na execução fiscal, ocorre a satisfação do crédito, culminando na extinção do processo por sentença do juiz da causa (CPC, arts. 794, I, e 795).

Nada obstante o pagamento reconhecido na execução fiscal, caso a Fazenda Pública verifique, posteriormente, ser insuficiente o valor pago, não poderá proceder a outra inscrição em dívida, expedindo-se nova certidão de dívida ativa para cobrar a diferença. Com efeito, tome-se como exemplo uma execução fiscal, em que se cobra o valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Ultimados os pertinentes atos processuais a tempo e modo, caso o executado efetue o pagamento e sobrevenha sentença extinguindo a execução, não poderá a Fazenda Pública, verificando, posteriormente, que o valor correto seria de R$ 700.000,00 (setecentos mil reais), pretender cobrar a diferença de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

É que, nesse caso, haverá formação da coisa julgada, não sendo possível articular-se a existência de manifesto erro material, a obstar a formação da coisa julgada, conforme já examinado no capítulo sobre a teoria da execução.

Realmente, nos casos do art. 794 do CPC, a sentença de extinção do processo de execução contém comando de extinção da própria relação de direito material havida entre as partes, fazendo, bem por isso, coisa julgada material, sujeita, portanto, à ação rescisória (CPC, art. 485).

Desse modo, sendo realizado, nos autos da correspondente execução fiscal, o pagamento do débito, haverá extinção da execução, por sentença proferida pelo juiz da causa. Opera-se, a partir daí, a *coisa julgada material*.

---

43. STJ, 2.ª T., REsp n. 35934/SP, rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 04.05.1994, publicado no DJ de 06.06.1994; STJ, 1.ª T., REsp n. 3255/BA, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, j. em 16.03.1994, publicado no DJ de 18.04.1994; STJ, 2.ª T., REsp n. 15003/SP, rel. Ministro Hélio Mosimann, j. em 27.10.1993, publicado no DJ 22.11.1993; STJ, 2.ª T., REsp n. 13084/SP, rel. Ministro Américo Luz, j. em 04.10.1993, publicado no DJ de 22.11.1993; STJ, 1.ª T., REsp n. 31764/SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, j. em 19.04.1993, publicado no DJ de 17.05.1993.

Caso a Fazenda Pública realmente entenda ser incompleto o pagamento, deverá, então, propor ação rescisória com vistas a rescindir a sentença. Enquanto não obtém tal rescisão, a Fazenda Pública deverá aceitar a quitação do débito. Do contrário, ou seja, caso a Fazenda Pública persista em não reconhecer a satisfação do crédito, deverá intentar ação rescisória, sob pena de ofensa à *coisa julgada*, erigida à garantia constitucional.

11. DOS RECURSOS NA EXECUÇÃO FISCAL

No processo de execução fiscal, admitem-se todos os recursos previstos no Código de Processo Civil. Da sentença que rejeitar os embargos do executado cabe apelação *sem* efeito suspensivo (art. 520, V, CPC).

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1939, caso os embargos do devedor fossem extintos sem julgamento do mérito, a correspondente sentença era desafiada por um recurso chamado *agravo de petição*. No caso de a extinção ser com julgamento do mérito, o recurso cabível era a *apelação*, recebida, sempre, em *ambos* os efeitos.

Atualmente, pelas normas encartadas no atual Código de Processo Civil, a apelação submete-se à regra geral do *duplo* efeito. Há casos, contudo, em que a apelação não contém o efeito suspensivo, dentre os quais quando interposta contra sentença que rejeita os embargos à execução (CPC, art. 520, V).

Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinqüenta) ORTN[44] só se admitirão embargos infringentes e de declaração. Os embargos infringentes, instruídos ou não com documentos novos, serão interpostos, no prazo de 10 (dez) dias, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada. Ouvido o embargado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá em seguida os embargos infringentes de alçada.

Tais sentenças não se sujeitam à apelação. Cabem, apenas, para o próprio juiz, embargos declaratórios ou um recurso denominado de embargos infringentes, que não se

---

44. Em recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. n. 8/2008-STJ (repetitivo), o STJ determinou o valor que representa 50 obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Segundo o art. 34 da Lei n. 6.830/1980 (LEF), é cabível apelação das execuções fiscais nas hipóteses em que o valor exceda, na data da propositura da ação, 50 ORTNs (valor de alçada). Conforme o julgado no REsp 607.930-DF, DJ 17/5/2004, que enfrentou a questão, com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da aplicação da norma que extinguiu o índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente a fim de evitar a perda do valor aquisitivo. Assim, 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia. Dessa forma, o valor de alçada deve ser auferido, observada a paridade com a ORTN, no momento da propositura da execução, levando em conta o valor da causa. Ademais, tal procedimento está em harmonia com a sistemática adotada pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Também se leva em conta a jurisprudência deste Superior Tribunal que assenta: extinta a UFIR pela MP n. 1.973/2000, convertida na Lei n. 10.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo IBGE (Res. n. 242/2001-CJF). Precedentes citados: AgRg no Ag 965.535-PR, DJe 6/11/2008; AgRg no Ag 952.119-PR, DJe 28/2/2008; AgRg 952.119-PR, DJe 28/2/2008; REsp 602.179-SC, DJ 27/3/2006, e REsp 761.319-RS, DJ 20/3/2006. REsp 1.168.625-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 9.6.2010.

confundem com os embargos infringentes previstos no CPC. Trata-se de recurso intentado para o próprio juiz para que ele reveja sua sentença. Além desses dois recursos, é possível, se houver prequestionamento de matéria constitucional, a interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, a não ser que este, por deliberação de dois terços de seus membros, não reconheça a existência de repercussão geral. Sobre esses embargos infringentes em execução fiscal, ver o capítulo sobre apelação, no v. 3 deste *Curso*.