

MOACYR CARAM JUNIOR

PROCESSO DE EXECUÇÃO E A SUA RELATIVIZAÇÃO PELA
INCIDÊNCIA DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E O
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DOUTORADO

PROFESSORA DOUTORA PATRÍCIA MIRANDA PIZZOL

PUC/SP - SÃO PAULO

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MOACYR CARAM JUNIOR

PROCESSO DE EXECUÇÃO E A SUA RELATIVIZAÇÃO PELA
INCIDÊNCIA DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E O
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

PUC/SP - SÃO PAULO

2007

MOACYR CARAM JUNIOR

PROCESSO DE EXECUÇÃO E A SUA RELATIVIZAÇÃO PELA
INCIDÊNCIA DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E O
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil (Acesso à Justiça), sob orientação da Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol.

PUC/SP - SÃO PAULO

2007

Banca examinadora

___/___/___

Dedico este trabalho aos meus finados pais, Moacyr Caram e Cecília Dultra Caram, que nos proporcionaram toda a sustentação espiritual durante todo o tempo de estudo e confecção desta tese.

AGRADECIMENTOS

Talvez não seja possível descrever neste espaço todas as pessoas e instituições que gostaria de agradecer por terem colaborado direta ou indiretamente na elaboração da presente pesquisa.

Mas alguns nomes não poderiam deixar de ser lembrados, porque estiveram diretamente ligados à confecção desta tese.

Primeiramente, a toda família Toledo e à Instituição Toledo de Ensino, mantenedora da Faculdade de Direito de Bauru, que sempre investiram seriamente na produção científica e que nos proporcionaram todo o apoio necessário à consecução do doutoramento.

Agradeço ao Professor Paulo Afonso de Marno Leite, grande pensador do Direito, companheiro de magistério e da advocacia. Muitas das suas opiniões abalizaram este trabalho. Ao seletivo corpo docente da Faculdade de Direito de Bauru, em especial aos professores Carlos Alberto Rufatto, Rui Carvalho Piva, Ageu Libonati, Luiz Nunes Pegoraro, Sueli Baptista de Souza e Lydia Neves Bastos Telles Nunes, pessoas do convívio diário que nos alertaram sobre questões jurídicas pontuais, vivenciando bons momentos, mas também os inesquecíveis percalços ocorridos durante a elaboração desta tese.

Decisivo o auxílio dos amigos Dr. Luiz Celso Rodrigues Madureira e Dra. Eliara Bianospino Ferreira do Vale, esta, colaboradora na pesquisa e na estruturação de parte do capítulo 7, e ele, pela mais meticulosa observância e cumprimento das exigências metodológicas.

Decisivo o trabalho de perquirição doutrinária e jurisprudencial das pesquisadoras Élide Bianospino Ferreira do Vale e de Ana Luíza Novelli Silveira, que não mediram esforços para ver aqui colacionado os mais recentes posicionamentos.

Os meus eternos agradecimentos ao Dr. Fábio Leal e à Professor Ana Lúcia Santana Lopes, pela disposição em colaborar na revisão gramatical desta tese, e ao meu amigo-irmão Dílson Reinaldo Trisóglio, pelo companheirismo e tolerância das estadas em seu apartamento em São Paulo, durante o cumprimento de toda carga curricular indispensável à conclusão do doutoramento junto à PUCSP.

À Lê, Nirave e Frederico, ao Luis Roberto, Lucilene, Maria Cecília e tia Rosinha, o meu muito obrigado pela compreensão nos inevitáveis momentos de alteração emocional ocorridos durante a realização desta pesquisa.

Não poderia deixar de dizer, por derradeiro, que tive a dádiva de conhecer e a honra de ser orientado pela Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol que, com a sua elegante rigidez e refino intelectual, nos proporcionou as melhores condições para a confecção do pensamento e sistematização deste trabalho.

À Doutora Patrícia, os meus mais sinceros agradecimentos e que a nossa amizade se eternize.

RESUMO

A elaboração desta tese foi motivada, principalmente, pelas intempéries de toda ordem que acometem o país. A fragilidade das instituições, o desemprego e a insegurança política e econômica são alguns exemplos que acabam por levar a grandes turbulências e, conseqüentemente, aos mais diversos temores por parte da sociedade. Considerando tais circunstâncias e, sem prejuízo da impetuosa busca à efetividade dos préstimos jurisdicionais, defendeu-se, em observância ao princípio da isonomia, ser necessário atentar-se para com a dignidade da pessoa do devedor. Até mesmo no âmbito dos processos executórios, há que ser devidamente aferido pelos magistrados se os inadimplementos ocorrem simplesmente por voluntariedade injustificável, ou seja, se não se cumpriu a obrigação simplesmente por não se querer cumprir, ou se a desonra obrigacional decorreu de circunstâncias intransponíveis que refogem à capacidade humana. Esta é a indagação maior. Asseverou-se que os princípios constitucionais devem direcionar os posicionamentos do Judiciário e, se assim o é, sublimar o princípio da dignidade da pessoa é medida que se impõe, em harmonia com as tendências antropocêntricas contemporâneas. Em verdade, o legislador ordinário é o maior responsável pela proteção da sociedade brasileira nos últimos anos, animado pelas instabilidades que assolam o Brasil. Em decorrência destas instabilidades é que as denominadas excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito ou força maior, além do instituto da onerosidade excessiva, devem ser minudente e cientificamente aferidas pelo Judiciário, quando forem objeto de discussão. Defendeu-se ser impossível as exatidões e certezas em um ambiente de aleatoriedades, como o que vivemos. Verificou-se ser perfeitamente possível, nas tramitações executórias, tais institutos serem enfocados, quando o inadimplemento estiver ligado a circunstâncias superiores e irresistíveis, e, sendo consistentes as evidências, o procedimento de força não deve prosperar,

relevando-se, fundamentalmente, o princípio da dignidade em prol do devedor. Observou-se ainda que, além dos instrumentos próprios de defesa previstos, impugnação quando do cumprimento da sentença, e embargos do devedor, quando a execução tiver como objeto título extrajudicial, tem o obrigado à disposição outros vários instrumentos processuais para defender-se e enfocar a incidência das excludentes. Enfim, a presente pesquisa conclui que, sem prejuízo da necessária efetividade que deve ser revestido os préstimos jurisdicionais, só mesmo a sensibilidade do magistrado pode sopesar devidamente a relação entre inadimplemento, excludentes obrigacionais e dignidade da pessoa do devedor. O dever jurídico relaciona-se não necessariamente no cumprimento da *obligatio*, mas sim com a translúcida intenção do devedor em querer satisfazer aquilo que se obrigou.

Palavras-chave: Execução. Relativização. Excludentes. Dignidade.

ABSTRACT

The elaboration of this doctoral dissertation was motivated mainly by the bleakness of all sorts, which assault the country. The fragility of the institutions, the unemployment, and the political and economical uncertainty are some examples which lead to great turbulences and, consequently, to the most diverse fears in the society. Considering such circumstances and, with no harm of the impetuous quest for the effectiveness of the jurisdictional services, it has been defended, in observance of the isonomy principle, the necessity to be attentive with the dignity of the person of the debtor. Even though in the ambit of the executory process, there must be properly surveyed by the magistrates if the breach of contract occurs simply by unjustifiable willingness, that is, if the obligation was not fulfilled simply for not wanting to, or if the obligatory dishonor elapsed due to unmanageable circumstances which escape the human capacity. This is the major quest. It has been asserted that the constitutional principles must direct the positioning of the Judiciary, thus being, sublimate the principle of dignity of the person is an imposed measure, in harmony with the contemporaneous anthropocentric theories. Thus, the ordinary legislator is the most responsible for the protection of the Brazilian society in the last years, heartened by the instabilities, which ravage Brazil. Due to these instabilities, the denominated exculpatory of responsibility, as the unforeseeable circumstances or force majeure, in addition to the institution of the excessive onerous, must be minutely and scientifically measured by the Judiciary, when they are to be the object of the discussion. It has been defended to be impossible the exactness and certitude in an environment of uncertainties, as the one we've been living in. It has been verified to be perfectly possible, in the executory transactions, such institutions to be focused, when the breach of contract is connected to superior and irresistible circumstances, and, being consistent the evidences, the force

procedure must not prosper, standing out, fundamentally, the principle of dignity in aid of the debtor. It has also been observed that, beyond the proper instrument of defense foreseen, impugnation when the fulfillment of the sentence, and embargo of the debtor, when the execution has as objective extra judicial title, it is available for the obligated other various procedural instruments to defend himself and highlight the incidence of the excludents. At last, the present research conclude that, without the burdensome of the necessary effectiveness which must be tailored the jurisdictional services, it is only the sensibility of the magistrate that can measure and balance properly the relation between the breach of contract, the obligational excludents and the dignity of the person of the debtor. The judiciary duty relate not necessarily in the fulfillment of the *obligatio*, but so with the clear intention of the debtor in wanting to satisfy what he indebted.

Keywords: Execution. Relativization. Excludent. Dignity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
	
1	A ORIGEM DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	25
1.1	A evolução histórica da responsabilidade patrimonial	29
<i>1.1.1</i>	<i>No Direito romano</i>	29
	
<u>1.1.1.1</u>	<u>A <i>lex poetelia</i></u>	30
<u>1.1.1.2</u>	<u>A <i>infitiatio</i></u>	31
	
<u>1.1.1.3</u>	<u>A <i>pignoris capio</i></u>	31
<u>1.1.1.4</u>	<u>O período formulário</u>	32
<u>1.1.1.5</u>	<u>A <i>bonorum venditio</i></u>	33
<u>1.1.1.6</u>	<u>O <i>beneficium competentiae</i></u>	34
	
<u>1.1.1.7</u>	<u>A <i>bonorum distractio</i></u>	34
	
<u>1.1.1.8</u>	<u>Detalhes derradeiros sobre o período formulário</u>	35
<u>1.1.1.9</u>	<u>O período da <i>cognitio</i> extraordinária</u>	36
<u>1.1.1.9.1</u>	<u>O <i>pignus ex causa judicati captum</i></u>	37
<u>1.1.1.9.2</u>	<u>A execução <i>in natura</i></u>	37
<u>1.1.1.10</u>	<u>Considerações derradeiras sobre a <i>cognitio</i> extraordinária</u>	37
<i>1.1.2</i>	<i>No Direito germânico</i>	38
<u>1.1.2.1</u>	<u>A fusão do Direito germânico e do Direito romano</u>	39
<u>1.1.2.2</u>	<u>Aspectos derradeiros sobre o Direito romano-germânico</u>	40
<i>1.1.3</i>	<i>A evolução no Direito luso-brasileiro</i>	41
<i>1.1.4</i>	<i>A evolução do Direito executório brasileiro</i>	43
2	NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO	52
2.1	Generalidades	52
	
2.2	Conceito	54
2.3	Pressupostos	54
<i>2.3.1</i>	<i>Os requisitos ou pressupostos genéricos</i>	55
<i>2.3.2</i>	<i>Os requisitos ou pressupostos específicos</i>	58
2.4	Espécies de execução	60
	
<i>2.4.1</i>	<i>Execução de obrigação de entregar coisa certa e incerta</i>	60

2.4.2	<i>Execução de obrigação de fazer e não fazer</i>	62
2.4.3	<i>Execução por quantia certa em relação a devedor solvente</i>	63
2.4.4	<i>Execução contra a Fazenda Pública</i>	65
2.4.5	<i>Execução de prestação alimentícia</i>	66
2.4.6	<i>Execução por quantia certa contra devedor insolvente</i>	69
2.4.7	<i>Execução da dívida ativa da Fazenda Pública</i>	70
2.4.8	<i>Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar</i>	73
3	A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO BRASILEIRO	85
3.1	Generalidades	85
3.2	O princípio: “toda execução é real”	87
3.3	A constrição patrimonial e o devido processo legal	91
3.4	Responsabilidade patrimonial primária e secundária	94
3.4.1	<i>Responsabilidade secundária</i>	96
3.4.1.1	<u>Bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real</u>	96
3.4.1.2	<u>Bens do sócio, nos termos da lei</u>	99
3.4.1.3	<u>Bens do devedor, quando em poder de terceiros</u>	104
3.4.1.4	<u>Bens do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida</u>	106
3.4.1.5	<u>Os bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução</u>	109
3.5	A fraude contra credores	122
3.6	Semelhanças e diferenciações básicas entre os institutos da fraude contra credores e fraude de execução	127
4	OS INSTITUTOS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE	129
4.1	Síntese histórica acerca da imprevisibilidade	129
4.1.1	<i>A onerosidade excessiva no atual Código Civil</i>	130
4.1.2	<i>A teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor</i>	130

		3
4.2	O caso fortuito ou força maior	13
		6
4.2.1	<i>Breves abordagens históricas e aspectos gerais</i>	13
		6
4.2.2	<i>O caso fortuito ou a força maior</i>	13
		9
4.3	Conclusão parcial	14
		6
5	A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE	14
		9
5.1	Generalidades	14
		9
5.2	Princípio da dignidade	15
		3
5.3	Princípios da execução	15
		7
5.3.1	<i>Princípio específico maior: o título executivo (artigo 583 do CPC)</i>	15
		8
5.3.2	<i>Princípio da realização da execução em prol do interesse do credor (artigo 612 do CPC)</i>	15
		8
5.3.3	<i>Princípio da patrimonialidade ou de que toda execução é real</i>	15
	9
5.3.4	<i>Princípio da disponibilidade da execução</i>	16
		0
5.3.5	<i>Princípio da especificidade da execução</i>	16
		1
5.4	Princípio da efetividade X princípio da dignidade	16
		3
5.4.1	<i>A efetividade, questões de ordem técnica e política</i>	16
		4
6	ABORDAGENS SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO	16
		9
6.1	O Direito uruguaio	16
		9
6.2	O Direito espanhol	17
		1
6.3	O Direito norte-americano	17
		6

6.4	O Direito italiano	17
		9
6.5	O Direito português	18
		3
6.6	O Direito alemão	18
		8
6.7	Conclusão relativa ao direito estrangeiro	19
		1
7	O PROCESSO DE EXECUÇÃO, A RELATIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR PELA INCIDÊNCIA DAS EXCLUDENTES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE	19
		4
7.1	Aspectos sociológicos e a função delegada jurisdicional	19
		4
7.2	O processo de execução	19
		5
7.3	Os mecanismos executivos	19
		7
7.4	As obrigações e os instrumentos executórios, o devedor, as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade ...	20
		3
7.4.1	<i>As obrigações e os instrumentos executórios</i>	20
		3
7.4.2	<i>O devedor e as excludentes de responsabilidade</i>	20
		6
7.4.3	<i>O devedor no processo de execução e as excludentes</i>	21
		4
7.4.3.1	<u>Momento de alegação das excludentes no processo de execução</u> .	21
		7
7.4.3.2	<u>Defesas do executado</u>	22
		1
7.4.3.2.1	Impugnação do cumprimento de sentença (Lei n.º 11.232/2005) .	22
		5
7.4.3.2.2	Embargos do devedor ou à execução	22
		9
7.4.3.2.3	Mérito no processo de execução	23
		2
7.4.3.2.4	Coisa julgada material na sentença que extingue a execução	23
		8
7.4.3.2.5	Rescindibilidade da sentença que extingue a execução	24
		0

7.4.3.2.6	Ação rescisória da decisão em embargos e impugnação à execução	24	2
7.4.3.2.7	Medidas cautelares no processo de execução	24	3
7.4.3.2.8	Agravo de instrumento no processo executivo	24	5
7.4.3.2.9	Incidente de pré-executividade	24	8
<u>7.4.3.3</u>	<u>Outros meios de defesa do executado</u>	25	4
7.4.3.3.1	Ação declaratória	25	4
7.4.3.3.2	Ação anulatória	25	6
7.4.4	<i>O devedor no processo de execução, as excludentes e o princípio da dignidade</i>	25	8
8	CONCLUSÃO	26	7
	REFERÊNCIAS	27	2

INTRODUÇÃO

O legislador brasileiro outorgou à sociedade as denominadas tutelas jurisdicionais, instrumentos de defesa e de proteção de direitos disponibilizadas a todos aqueles que pretendam ver dirimidos eventuais conflitos de interesses que possam surgir.

Tais tutelas devem ser requeridas perante o Poder Judiciário, mas sem o monopólio que este sempre deteve, uma vez que, com o advento da Lei n.º 9.307/96, que disciplina a arbitragem, entendemos não ser mais correta a assertiva da exclusividade do Poder Jurisdicional. Por meio dessa forma alternativa de resolução dos litígios, as partes interessadas podem submeter a solução de suas desinteligências ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, quando existente a cláusula compromissória, firmado o compromisso arbitral (artigo 3.º da referida lei).

Ainda assim, a atividade estatal jurisdicional não deixou de ser a autêntica instituição para a promoção da tranqüilização e harmonização da sociedade. Mesmo imperfeita e carecendo urgentemente de políticas mais efetivas para o seu aperfeiçoamento, há preceito asseverando que lei alguma poderá excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de direito de quem quer que seja (artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

O Judiciário, sendo um poder outorgado pelo Estado, objetiva possibilitar a necessária segurança aos cidadãos, extremando-os dos arbítrios e concedendo o direito ao devido processo legal (*due process of law*) a todos que se sentirem ameaçados na sua liberdade ou na posse e propriedade de seus bens, mandamento este também previsto na Constituição Federal brasileira (artigo 5.º, inciso LIV).

As tutelas jurisdicionais são instrumentalizadas pelas codificações processuais e, sendo assim, após a outorga das decisões que fazem emergir as

certezas obtidas no processo cognitivo (artigo 475-N, CPC), seja quando estiver o cidadão na posse de título extrajudicial (artigo 585, CPC), deve servir-se ele do Processo Executivo, mecânica que possibilita a todo credor a utilização do processo de força para ver satisfeitos os seus direitos.

O efeito do título executivo, que ocorre pela dinamização processual expropriatória própria, é compelir o devedor ao adimplemento, sob pena do comprometimento de seu patrimônio. Essa é a estrutura do Processo de Execução que, apesar de todos os problemas que vem apresentando em termos de efetividade, há alguns anos, possibilita aos credores, por vezes tardiamente, é verdade, o recebimento de seus créditos, mesmo alternativa (no caso da adjudicação) ou indiretamente (pela hasta pública – praça ou leilão).

De outro ângulo, é importante salientar que nem todo patrimônio do inadimplente é suscetível de comprometimento ou constrição judicial. O artigo 591 do Código de Processo Civil preconiza 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 dispositivo supratranscrito estabelece um mandamento bastante compreensível, mas também absolutamente genérico criado com base na codificação italiana que prevê: “*il debitore risponde dell’ adimpimento delle obbligazioni com tutti i suoi beni presenti e futuri*” (artigo 2.740).

O que podemos entender por bens presentes? Seriam todos aqueles existentes e passíveis de indisponibilização quando adquiridos a partir da contração da dívida não saldada? Ou aqueles existentes a partir da propositura de ação judicial ou que forem encontrados após o procedimento citatório? Várias questões depreendem-se daí, que deverão ser analisadas neste trabalho.

O Processo de Execução, previsto no Livro II do Código Processual Civil, artigo 566 e seguintes, bem como as providências de conteúdo executivo contempladas nos artigos 475-I e seguintes do mesmo Código, têm exatamente essa índole, ou seja, conclamar o devedor ao cumprimento da obrigação até

então inadimplida, sob pena da aplicação das medidas previstas segundo o tipo obrigacional em discussão. Evidentemente que o contraditório e decorrente direito de defesa carecem ser observados também nas Execuções, certo é que suavizado, mitigado, mas sempre facultado ao devedor-executado, observando-se o artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal.

O Processo Executivo, tendo como escopo levar o credor a mais plena satisfação, compele o devedor a cumprir com a sua obrigação, seja ela de pagar quantia, dar (coisa certa ou incerta), fazer (fungível ou infungível) ou não fazer. O chamamento do executado em juízo, nas execuções contra devedor solvente por quantia certa, por exemplo, concede poucas alternativas para o executado: pagar o valor exequendo com os acrescidos legais (com a inclusão da multa de 10%, na hipótese do artigo 475-J), ou ter o patrimônio penhorável constricto, conforme a legislação.

O direito de defesa há que ser exercido pelo devedor por meio dos embargos, e em decorrência do novo texto do artigo 736, não mais há razão de ser a anômala Exceção de Pré-Executividade, ou Objeção de não-Executividade, também conhecida por alguns por Exceção de Executividade, mecanismo de defesa conferido aos executados, sem que seja necessário garantir-se o juízo, mas em casos predeterminados e excepcionais.

Como se observa, o Processo de Execução surge na legislação brasileira como um instrumento conferido ao credor para viabilizar o recebimento de créditos, sem se questionar, comumente, se o devedor não cumpriu o encargo porque não quis ou porque não pôde. Tal impossibilidade que se ventila é a que se verifica no instante do vencimento, o que poderíamos chamar de inadimplência superveniente, que necessitaria ser mais bem sopesada quando das discussões forenses executórias.

Não é a pretensão desta pesquisa procurar mais razões protetivas à pessoa do devedor, no entanto, é de se reconhecer que o elemento subjetivo relativo ao eventual não pagamento precisaria efetivamente ser mais sutilmente avaliado na

atitude do executado. Uma aferição meticulosa e científica do inadimplemento (a real intenção do executado) se faz imprescindível: se decorrente de acontecimento extraordinário e imprevisível (artigo 478, CC), ou de circunstâncias fortuitas e de força maior (artigo 393, e seu parágrafo único, CC).

As obrigações são inadimplidas por inúmeras razões, principalmente quando as imprevisões do cotidiano passam a ser uma constante. O devedor não deixa de honrar obrigações porque pura e simplesmente não deseja honrá-las. Por vezes deve ser reconhecido que ao devedor não é possível efetivamente cumprir o pactuado, circunstância essa que poderíamos chamar de inexecução ou inadimplemento lícito e que precisaria ser relevada. O equilíbrio das relações jurídicas sustenta-se exatamente no princípio da imprevisibilidade, consequência natural lógico-jurídica das relações negociais.

Verificando-se a inexecução de uma determinada obrigação, após a instauração do Processo Executivo e a correspondente adução da defesa do executado, conveniente seria que a legislação brasileira previsse um tipo procedimental específico de estudos mais pormenorizados. Se assim o fosse, seria possível ser aferido os antecedentes lógicos do justificado inadimplemento, até mesmo sob a égide pericial da interdisciplinaridade em determinados casos, que poderia culminar, eventualmente, na conclusão de relevância e plausibilidade das razões da inadimplência. Daí concluir-se, considerando as intempéries das circunstâncias fáticas e os contingenciamentos das pessoas envolvidas nas relações, que a judicatura nacional passe a relevar, cada vez mais tais situações, possibilitando, assim, a prolação de julgamentos mais consonantes com a realidade do convívio social e, em decorrência, mais justos.

Portanto, não é razoável que se proceda ao estudo do processo de execução, responsabilidade patrimonial e excludentes, como se propõe este trabalho, sem a ótica da causa e efeito e das razões que efetivamente levam o devedor ao inadimplemento. Tais circunstâncias devem ser analisadas pelo julgador segundo critérios analíticos e interpretativos mais amplos, além do

experimentalismo de circunstâncias análogas. Seguindo-se a racionalização do debate executivo, fundamental que o magistrado determinasse ou deferisse, entendendo necessária, a produção de comprovações periciais, que somada às ponderações dialéticas, decidisse o mais plenamente convicto acerca da relação jurídico-processual em discussão.

execução (artigo 592, CPC) e os bens integrantes do patrimônio do fiador (artigo 595, CPC). Poderão ainda ser constrictos, além do espólio, os bens já partilhados (artigo 597, CPC).

Há uma grande preocupação da legislação brasileira com a pessoa do devedor, que procura evitar sacrifícios exacerbados ou que possam comprometer a sua dignidade e de seus familiares. Não são poucos os preceitos que informam tais garantias, conotando um direcionamento humanista do legislador, possibilitando aos magistrados, além da orientação objetiva do debate e a literalidade dos preceitos, procederem a análises subjetivas das circunstâncias acerca da inadimplência, reitera-se, servindo-se, se necessário for, de laudos e eventuais pareceres guiados, obviamente, pela equidade e boa-fé.

Observam-se, por vezes, posicionamentos contrapostos do Poder Judiciário sobre a penhorabilidade, ora admitindo-se, ora não, a constrição de determinado bem integrante do patrimônio do devedor, relevando-se os fatos suscitados pelas partes em conformidade com a utilização do bem. As legislações firmam-se na política de preservação da dignidade do executado, listando taxativamente o que é passível de penhora ou não. Entretanto, não concedem muitos subsídios direcionadores quando os fatos mostram que o inadimplemento decorreu de inevitabilidade ou irresistibilidade.

Por outro lado, há princípios e preceitos próprios que autorizam o magistrado sublimar a justificativa do devedor que o não pagamento da obrigação se deu em consequência da imprevisibilidade ou de circunstâncias insólitas que impossibilitam plenamente o cumprimento do avençado, o que denominaríamos de inadimplemento lícito superveniente, que poderia culminar nas excludentes de força maior e/ou caso fortuito.

Também no Processo de Execução, com a vertente cognitiva que lhe é peculiar, o magistrado deve ater-se à *ratio essendi* do eventual não adimplemento. Reitera-se que não só há proteção à pessoa do devedor-executado, eximindo-o da constrição patrimonial, mas principalmente

reconhecendo-se a imprevisibilidade, devidamente comprovada, como causa justificável do não-adimplemento obrigacional.

A assunção de uma obrigação leva, indubitavelmente, a um tolhimento da liberdade de todo aquele que a contrai, e isso precisa ficar claro. O devedor, a partir da formalização documental, vê-se preso ao compromisso, não mais lhe restando opções a não ser o adimplemento específico e em tempo certo. Entretanto, dada as incertezas e instabilidades que possam surgir, tais circunstâncias, bem aferidas e devidamente sopesadas, devem influir direta e decisivamente nas conseqüências do não-adimplemento.

O que ora se pretende trabalhar, além do estudo processual da responsabilidade patrimonial primária e secundária e suas relativizações, são os institutos excludentes das responsabilidades, onerosidade excessiva, caso fortuito e/ou força maior, considerando as instabilidades de ordem política e econômica que assolam o país e que repercutem irresistivelmente, direta ou indiretamente, na pessoa do devedor-executado.

Este trabalho é composto de sete capítulos. O primeiro, denominado “A origem do instituto da responsabilidade patrimonial”, relaciona-se com alguns pensadores e algumas teorias, que explicarão a formação do Estado e a origem do patrimônio (itens 1.1 ao 1.1.2.2), evoluindo-se com o Direito Romano (item 1.1.1 ao 1.1.1.10). Algumas curiosidades processuais serão aventadas sobre o Direito Germânico (item 1.1.2), analisando-se a fusão desses Direitos (itens 1.1.2.1 ao 1.1.2.2). See.oi

tratando das espécies de execução prevista na legislação brasileira, item 2.4 e respectivos subitens (do item 2.4.1 ao 2.4.8).

Já o capítulo 3, “A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro”, direcionará a pesquisa para o nosso âmbito. Cuidará o item 3.1 acerca das generalidades da responsabilidade patrimonial, esclarecendo a necessidade da criação de normas pelo Estado, infra-estruturando grupos sociais, prevenindo e reprimindo posturas. Explicará a coercitividade do processo de execução e os seus limites, o comprometimento patrimonial do devedor, esclarecerá as dificuldades existentes quanto à efetividade da execução, considerando a existência de regras absolutamente protecionistas ao obrigado, como os artigos 620, 649, 650, além da Lei n.º 8.009/80, e de outras.

O item 3.2 versará sobre o princípio de que “Toda execução é real”, e o seguinte, item 3.3, fará um paralelo entre “A constrição patrimonial e o princípio do devido processo legal”.

A responsabilidade primária e secundária será estudada no item 3.4, em que se comentarão todos os incisos do artigo 592 do Código de Processo Civil.

O item 3.5 fará sumária abordagem sobre a fraude contra credores e, no seguinte, 3.6, alinhará semelhanças e diferenciações entre os institutos da fraude contra credores e fraude à execução.

O capítulo 4 versará sobre “Os institutos excludentes da responsabilidade”, em que se fará uma breve análise histórica do instituto da imprevisibilidade no item 4.1, incluído no Código Civil em 2002, artigo 478, com a denominação de “Onerosidade excessiva” (item 4.1.1), além de analisar a “Teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor” (item 4.1.2). As excludentes caso fortuito ou força maior serão abordadas no item 4.2, em que se darão contornos históricos, genéricos e específicos ao instituto no item 4.2.1. e 4.2.2, concluindo-se parcialmente o capítulo no item 4.3.

O capítulo 5, intitulado “Efetividade da execução à luz do princípio da dignidade”, trará abordagens genéricas no item 5.1. O princípio da dignidade

será especificamente estudado no item 5.2, e o 5.3 tratará especificamente dos “Princípios da execução”, fazendo-se um paralelo no item 5.4, relativamente ao “Princípio da efetividade e o princípio da dignidade”. O capítulo 5 terá desfecho nos comentários sobre a efetividade, “Questões de ordem técnica e política” (item 5.4.1), expondo-se um breve panorama sobre a carência de políticas efetivas ao aperfeiçoamento do Poder Judiciário.

O capítulo 6 receberá denominação de “Abordagens sobre o direito estrangeiro”, em que se pesquisará algumas nuances do processo executório. O item 6.1 tratará das características executórias do Direito Uruguaio. Alguns aspectos do Direito Espanhol poderão ser encontrados no item 6.2, bem como do Norte-americano no 6.3. O Direito Italiano será comentado no item 6.4, o português no 6.5, o Direito Alemão no item 6.6, fechando-se o capítulo com a conclusão parcial acerca do direito alienígena no item 6.7.

O capítulo 7 será titulado de “O Processo de Execução, a Relativização da Responsabilidade do Devedor pela Incidência das Excludentes e o Princípio da Dignidade”. No item 7.1, serão trabalhados “Os aspectos sociológicos e a função delegada jurisdicional”, que explicitarão a razão de ser deste poder delegado do Estado, que tem por objetivo a dissolução dos conflitos surgidos nos convívios sociais, por meio das tutelas jurisdicionais.

O item 7.2 analisará especificamente “O processo de execução”, bem como no 7.3 “Os mecanismos executórios”, ou seja, as medidas peculiares de cada tipo executório, visando a mais plena satisfação dos credores. No item 7.4, serão organizados estudos conjuntos, denominado “As obrigações e os instrumentos executórios, o devedor, as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade”. No 7.4.1, será estudado o tema “As obrigações e os instrumentos executórios”, seguindo-se o item 7.4.2 com a denominação de “O devedor e as excludentes de responsabilidade”. O item 7.4.3 será intitulado de “O devedor no processo de execução e as excludentes”, ramificando para o 7.4.3.1, que esclarecerá o “Momento de alegação das excludentes no processo

de execução”. O item 7.4.3.2 abarcará as formas de “Defesas do executado”, com as seguintes vertentes: o item 7.4.3.2.1 será denominado de “Impugnação do cumprimento de sentença (Lei n.º 11.232/2005)”; o 7.4.3.2.2, “Embargos do devedor ou à execução”; o item 7.4.3.2.3, “Mérito no processo de execução”, será ponderado sobre a existência ou não de questões meritórias no ambiente executório; o item seguinte, 7.4.3.2.4, tratará da “Coisa julgada material na sentença que extingue a execução”, sede de estudos sobre a existência ou não de carga meritória direta ou reflexa nos tipos executórios; a “Rescindibilidade da sentença que extingue a execução” estará prevista no item 7.4.3.2.5; no item 7.4.3.2.6 serão burilados alguns detalhes da “Ação rescisória da decisão em embargos e impugnação à execução”; os itens 7.4.3.2.7 tratarão das “Medidas cautelares no processo de execução”; nos itens 7.4.3.2.8 e no 7.4.3.2.9, poderão ser encontrados estudos sobre o “Agravo de instrumento no processo executivo” e sobre o “Incidente de pré-executividade”, respectivamente.

Ainda no capítulo 7, no item 7.4.3.3, serão trabalhados os “outros meios de defesa do executado”, esclarecendo-se que, além das especificamente previstas, há inúmeras outras formas aptas para que um determinado devedor possa aduzir as suas razões de defesa. Essas outras serão estudadas apenas na seara das “Ações declaratórias”, item 7.4.3.3.1, e as “Anulatórias”, item 7.4.3.3.2.

O capítulo 7 será concluído com a temática “O devedor no processo de execução, as excludentes e o princípio da dignidade”, previsto no item 7.4.4, em que se alinhavará idéias sobre a produção de provas com a mais pormenorizada confirmação de tais excludentes e demais providências instrutórias, até final resolução ou não da obrigação, seja nas executivas *lato sensu*, no cumprimento da sentença ou nas execuções com base em títulos extrajudiciais.

Será forçoso concluir, ao final, que o legislador constitucional de 1988 quis efetivamente outorgar toda proteção aos cidadãos, pela previsão dos direitos fundamentais, carecendo ao Poder Judiciário, assim, relevar essa

realidade em prol da justiça social, posicionando a espécie humana no centro de toda preocupação.

No derradeiro capítulo 8, que tratará das “Conclusões”, a maturação dos posicionamentos advirão e farão emergir espontaneamente as convicções. Mas, o que se sabe, desde já, é que a trilogia *Processo de Execução*, *Excludentes de Responsabilidade* e *Princípio da Dignidade* não devem e não podem ser dissociadas em instante algum.

Também se faz possível sentir que as legislações existem para serem efetivamente aplicadas, mas só mesmo a sensibilidade dos magistrados é que possibilitará analisar mais profundamente o cerne da questão em pauta, na verificação da real intenção do devedor. Se se diagnosticar que o eventual inadimplemento ocorreu por circunstâncias irresistíveis e imprevisíveis, ou, se previsíveis, intransponíveis, não há processo judicial que possa vir a comprometer a pessoa do devedor, nem mesmo o de execução, sob pena de violação ao magno princípio da dignidade.

É a que nos propomos.

1 A ORIGEM DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Realmente é temerário afirmar a exata origem do instituto da Responsabilidade Patrimonial, mas desde os primórdios, os grandes pensadores e algumas teorias procuraram explicar a formação do Estado e a origem do patrimônio. Vejamos.

Platão, abordando a questão da origem econômica do Estado, sustentou que os homens deveriam desenvolver atividades econômicas distintas para facilitar a própria sobrevivência.

Ensinava que deveria haver tecelões, agricultores, pedreiros, sapateiros, ferreiros, carpinteiros, todos produzindo economicamente e de cujos benefícios a coletividade poderia usufruir para a própria subsistência. Essas profissões econômicas deveriam estar unidas, e dessa união nasceu a cidade (Estado).¹

John Locke, o grande nome do liberalismo inglês, escrevendo sobre o surgimento do Estado sob a ótica patrimonial, sustentou que

O homem carece de algumas necessidades, como a de ter e conservar a sua propriedade, da qual deseja desfrutar em paz e em segurança. E é para proteger este bem jurídico fundamental que o homem necessitou do Estado: O *fim maior* e principal para os homens unirem-se em sociedades é, portanto, a conservação de sua propriedade.²

Mais recentemente, Friedrich Engels, procurando explicar a origem econômica do Estado, esclareceu que este surgia com a finalidade de garantir a propriedade particular e assegurar a divisão entre duas classes: a dos que são e a dos que não são proprietários, e a razão de sua origem era apenas a de garantir-lhes a propriedade. Segundo o pensador, o Estado teria sido instituído pelos

1 PLATÃO. A República de Platão, p. 57-60.

2 LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo, p. 495.

proprietários, e a razão de sua origem era apenas a de assegurar-lhes a propriedade.³

Defendia o citado ideólogo que a acumulação cada vez maior das riquezas perpetuaria não só a divisão da sociedade em classes, mas também o direito da classe possuidora de explorar a não possuidora e o conseqüente domínio daquela sobre esta.

Dentre vários ícones da história, Thomas Hobbes talvez foi o que mais ardorosamente defendeu a Teoria da Força.⁴ Para este, que explica a origem violenta do Estado, o homem vivia no início em estado de natureza, inexistindo qualquer convenção para regradar condutas, nada lhe impondo o dever de respeito a seu semelhante.

Havia entre os homens igualdade natural e a todos era permitido fazer o que bem desejassem, culminando no estabelecimento do mais forte sobre o mais fraco.

Por essa teoria, adquiria-se a propriedade pela força e, por essa truculência é que se mantinha o domínio. Alguns outros grandes defensores dessa teoria foram Franz Oppenheimer, Ludwig Glumpowicz, Trotsky, além de Max Weber.⁵

Como se detecta, a evolução histórica da Responsabilidade Patrimonial passa pelas teorias que procuraram explicar a formação estatal e as formas de aquisição da propriedade que, sob a perspectiva cronológica, deu-se seqüência às seguintes fases: o Estado Antigo, o Estado Grego, o Medieval e o Romano, além do Estado Moderno.

O Estado Antigo ou Estado Teocrático, de cunho essencialmente religioso, remonta há cerca de três mil anos da Era Cristã. Teve sua formação na região da Baixa Mesopotâmia, às margens dos rios Tigre e Eufrates.

3 ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado, p. 119-120.

4 HOBBS, Thomas. Do cidadão, p. 32.

5 FACHIN, Zulmar. Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional, p. 24.

Caracterizou-se principalmente pela religiosidade exacerbada e concentração de poder; a formação e manutenção do Estado se davam pela força das armas; a instabilidade territorial, ou seja, a base territorial do Estado não era bem definida – aumentava ou diminuía em conformidade com as conquistas ou derrotas; não eram Estados nacionais, mas agrupamentos de pessoas que reuniam diferentes raças conquistadas e escravizadas; diferença de classe: os nobres, os chefes militares e os sacerdotes de culto nacional gozavam de regalias, enquanto os parias e os escravos viviam à margem da lei; não havia muita precisão acerca das idéias sobre a família, o Estado, a religião e organização industrial.⁶

No Estado Grego, berço da filosofia mundial, destacaram-se os mais notáveis pensadores de todos os tempos como Platão, Aristóteles, entre vários outros de não menos importância.

Em algumas cidades gregas, praticava-se a democracia em praças públicas, com discussões sobre os problemas das comunidades, apesar da monarquia patriarcal com sustentação na aristocracia que vigorava. Com o passar do tempo, a sistemática de governo passou a ser uma república direta, mas ainda com sustentação na aristocracia.

O Estado Grego era o Estado-cidade, a pólis, onde não mais se confundiam a religião e o Estado.⁷ No Estado Grego nasceu a Filosofia, e Roma foi o esplendor do Direito. As Instituições jurídicas aí nascidas influenciaram o ordenamento de inúmeros países, inclusive o Brasil.

A história evidencia o desejo expansionista dos romanos, caracterizado pela conquista de novos territórios, fazendo com que os povos dominados incorporassem a sua cultura jurídica. A tendência expansionista como característica romana, assim como a integração jurídica, levou às primeiras noções do direito de propriedade.

6 MALUF, Sahid. Teoria geral do estado, p. 93-94.

7 MALUF, Sahid. *Op. cit.*, p. 98.

O Direito protegia o cidadão romano e este se sentia seguro pela existência das normas, proporcionando a tranquilização social. No entanto, apenas os cidadãos romanos tinham o direito de participar e decidir.⁸

O Estado Moderno foi caracterizado pela passagem das monarquias medievais às monarquias absolutistas, onde a fonte do poder era considerada divina e tal poder era recebido pelo monarca diretamente de Deus, portando-se como verdadeiro proprietário de seu reino: “Assim como a propriedade é direito exclusivo do dono sobre a coisa, o poder de *imperium* é direito absoluto do rei sobre o Estado”.⁹

Foi John Locke talvez um dos maiores opositores do absolutismo, sustentando ser essa forma de governar contrária à natureza humana. Preconizava Locke que o poder estatal deveria ser distribuído entre vários órgãos, cada qual encarregado de uma tarefa específica. Um órgão deveria legislar, outro executar as leis e outro solucionar os litígios. Essa forma de pensar conduzia à divisão de poderes, deixando o monarca de concentrar todo o poder estatal em suas mãos.

Com essa maneira de pensar, John Locke constituiu-se num dos mais notáveis ideólogos da doutrina da separação dos poderes.¹⁰

Surgiram outros pensadores também liberais após Locke, como Rousseau e Montesquieu.

Contudo, a grande sedimentação do liberalismo dos Estados se deu mesmo a partir das revoluções americana, francesa e inglesa, um marco definidor da proteção jurídica às sociedades e respeito às pessoas.¹¹

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado, p. 66.

9 MALUF, Sahid. *Op. cit.*, p. 120.

10 LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 502-528.

11 AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do estado, p. 27.

sem que houvesse o pagamento da obrigação, o devedor se tornava escravo do credor – *addictio* -, que podia vendê-lo e matá-lo, fora das fronteiras de Roma.

Se houvesse mais de um credor, como forma de relativa satisfação destes, após a morte do devedor, o seu corpo era esquartejado e os pedaços distribuídos entre todos os credores não satisfeitos. Segundo Humberto Cuenca,¹⁴ somente após a morte do devedor é que os credores se apossavam de todos os seus bens. Esse mesmo autor, procurando justificar a razão de ser de um procedimento tão cruel entre os romanos, explica que esse povo não c

O que é certo é que a *Lex Poetelia* expressou o término, a decadência da execução pessoal, permitindo a abertura das fronteiras para o comprometimento patrimonial e preservação da espécie humana, dos seus valores mais sublimes.

1.1.1.2 A infitiatio

Há que se esclarecer que, no procedimento das Ações da Lei, havia duas fases, a *in jure* e *apud judicem*. A primeira fase se realizava perante o pretor; a segunda, perante os árbitros privados.

A partir da divulgação da prisão do devedor e durante os 60 dias de exposição pública autorizada, poderia sensibilizar-se um terceiro (denominado *vindex* – um verdadeiro garantidor do débito) e pagar a dívida. Poderia ainda, esse terceiro, requerer ao magistrado a *infitiatio*, comprometendo-se para com a dívida, mas requerendo um outro julgamento com base na inconsistência da sentença face dos fatos, questões de nulidade ou outros meios extintivos da obrigação.

O pleito era submetido à análise, e se fosse procedente, tanto o devedor como o *vindex* eram absolvidos. Se porventura fosse improcedente o requerimento, o requerente-garantidor era condenado a pagar o dobro da condenação inicial, podendo contra ele propor o credor a nova *manus injectio*, intervindo o novo *vindex*.¹⁶⁻¹⁷

1.1.1.3 A pignoris capio

16 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à execução, p. 7.

17 CUENCA, Humberto. *Op. cit.*, p. 47.

Essa forma de execução foi a primeira a incidir sobre o patrimônio do devedor, segundo o Direito Romano. Originária dos costumes militares, procedimento este também previsto na Lei das XII Tábuas e que tinha por escopo assegurar o cumprimento de certas obrigações públicas ou religiosas, legais ou consuetudinárias.

Realizava-se pela apreensão de certo bem pelo credor da obrigação, sem a chancela de um magistrado, para forçar o devedor a honrar o seu débito, facultando-se ao credor destruir o objeto apreendido, se não houvesse o pagamento.¹⁸⁻¹⁹

1.1.1.4 O período formulário

O processo formulário corresponde ao período clássico do Direito Romano, iniciando-se com a *Lex Aebutia*, provavelmente editada em 49 a.C.,

As medidas coativas como a *manus injectio*, nesse período, só eram possíveis em caso de omissão do réu ou se este comparecesse para confessar o débito, inadimplindo-o.

1.1.1.5 A bonorum venditio

Essa modalidade executória surgiu em torno do ano 118 a.C.,²² criação pretoriana, manejável inicialmente em relação ao réu não localizado, e ulteriormente, com abrangência ao devedor confesso e ao indefeso.

A *bonorum venditio* era uma execução universal e coletiva, instaurada em benefício de todos os credores do devedor, embora decorrente da falta de pagamento de uma só dívida.

O procedimento iniciava-se autorizando o juiz à arrecadação de todos os bens do devedor, permanecendo dentro de determinado lapso temporal na guarda do credor, esperando este o pagamento espontâneo do crédito do exeqüente.²³⁻²⁴

Seqüencialmente, os bens constrictos eram levados à hasta pública, podendo ser eventualmente arrematados por aquele que ofertasse aos credores um percentual maior.

Adquiridos os bens em hasta, o novo proprietário (denominado de *bonorum emptor*) pagava a cada um dos credores, segundo a ordem de preferência. Esta se dava da seguinte maneira: créditos privilegiados (gastos de enterro e funeral, dívidas contraídas com o Estado por impostos e contribuições, créditos do tutelado ou do menor sobre os bens do tutor ou curador, da mulher

22 ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 309.

23 CUENCA, Humberto. *Op. cit.*, p. 115.

24 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 21.

pelo dote sobre os bens do marido); créditos pignoratícios, hipotecários e créditos ordinários.²⁵

O réu continuava devedor pelo saldo dos créditos eventualmente não liquidado pelo *bonorum emptor*. Se viesse a adquirir novos bens, poderia sofrer por esse saldo nova constrição, outra *bonorum venditio*.²⁶

1.1.1.6 O *beneficium competentiae*

Determinadas pessoas, por apreço ou por conta de considerações especialíssimas pelo que representavam nessas sociedades, podiam retardar ou mesmo inadimplir as suas obrigações sem qualquer consequência legal (*quantum facere potest*).

Reservavam alguns determinados bens suficientes para viver – algo semelhante ao bem de família, previsto no Código Civil brasileiro, artigos 1711/1722, só que denominado “benefício de competência”. Era o início do pensamento de que o devedor não poderia ser despojado de todos os seus bens para satisfação do credor, por questões humanitárias e de dignidade.

Enfim, o instituto em análise autorizava a subtração de determinados bens da execução, em circunstâncias especiais, como roupas, móveis e instrumentos de trabalho.²⁷⁻²⁸

1.1.1.7 A *bonorum distractio*

25 SCIALOJA, Vitório. *Op. cit.*, p. 117.

26 ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 312.

27 CUENCA, Humberto. *Op. cit.*, p. 117.

28 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 23.

Esse instituto surgiu por iniciativa do Senado Romano, no início do Império, que possibilitou um privilégio aos senadores. A *bonorum* autorizava a venda em hasta pública, apenas de bens suficientes para pagar os credores, ao invés da venda do patrimônio integral do devedor.

Vagarosamente o instituto foi deixando de constituir um privilégio das autoridades do Senado, tornando-se um procedimento executório comum.²⁹

1.1.1.8 Detalhes derradeiros sobre o período formulário

Nesse período clássico da história, coexistiu a execução pessoal, que tinha base legal, e a execução patrimonial, de criação pretoriana. A execução patrimonial caracterizou-se como uma execução universal e coletiva, uma vez que arrecadava todos os bens do devedor e era promovida em benefício de todos os seus credores.

Mesmo que o inadimplemento originasse de um único crédito, a *Bonorum Venditio* e a *Bonorum Distractio* continuaram a ser promovidas em prol de todos os credores.

Curioso era que, nesse período clássico, não se permitia a condenação *in natura*, nem em obrigação de fazer. A condenação era sempre em pecúnia, o equivalente ao proveito que faria *jus* o credor com a entrega da coisa ou a execução da obra.³⁰⁻³¹

29 SCIALOJA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 296.

30 CUENCA, Humberto. *Op. cit.*, p. 110.

31 João Galvão da Silva considera que essa proibição parece ter sido a indulgente reação ao feroz e desumano processo anterior de execução pessoal e aponta várias medidas adotadas pelo direito pretoriano para corrigir o que considera uma imperfeição do sistema, a saber: 1) o agravamento no dobro, no triplo, no quádruplo, da condenação pecuniária, para tornar mais vantajoso o cumprimento *in natura*; 2) a infâmia (*capitis deminutio*), que privava o devedor dos direitos de voto, de acesso a funções públicas, de falar em juízo ou de intentar ações populares, de contrair matrimônio com pessoa de família elevada, que somente podia ser evitada pela *bonorum cessio* ou pela bem sucedida *bonorum distractio*; 3) o poder de oficiosamente aplicar àquele que desobedecesse à ordem judicial uma multa, pena adequada à desobediência, que representava um desprezo pelo magistrado; 4) a criação de ações arbitrárias e cláusulas arbitrárias, em que se pedia o cumprimento de

1.1.1.9 O período da *cognitio* extraordinária

O período da *cognitio* extraordinária foi datado entre 305 e 565 d.C., caracterizado por consideráveis modificações na estrutura do processo romano, como o término da divisão *in jure e apud judicem*, estatizando-se a jurisdição nas mãos dos magistrados.

Passou-se a exigir mais respeito às leis romanas por parte dos povos conquistados pelo Império, e a execução, decorrentemente, passou a ser uma atividade privativa desses juízes.

Aperfeiçoava-se o processo expropriatório, sendo a *bonorum venditio* vagarosamente substituída pela *bonorum distractio*, deixando-se de comprometer a totalidade de bens do devedor, indisponibilizando-se apenas o suficiente para pagamento aos credores.

A *actio judicati* sobreviveu com várias modificações, como a concessão de prazo maior para pagamento e sem o risco da condenação em dobro, além da exigência da prestação de caução para a propositura da *infinitio*. A prisão do devedor limitou-se ao insolvente e ao inadimplente de débitos fiscais, passando a ser cumprida em cárcere público.³²

A *bonorum venditio* modificou-se substancialmente, para subordinar todos os atos executórios à intervenção do juiz. Estenderam-se os prazos para habilitação dos credores, os bens deixaram de ser vendidos em bloco, passando-se à venda de um a um pelo *curator bonorum*, sob o comando do juiz.

Surgiram, nessa época, duas importantes inovações procedimentais: o *pignus ex causa judicati captum* e a execução específica para entrega de coisa.

prestação específica, condicionada a sua conversão em condenação pecuniária à recusa do devedor de cumprimento específico; 5) o juramento *in litem*, pelo qual o credor fixava a pena que o devedor deveria sofrer em caso de desobediência ao magistrado. (Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, p. 210-211).
32 SCIALOJA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 415.

1.1.1.9.1 O *pignus ex causa iudicati captum*

O presente instituto originou a contemporânea execução singular, que consistia na apreensão apenas dos bens do devedor suficientes para saldar a dívida. A apreensão e indisponibilização respeitavam uma ordem de gradação dos bens, primeiro os móveis como os escravos e o dinheiro, segundo os imóveis e os créditos (*iura*).³³⁻³⁴

O devedor tinha um prazo de dois meses para honrar o seu débito. Decorrido tal prazo, o patrimônio apreendido e constricto era alienado pelos *apparitores*, auxiliares do juiz.

1.1.1.9.2 A execução *in natura*

Era um procedimento caracterizado pela determinação do magistrado, que os seus subordinados (*manu ministrorum, manu militari*) apreendessem diretamente e mediante força a coisa determinada devida, entregando-a ao credor, quando se tratasse de ação real.

Pode-se dizer que foi a primeira execução específica no Direito Romano, continuando a desconhecer a execução específica de obrigações de fazer ou de não fazer.³⁵

1.1.1.10 Considerações derradeiras sobre a *cognitio* extraordinária

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, p. 47.

34 LUCON, Paulo Enrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 24.

35 DA SILVA, João. *Op. cit.*, p. 212.

No direito justinianeu, já no século VI d.C., a *bonorum distractio* passava a ser a execução comum. A *bonorum venditio* tornou-se excepcional, restrita às execuções verdadeiramente coletivas.

A *pignus ex causa iudicati captum* possibilitou ao credor, com maior facilidade, a satisfação do seu crédito sem a necessidade de constrição de todos os bens do devedor.

Lentamente desaparecia o mito da execução pecuniária exclusiva, surgindo a primeira espécie de execução *in natura*.

Não estava mais o devedor sujeito à punição corporal, mas também não podia protelar indefinidamente a satisfação do credor, impugnando reiteradamente o crédito. O magistrado podia exigir caução do devedor e indeferir a *infinatio* se a entendesse infundada.

Pouco a pouco o magistrado foi encontrando o ponto de equilíbrio entre os interesses do devedor e credor.³⁶

1.1.2 No Direito germânico

Logo após a queda do Império Romano, século V d.C., os germânicos difundiram a sua estrutura legislativa por toda a Europa (Direito intermediário).

Segundo o direito germânico, cada indivíduo tinha que defender os seus direitos, pois inexistia autoridade pública, como no Império Romano, para a defesa dos direitos individuais. A falta de um poder público estruturado e eficiente fragilizava as relações negociais. Se o devedor não pagasse o débito, por exemplo, o credor tinha o direito de penhorar-lhe diretamente os bens (penhora privada), independentemente de qualquer prévia autorização judicial.

36 GRECO, Leonardo. O processo de execução, p. 25-26.

Para a pretensão executória, bastava a simples afirmação do credor da existência do crédito, sem a necessidade de sentença anterior ou documento.

Vagarosamente passou-se a exigir permissão prévia para a penhora privada, sem que o magistrado adentrasse à questão meritória, apenas autorizava a constrição em razão da mera assertiva por parte do credor.³⁷

Não era conferida, ao suposto responsável pelo débito, a possibilidade de controverter ou ofertar previamente quaisquer provas da inexistência do crédito. Somente após a penhora, facultava-se ao devedor impugnar a obrigação cobrada.³⁸

O inadimplemento da obrigação era considerado ofensivo à pessoa do credor, que podia fazer uso da força, independentemente de qualquer autorização, sendo-lhe permitido escolher entre a execução corporal ou patrimonial.

Existiam os contratos, e neles podiam ser inseridas cláusulas executivas, pressionando o devedor a submeter-se à execução pelas assembleias populares. Conseguindo o devedor provas da improcedência do pleito, seria o exequente condenado a pagar-lhe a quantia indevidamente exigida ou mais.³⁹⁻⁴⁰

1.1.2.1 A fusão do Direito germânico e do Direito romano

O Direito Romano não desapareceu com a queda do Império.⁴¹⁻⁴²

Sobreviveu perante a igreja e nas regiões dominadas pelos bárbaros, como Veneza, Roma, Nápoles e Sicília.

37 REIS, José Alberto dos. Processo de execução, p. 72-73.

38 LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução, p. 11.

39 LIEMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 10-11.

40 DINAMARCO, Rangel Cândido. *Op. cit.*, p. 52.

41 DINAMARCO, Rangel Cândido. *Op. cit.*, p. 53-54.

42 DINAMARCO, Rangel Cândido. *Op. cit.*, p. 54.

Os invasores bárbaros foram os primeiros a adotar o princípio da personalidade do direito, ou seja, entre eles vigorava o Direito Germânico e os povos vencidos continuaram a aplicar o Direito Romano.⁴³

A fusão romano-germânica não levou à fusão dos dois direitos, como era de se esperar.

Nas comunas, o crescimento da autoridade relativizou as sanções corporais, substituindo o cárcere privado pelo cárcere público, às expensas do devedor. Nas lides contenciosas, passou a ter a mesma competência funcional o juiz do processo de conhecimento e da execução.⁴⁴

Com o fortalecimento da autoridade, a execução privada foi substituída pela execução coordenada e autorizada pelo magistrado – *per officium judicis*. Após a sentença, o juiz procedia *ex officio suo*.⁴⁵

Surgiu, seqüencialmente, a *executio parata*, fundamentada na cognição anterior, como no Direito Romano, não mais pela *actio judicati* (com contraditório e lentidão procedimental), mas por simples requerimento e prática de atos assecuratórios, sem prévia audiência do devedor.⁴⁶

Por meio do *non est incoandum ab executione*, condenarm-se os costumes germânicos e proclamou-se a necessidade de prévia cognição para que se instaurasse o processo executório. Tal atividade passou a fazer parte do ofício do juiz, assegurando a execução da sentença proferida por ele próprio, não carecendo de nova demanda judicial.⁴⁷

1.1.2.2 Aspectos derradeiros sobre o Direito romano-germânico

43 BUZOID, Alfredo. *Op. cit.*, p. 100.

44 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 29.

45 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 57-58.

46 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 11.

47 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p.35.

O surgimento do princípio da prioridade da penhora (*prior tempore, potior jure* – nascido de uma lei do imperador Rescesvinto, no século VII d.C.),⁴⁸ conferiu a necessária segurança aos credores, no sentido da preferência no recebimento do seu crédito em relação aos demais credores na mesma classe.

Nessa época, houve uma considerável redução da execução pessoal, deixando de ser aplicada em pessoas de destacada posição social: os velhos, pobres (*misserrimi*) e devedores de boa-fé. O atingimento pessoal executório somente continuava a ser exercido aos fraudadores insolventes, aos devedores que fugiam ou àqueles que escondiam bens para subtraí-los à execução.⁴⁹

Os glosadores dos séculos XII e XV é que começaram a distinguir as obrigações específicas, de dar e de fazer, absolutamente ignorada no Direito Romano.

No início do século XIV, Bártolo formulou preceito de que as obrigações de dar poderiam ser exigidas na forma específica, enquanto as de fazer se converteriam em perdas e danos – *quando est in obligatione rem dari, quis proecise compellitur; in obligationibus autem facti, quis nom proecise compellitur, sid liberatur solvendo interesse.*⁵⁰

1.1.3 A evolução no Direito luso-brasileiro

Nos primórdios da monarquia portuguesa, existiam duas formas de execução: uma patrimonial e outra pessoal. A primeira, promovida em relação ao devedor solvente; a segunda, efetivada por autoridade privada do credor, reduzindo-se o obrigado à escravidão.

48 BUZAID, Alfredo. *Op. cit.*, p. 99.

49 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 61.

50 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 32.

Tal regra se originou do *Fuero Real* do Rei Afonso IX, e representou um retrocesso em relação ao direito da época.⁵¹

Nas Ordenações Afonsinas, de 1446, o processo de execução era exercido pelo Estado, com base em sentença. Proferida a decisão, o devedor podia ser preso em cárcere público. Vigorava o princípio *prior tempore potior jure*.⁵²

Nas Ordenações Manoelinas, de 1521, também administrada pelo Estado, *ex officio judicis*, surge a ação de assinação de dez dias, ação cognitiva sumária, apenas destinada a determinados créditos.⁵³

Já nas Ordenações Filipinas, de 1602, o processo ordinário de execução era o do ofício do juiz, aplicável às sentenças. O processo sumário era o da *actio judicati*, conhecido por assinação de dez dias, aplicável a dívidas contraídas mediante escritura pública, alvarás particulares de pessoas privilegiadas e dotes.⁵⁴

A denominada assinação de dez dias tinha um procedimento parecido com a nossa ação monitória, o réu era citado para, em dez dias, pagar, comprovar que o fez ou ofertar embargos.

Recebido os embargos, a discussão prosseguiria sob o rito ordinário. A sentença proferida ao final poderia ser alvejada pelo recurso de apelação, que não tinha o caráter suspensivo.

O magistrado de primeira instância era o detentor da competência para a execução da sentença e a competência territorial era a do foro do domicílio do executado, salvo os casos excepcionais previstos.⁵⁵⁻⁵⁶

51 BUZAID, Alfredo. *Op. cit.*, p. 108.

52 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 65.

53 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 66.

54 REIS, José Alberto dos. *Op. cit.*, p. 77.

55 SOUZA E PEREIRA. Primeiras linhas sobre o processo civil, p. 17-22.

56 Houve leis, inclusive no Império do Brasil, determinando o juiz competente para a execução em função do tipo de comarca e do valor da causa, o que mostra que no regime das Ordenações não existia a prorrogação legal da competência do juiz da ação para a execução. Veja-se, por exemplo, o Decreto n.º 4.824 de 1871. (BATISTA, Paula. Compendio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica, p. 266).

Talvez um dos aspectos mais interessantes do processo executório das Ordenações Filipinas era que o procedimento deveria ter começo, meio e fim em três meses.⁵⁷

Como previsto na atual legislação brasileira, artigo 737 do Código

O advento da codificação processual brasileira proporcionou inúmeras vantagens, uma vez que eliminou a fase cognitiva, que obrigava audiência e sentença obrigatória, até mesmo quando não houvesse contestação. Pacificou-se o entendimento no sentido de que o processo de execução não podia ser destinado ao contraditório e que nele não deveria haver audiência e nem sentença, a não ser quando houvesse discussão em sede de embargos.

Até então não havia previsão expressa de execução de obrigações de fazer e de não fazer, admitida com base na doutrina sobre o processo comum das Ordenações.

Desapareceram as coações corporais, como meios executórios autônomos, mas perduraram as sanções processuais ao descumprimento dos deveres de lealdade e de colaboração com a Justiça.⁵⁹ Facultaram-se a adjudicação de bens pelo valor da avaliação ao credor e a remição ao devedor e respectivo cônjuge, assim como aos seus descendentes e ascendentes.

Os embargos podiam ser em relação à penhora, e os de restituição, apresentados após a arrematação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

As exceções eram tantas que, apesar da regra da não-suspensividade dos embargos, todas as espécies, de nulidade, infringentes e modificativos, suspendiam o andamento da execução (artigos 577/582).

A execução de sentença (artigos 1.197/1.452) manteve a possibilidade da prisão do executado que retardasse dolosamente a execução por mais de três meses (artigo 1.204), que alienasse ou ocultasse os bens, impedindo o andamento da execução. Nesse aspecto, o Regulamento se manteve plenamente fiel às Ordenações.

A questão prescricional foi harmonizada com a doutrina, estabelecendo-se, no artigo 1.207, a prescrição de todas as execuções em 30 anos.

⁵⁹ LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil, p. 40.

Surgiram, ulteriormente, as codificações processuais estaduais, que em verdade poucas inovações trouxeram.

Nessa fase das legislações estaduais processuais, já não mais existia a prisão civil, nem como sanção pelo descumprimento do dever de lealdade, nem pela recusa de colaboração com a Justiça. Remanesceram apenas as segregações para os casos de prisão civil do depositário e outros específicos previstos não só nas regras processuais, mas também na codificação civil e comercial.

Curioso e convém mencionar que, até o ano de 1905, em conformidade com o Regulamento 737, artigo 715,⁶⁰ o advogado estava sujeito à prisão civil, caso não restituísse em três dias, após o mandado de cobrança, os autos retidos em seu poder.

O Código Processual Civil de 1939 foi a primeira legislação pátria a extirpar em definitivo a assinação de dez dias e estabelecer a ação executiva, para os títulos judiciais, e o processo de execução, destinado às sentenças condenatórias, de competência absoluta do magistrado da causa, fixada em razão da conexão de causas.⁶¹

O atual código processual, originário de 1973, foi completo e declaradamente influenciado por Liebman, elaborado por Alfredo Buzaid, um dos grandes discípulos do jurista italiano.

A codificação de 1973 tratou o processo de execução diferenciadamente, uma vez que unificou os procedimentos executórios, independentemente da natureza judicial ou extrajudicial. Procurou o atual código coibir as condutas fraudulentas e desonestas, pelos atos atentatórios à dignidade da justiça, além de ter reduzido o rol dos títulos extrajudiciais.

A busca da celeridade e efetividade das tramitações e dos préstimos jurisdicionais fez com que um grupo de juristas, coordenados por Sálvio de

60 GUSMÃO, Helvécio de. Código de processo civil e commercial para o districto federal, p. 689.

61 MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, p. 108.

Figueiredo Teixeira, elaborasse vários projetos que posteriormente se tornaram leis, e que deram a sua contribuição à processualística pátria.

É de se louvar o esforço do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e seu grupo, ligados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, mas não nos pareceram suficientes as reformas até então havidas, como o advento das Leis 10.352 e 10.358, ambas de 2001, a 10.444/2002, as 11.187 e 11.232 de 2005, e as Leis 11.280, 11.276, 11.277 e 11.382, de 2006.

As derradeiras reformas legislativas apresentaram aspectos positivos e negativos. Quanto aos positivos, foi decisiva a preocupação do legislador com a celerização das tramitações executórias, no que se refere aos títulos judiciais.

Fala-se agora em cumprimento da sentença (Livro I, Título VIII, e Capítulo X, Do Cumprimento da Sentença), substituindo o tradicional processo típico e autônomo que sempre caracterizou os processos executórios. Esses processos (artigo 566 e seguintes do CPC) se destinam apenas e tão-somente à executoriedade dos títulos extrajudiciais. O sistema unificou-se, a exigibilidade das sentenças passou a decorrer do próprio processo cognitivo de natureza condenatória.

Em verdade, desde 1994 convivemos com as denominadas executivas *lato sensu* – obrigações de fazer, Lei n.º 8.952, estando também em vigor a modalidade sincrética referente às obrigações de dar, desde o advento da Lei n.º 10.444/2002.

No que se refere às obrigações de pagar quantia certa, passou a vigorar o artigo 475 com novo formato a partir de 23 de dezembro de 2005 (Lei n.º 11.232), o que proporcionou, igualmente às obrigações de fazer (artigo 461) e de dar (artigo 461-A), considerável simplificação e celerização procedimental.

A respeito, lecionou Ernane Fidélis dos Santos:

Não são também de se entender como sentenças executivas *lato sensu* as condenatórias a pagamento de quantia certa, já que aquelas, na doutrina de Pontes de Miranda, aceitam a extensão doutrinária do conceito de ação executiva *lato sensu*, realizam-se em forma de

simples deslocamento do bem de um patrimônio para outro, tese bem interpretada por Ovídio Batista da Silva, enquanto nas últimas há desapropriação de bens do patrimônio do devedor, para apuração de valores, a fim de efetivar-se o pagamento em quantia certa, seja em moeda, seja com reversão do próprio bem tomado para expropriação.⁶²

Tornou-se revogado, por decorrência, o rol dos títulos executivos judiciais, até então previsto no artigo 584, transmutando-se para o artigo 475-N, ambos do Código Processual Civil.

A amplitude cognitiva sempre exercida pelo manejo dos embargos do devedor deixou de existir, evitando-se a comum procrastinação, por vezes matreira, que essa mecânica sempre possibilitou ao devedor inadimplente. Mas não há que se falar em qualquer comprometimento ao contraditório, ao menos no que se refere ao rito de obrigação de pagar quantia certa. Neste se previu a impugnação à pretensão do exequente (artigo 475-L).

Há muito se clama por um sistema unificado, que muitos benefícios trouxeram em prol da condensação processual, aliás, já existente em outros procedimentos pátrios. Nesse sentido, resumiu Humberto Teodoro Júnior:

(...) os benefícios para a efetividade e justiça da prestação jurisdicional são tão grandes com a abolição da ação autônoma de execução de sentença que não há lugar para escrúpulos exagerados no tocante aos reflexos operados na esfera do devedor condenado. De forma alguma terá sido arranhada a garantia constitucional do contraditório. Aliás, as ações executivas como o despejo, as possessórias, e outras de igual procedibilidade, seguem milenarmente o padrão unitário (acertamento e execução numa só ação e num único procedimento) sem que jamais se tivesse erguido voz alguma para qualificá-las como violadoras da garantia do contraditório e ampla defesa.⁶³

Quanto aos aspectos negativos das últimas reformas, de um modo geral, reflete-se no fato de o legislador não ter tocado nos aspectos mais preocupantes das imperfeições processuais existentes.

62 SANTOS, Ernane Fidelis dos. Manual de direito processual civil, processo de conhecimento, p. 261.

63 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 48.

Todos os percalços inerentes às discussões processuais continuam existindo, tanto no que tange às execuções com base em títulos extrajudiciais como relativo à própria fase instrutória do cumprimento da sentença.

Após a constrição patrimonial, se isso for possível, os problemas continuam os mesmos, tanto nas execuções com base em títulos judiciais como nos extrajudiciais. As maiores dificuldades encontradas com as execuções sempre foram a partir da penhora até a fase expropriatória. Para o exequente, esse é o tortuoso caminho e no qual residem todos os entraves a regular fluência processual, o que estranhamente o legislador não cuidou. Em outras palavras, houve muito trabalho do legislador para muito poucos reparos realmente profícuos.

Outro aspecto não enfrentado pelo legislador processual, apesar do grande número de reformas dos últimos dez anos, foi o referente aos serviços judiciários, que continuam os mesmos, absolutamente desestruturados. Nessa trilha, sustentou Athos Gusmão Carneiro:

Cumpre, enfim, reafirmar, ante críticas surgidas (e o debate e a crítica são sempre bem-vindos), que o imobilismo seria a pior atitude, ante a evidência de que nosso lerdo e complicado processo de execução precisa ser reformulado, a fim de acompanhar o dinamismo da vida humana. Aonde vamos? Não esperem milagres, pois o processo está inserido em uma realidade social em vários aspectos lamentável. Mas necessitamos melhorar nossos procedimentos processuais, depositando esperanças no futuro.⁶⁴

Enfim, a sociedade e principalmente os que operam o direito ainda aguardam ansiosos por reformas bem mais abrangentes, a fim de ver dirimidos os incontáveis problemas que acometem a fase instrutória dos processos de execução. Também é de se esperar por implementações de políticas sérias e fecundas, visando, realmente, a resolução das crônicas imperfeições ligadas às serventias forenses, tão deficientes de recursos financeiros e administrativos.

64 CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova Execução. Aonde vamos? Vamos melhorar, *in* Revista de processo, v. 123, p.122.

Travam-se inúmeras outras discussões no legislativo, com objetivo de minorar os incontáveis problemas que acometem o Judiciário. Recentemente promulgou-se a Lei n.º 11.382/06 (oriunda do Projeto de Lei n.º 4497/2004), que modificou vários preceitos relativos às tramitações executórias com base em títulos extrajudiciais.

Dentre as inúmeras alterações que traz a mencionada lei, comentaremos algumas delas.

O novo artigo 614 do Código de Processo Civil, inciso I, passou a ter o seguinte texto: “com o título executivo extrajudicial”.

O Projeto sob análise cria o artigo 615-A e cinco novos incisos discriminadores, que regulamentam a possibilidade do exequente, no ato da distribuição, obter certidão que comprove o ajuizamento da execução, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação junto ao registro de imóveis, registro de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

Os incisos do artigo 649, que discriminam os bens absolutamente impenhoráveis, também passaram por algumas remodelações textuais, mais consentâneas com a realidade brasileira, mantida a sua essência protetiva à dignidade do devedor e de sua família. O artigo 650 foi mais bem redigido, sendo revogado o inciso II.

No que se refere ao prazo para o pagamento por parte do devedor, conforme dispõe o artigo 652, o devedor passa a ter o prazo de três dias para efetuar o pagamento e não mais vinte e quatro horas, com demais recomendações relativas a esse momento processual, assim contemplado nos cinco novos incisos.

Os incisos do artigo 655 também foram alterados em termos de hierarquia, relacionados à ordem de preferência de bens para a penhora, bem melhor adaptado à nossa realidade. Criou-se ainda o artigo 655-A, que prevê a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira por meio eletrônico.

Talvez uma das mais revolucionárias modificações que a comentada lei traz é a possibilidade de substituição do sistema de arrematação, previsto no artigo 686 e seguintes do Código de Processo Civil, por um procedimento via internet de alienação judicial. Prevê o artigo 689-A que será admitida a utilização de páginas virtuais, criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas, em uma sistemática de convênio.

Inova ainda a legislação (artigo 738, CPC), no que se refere aos Embargos do Devedor, passando a estabelecer prazo de 15 dias, contados a partir da juntada aos autos do mandado de citação, para a sua interposição, revogando-se os respectivos incisos.

Ainda relacionado aos Embargos do Executado (artigo 739-A, do § 1.º ao 6.º, CPC), estabeleceu-se a regra da não-suspensividade do andamento da execução, quando da sua interposição, regulando questões correlatas nos seis novos incisos.

O artigo 745-A fez prever que, na hipótese do executado reconhecer o seu débito no prazo de embargos, comprovando o depósito de 30% do valor, incluindo custas e honorários de advogado, poderá ele pleitear o pagamento restante em até seis parcelas, com os devidos acréscimos, o que será aferido pelo magistrado.

A legislação comentada trata na subseção VI-B, *Da Alienação por Iniciativa Particular*, da possibilidade do exequente solicitar a venda do produto constricto por sua iniciativa ou por intermédio de corretor devidamente credenciado perante a autoridade judiciária, acaso não ocorra a adjudicação dos bens penhorados (artigo 685-C). O citado artigo regulamenta a forma desse tipo expropriatório nos três parágrafos que o seguem.

Pensamos, no entanto, que, apesar de mais esse esforço do legislador processual, não serão sensíveis as eventuais modificações na fluência dos processos, até porque só mesmo vontade política resolverá em definitivo o

processo executório brasileiro, com a efetiva canalização dos recursos necessários para o aperfeiçoamento da máquina jurisdicional.

2 NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

2.1 Generalidades

No atual estágio da evolução humana, não se acredita mais ser possível a convivência entre os seus cidadãos, se não por meio de rígido corpo de regras, que proporcione condições de inter-relacionamentos harmônicos entre os seus concidadãos.

Os limites impostos pelas normas de conduta tornaram-se indispensáveis para o relacionamento entre as pessoas, onde quer que elas estejam, circunstância esta mais sensível e necessária nos países de terceiro mundo.

Assim, o Estado brasileiro outorgou à sociedade as tutelas jurisdicionais, que são providências emanadas do Judiciário, visando à resolução das divergências e a melhor regulação do convívio interpessoal.⁶⁵

Tais instrumentos são disponibilizados a todos aqueles que pretendam ver dirimidos os conflitos de interesses, pleiteando a intervenção estatal que atuará regulando, da melhor forma possível, a relação jurídica entre as partes, pretensamente com efetividade, celeridade e com o menor custo possível.⁶⁶

Instaurada a discussão judicial, discutir-se-á o seu mérito pela aferição das provas produzidas e, não havendo vícios processuais que possam macular o processo, ter-se-á, ao final, a procedência ou não do(s) pedido(s), por meio da prolação de uma decisão judicial.

Após a entrega da prestação solicitada, deve comparecer o devedor da obrigação de pagar, entregar ou fazer, e honrar o que ficou estabelecido na sentença proferida, por exemplo.

65 GROPPALI, Alexandre. Doutrina do Estado, p. 68.

66 ROBERT, Jacques. Libertés Publiques, p. 32 e seguintes.

O direito obrigacional também se constitui através da formalização de títulos extrajudiciais, previstos no artigo 585 do Código de Processo Civil, títulos estes que outorgam ao credor legitimidade para exigir do devedor, após o vencimento, o direito ali inserto.

Mas pode acontecer ainda que, muito embora tenha sido reconhecida a procedência de um pedido condenatório ou o inadimplemento de um título extrajudicial, o devedor não compareça para o cumprimento do estabelecido.

Surge, a partir daí, a possibilidade de o credor pleitear as medidas coativas disponibilizadas pela lei, visando à satisfação, mais plena possível, do seu crédito. É o que se chama de execução forçada.

Frederico Marques,⁶⁷ sinteticamente, definiu execução forçada como “o meio e o modo pelo qual se efetiva e realiza a sanção.”

O legislador processual, mais recentemente, com necessária ousadia e preocupado com a efetividade dos provimentos jurisdicionais, criou os artigos 461, 461-A e 475-I e seguintes, o que, incontestavelmente, foi um avanço. Esses dispositivos deram contornos menos formais à execução, além de autorizar maior versatilidade do magistrado perante o pleito do credor, possibilitando-lhe, inclusive, a outorga de resultado prático equivalente, não sendo possível o cumprimento da obrigação específica.⁶⁸

Dessa forma, pode-se concluir que, quando não houver a satisfação espontânea do direito expressado nos títulos judiciais ou extrajudiciais, a lei concede ao credor o processo de execução que, uma vez instaurado, passa a coagir o devedor ao pagamento, culminando, em última análise, no comprometimento do seu patrimônio.⁶⁹

67 MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, p. 77.

68 MICHELI, Gian Antonio. Derecho procesal civil, p. 357.

69 ALVIM, J. E. CARREIRA. Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar, p. 17-35.

2.2 Conceito

Moacyr Amaral Santos⁷⁰ conceitua execução forçada ou execução como “o processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base um título judicial ou extrajudicial (artigo 583, CPC), empregando medidas coativas, efetiva e realiza a sanção.”

O processo de execução se caracteriza pela existência de um direito a ser efetivado, o que ocorre pelos sucessivos atos executórios, que pode levar à expropriação dos bens do devedor inadimplente, em favor do credor.

Não há, na contenda executória propriamente, possibilidade de o devedor servir-se dos mais amplos fundamentos de defesa como no processo cognitivo. O autor formaliza o seu pedido não conclamando o executado para refutar o pleito, mas sim para pagar, fazer ou entregar coisa.

Obviamente que não se poderá negar ao executado o direito de defender-se, mesmo em um processo de natureza não essencialmente contraditória como o é o de execução, até porque há previsão constitucional assegurando o amplo direito de defesa a todos, artigo 5.º, inciso LV.

Luiz Wambier, Flávio Renato e Talamine⁷¹ dizem que, “quando a atuação da sanção pela jurisdição se dá pela prática de atos concretos, tem-se a execução. Execução consiste na atividade prática desenvolvida jurisdicionalmente para atuar a sanção.”

2.3 Pressupostos

70 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, p. 205.

71 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. Curso avançado

Todo processo judicial se inicia pelo exercício do direito de ação, o que é previsto na Constituição Federal. Trata-se de um instituto que pode ser invocado por todo aquele que entende ser detentor de um direito.

Mas, para a propositura e a regularidade de qualquer ação judicial, imprescindível observarem-se determinados requisitos que sejam suficientes à tranqüila fluência dos seus atos.

No processo de execução não é diferente, fazendo-se necessário, para boa tramitação de qualquer execução, que se observe o preenchimento dos pressupostos denominados genéricos, bem como os conhecidos por específicos.

2.3.1 Os requisitos ou pressupostos genéricos

Os requisitos ou pressupostos genéricos são as chamadas condições da ação, que são as mesmas de todas as ações judiciais.⁷² São elas: a) possibilidade jurídica do pedido, condição esta que se verifica quando a legislação previr, mesmo abstratamente, a providência almejada (trata-se da receptividade do pedido elaborado pela norma existente ou a previsão do direito enfocado pela legislação brasileira); b) o interesse processual, consistente na necessidade e na utilidade ao pleito jurisdicional, o que não se distingue do binômio necessidade e adequação. A tutela pretendida deve, enfim, ser necessária, útil e adequada; e c) legitimidade de partes, condição que está relacionada com a sujeição do réu em face do autor, devendo este ser o suposto titular do direito de que afirma ser detentor e aquele o provável responsável pela lesão ou ameaça ao direito do autor (importa salientar que não se deve confundir legitimação de parte com legitimação processual – um deficiente mental, sem o necessário discernimento,

72 SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de processo civil, p. 88.

não tem capacidade para demandar, carecendo de representação, mas pode ter legitimidade para a ação judicial).⁷³

À falta de uma das ou qualquer das três condições, deve o juiz extinguir o processo, sem o julgamento da lide ou do mérito, pela carência da ação (artigos 267, inciso VI, combinado com artigo 301, inciso X).

Ainda, como requisitos genéricos, figuram os pressupostos processuais, que são exigências legais a serem observadas para que o processo se constitua e desenvolva com regularidade e validade. São requisitos jurídicos para que tenha consistência a relação processual, possibilitando-se alcançar a sentença de mérito.

É atribuição do magistrado pôr fim à lide em condições normais, analisando a relação jurídica de direito material. Para tanto, carece examinar detidamente se a formação do processo ocorreu validamente, ou seja, se foram preenchidos os pressupostos de existência e validade. Não basta a existência do processo. Este deve, necessariamente, conotar validade.

Os pressupostos processuais podem ser de existência (constituição da relação processual) e de desenvolvimento (regular fluência processual).

Tais pressupostos se subdividem em objetivos (relacionados com a forma e a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo) e subjetivos (relacionados com o juiz e partes).⁷⁴ Os pressupostos objetivos relacionam-se com a forma procedimental adequada (rito correto escolhido pelo autor da demanda); a existência de procuração aos autos (salvo se o requerente estiver regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/94) e pleitear em juízo em causa própria); e a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso ou de inépcia da inicial (estes denominados de pressupostos negativos, que levam à extinção do processo sem

73 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, p. 259.

74 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, p. 68-69.

juízo de mérito, conforme preceitua o artigo 267, inciso V, do CPC),⁷⁵ e inexistência de nulidades (sendo estas relativas, devem ser ratificadas ou retificadas, não devendo ser esquecido que o processo tem finalidade eminentemente instrumental, conforme reza o artigo 154 combinado com o artigo 244 do CPC). Sendo absoluta a nulidade, passa a ser regida pelo interesse público, gerando efeitos, normalmente, até que seja declarada. Pode ser invocada pela parte ou reconhecida de ofício.

Os pressupostos processuais subjetivos estão ligados à competência do juízo para a causa (o juízo deve ser competente, segundo as regras constitucionais e processuais concernentes); à capacidade civil das partes (inadmite-se pleitear em juízo aqueles irregularmente representados ou assistidos); e à sua representação (o requerimento de qualquer tutela jurisdicional liga-se ao atributo *jus postulandi* – só o advogado devidamente credenciado junto à Ordem dos Advogados do Brasil pode pleitear jurisdicionalmente contra o Estado ou a União).

A propósito, a capacidade postulatória constitui sólido pressuposto processual de natureza subjetiva, requisito indispensável à válida formação da relação processual.⁷⁶

75 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. Curso avançado de processo civil, p. 207-212.

76 “AÇÃO RESCISÓRIA – AJUIZAMENTO – AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA – SENTENÇA DE MÉRITO – INEXISTÊNCIA – PEDIDO NÃO CONHECIDO – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DIREITO DE PETIÇÃO E A QUESTÃO DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA. – Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de Advogado, a quem compete, nos termos da lei, o exercício do *jus postulandi*. A exigência de capacidade postulatória constitui indeclinável pressuposto processual de natureza subjetiva, essencial à válida formação da relação jurídico-processual. São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de Advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória. – O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5.º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de Advogados, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros. Precedentes. AÇÃO RESCISÓRIA E DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. – Não Cabe ação rescisória contra decisão proferida por Ministro-Relator, quando esta – por não haver apreciado o mérito do pedido –

2.3.2 *Os requisitos ou pressupostos específicos*

As execuções devem sempre estar instruídas com o título executivo, que traduza obrigação líquida, certa e exigível, conforme artigo 586 do Código de Processo Civil. O propósito de se instaurar um processo de execução, de promover a prática de atos processuais tendentes com a mais plena satisfação do credor, só é possível com a existência do título, seja ele judicial, conforme artigo 475-N (Lei n.º 11.232/05), ou extrajudicial, previstos no artigo 585.⁷⁷⁻⁷⁸

Título executivo, segundo Moacyr Amaral Santos,⁷⁹

Consiste no documento que, ao mesmo tempo em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este.

Se para uma execução se faz necessária a existência de título executivo judicial ou extrajudicial, indispensável que a obrigação nele inserta seja inadimplida. Portanto, o inadimplemento é mais um requisito específico que autoriza o processo executório.⁸⁰

O título retrata, em verdade, o documento hábil, comprovador de um crédito, que autoriza o processo executivo mediante o preenchimento de algumas condições.

apresenta-se desvestida de conteúdo sentencial. Precedentes” (STF, Agravo Regimental na Ação Rescisória n.º 1354-BA Pleno, rel. Min. Celso Mello, j. 21.10.1994 in DJ 06.06.1997, p. 24873).

77 Reza o artigo 614 do CPC: Cumprido ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I – com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença (art. 584).

78 Artigo 618 do CPC: É nula a execução: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586).

79 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, p. 217.

80 Dessa maneira, pode-se dizer que são condições ou pressupostos específicos da execução forçada: a) o formal, que se traduz na existência do título executivo, de onde se extrai o atestado de certeza e liquidez da dívida; b) o prático, que é a atitude ilícita do devedor, consistente no inadimplemento da obrigação, que comprova a exigibilidade de dívida (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, p. 30).

Os títulos executivos judiciais e extrajudiciais são uma criação do legislador, sendo o seu rol taxativo, não comportando qualquer estipulação fora dos padrões previstos pela lei.

O Código Processual Civil fez prever vários tipos de títulos executivos, e nestes devem estar expressos todos os detalhes formais para que seja viabilizada a execução.

Não basta a existência do título, ressalte-se, para que possa ser proposta a execução. Necessário que não tenha sido saldada a obrigação pactuada em tempo e forma devidos, circunstância essa definida no parágrafo único do artigo 580 do CPC: “Considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo.”

Enquanto não vencida a dívida, ordinária ou extraordinariamente, a sua exigibilidade não é possível, inviabilizada, por conseguinte, a propositura da execução.

Por outro lado, é de se reconhecer que o título executivo, para ensejar o processo de execução, deve ser líquido, certo e exigível (artigo 583 combinado com o 586).

O título há que ser tratado como uma evidência obrigacional pré-constituída da causa de pedir do pleito executivo. O seu conteúdo delimita o campo de atuação do Estado sobre o executado, autorizando a indisponibilização patrimonial proporcional à obrigação não honrada.⁸¹

Obviamente que a eficácia do título só se verifica se o executado não solver o débito no momento previsto. Pode-se dizer, portanto, que o inadimplemento é o cerne, o mérito do processo de execução, podendo-se asseverar que também figura como o elemento causa de pedir da ação.

81 ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução, p. 149.

2.4 Espécies de execução

Carecem ser diferenciadas as espécies ou formas de execução, dos atos praticados no curso dos procedimentos executórios. Precisa-se ter em vista que a concatenação lógica e válida destes é que dão o formato àqueles.

No que toca às espécies executórias dispostas na lei processual, há variações segundo o tipo obrigacional pretendido, em conformidade com a descrição do crédito constante no título executivo.

2.4.1 *Execução de obrigação de entregar coisa certa e incerta*

O Código de Processo Civil faz menção à obrigação de entregar coisa certa no artigo 621 e seguintes, e de entrega de coisa incerta, no artigo 629 e seguintes.⁸²

Salienta-se que, tratando-se de uma obrigação específica, só interessa ao credor a própria coisa e não outra. O seu rito ocorre da seguinte forma: proposta a ação, determinar-se-á a citação do executado para, dentro de dez dias, satisfazer a obrigação ou, pretendendo, ofertar embargos, conforme artigos 621 e 736. Se o bem for entregue pelo executado, estará finda a ação, remanescendo, eventualmente, discussão acerca de frutos ou ressarcimento de prejuízos (artigo 624, CPC).

Além de outros detalhes, se o devedor não entregar a coisa em discussão e nem depositá-la, será expedida, em prol do exequente, imissão na posse, sendo imóveis, e busca e apreensão, sendo móvel (artigo 625, CPC).

82 SANTOS, Ernane Fidelis dos. Manual de direito processual civil, p. 113 e seguintes.

Em relação às obrigações de entrega de coisa incerta, deverá ser citado o devedor para entregá-la, devidamente individualizada, cabendo-lhe a escolha. Sendo do credor a escolha, deverá este individualizar o bem logo na petição inicial (artigo 629, CPC).

Essa escolha poderá ser passível de impugnação em 48 horas, decidindo-se seqüencialmente o magistrado, podendo servir-se de perito, sendo o caso (artigo 630, CPC).

Pacificada a escolha da coisa, a execução seguirá o rito das execuções para entrega de coisa certa, artigos 631 e 621 e seguintes.

Se o objeto a ser entregue não for localizado, pode o credor requerer a sua busca e apreensão onde quer que ele possa ser encontrado (artigos 625 e 626, CPC).

Mas, se por qualquer razão não mais interessar ao exeqüente ter a coisa consigo, ou se tiver sido destruída, poderá este optar pelo que se denominou de execução substitutiva, que é a exigência de uma quantia em dinheiro, no valor do bem, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (artigo 627, CPC).

Problema surge, por vezes, quando não se sabe o valor da coisa a ser entregue ao credor. Requerendo a execução substitutiva, deverá este estimar o preço do bem. Se o devedor refutar a estimativa feita, será remetido ao processo liquidatório (artigo 627, § 1.º, CPC). No pertinente às perdas e aos danos, deverá proceder-se ao processo de liquidação de sentença, segundo a modalidade adequada (artigos 603 a 610, CPC).

Nas hipóteses de valor já previsto no título ou aqueles bens com cotação em bolsa, não carecerá de qualquer aferição para que o credor intente a ação de execução. Naqueles casos em que se carece de meras atualizações da moeda, apenas deverá o exeqüente apresentar o cálculo de memória para proceder à execução. Divergindo o executado de tal cifra, poderá impugná-la quando de sua manifestação nos autos da execução por quantia certa.

2.4.2 *Execução de obrigação de fazer e não fazer*

A legislação trata ainda, nos artigos 632 e seguintes, 642 e 643, das obrigações de fazer e não fazer, respectivamente.⁸³

Trata-se de obrigação específica, que pode ser fungível e infungível.

De uma forma sumária, pode-se afirmar que, nas obrigações fungíveis, o devedor será citado para honrar a obrigação no prazo que o juiz lhe fixar, não havendo outro estabelecido no título executivo (artigo 632, CPC).

Esse tipo executório autoriza, caso o devedor não satisfaça a obrigação de fazer fungível, que seja cumprida por terceiro, à custa daquele (artigo 634, CPC). O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvida as partes, o juiz houver aprovado (art. 634, parágrafo único, CPC).

Após a realização da obrigação, o juiz ouvirá as partes, decidindo eventual impugnação (artigo 635, CPC). Sendo necessário, deverá o contratante concluir ou reparar a obrigação realizada de maneira incompleta ou defeituosa (artigo 636, CPC), devendo este suportar as despesas necessárias se o préstimo foi efetivado por outra pessoa (artigo 636, parágrafo único, CPC).

Poderá ainda o credor executar a obrigação pessoalmente ou administrar o fazer, tendo preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro (artigo 637, CPC). A preferência será exercida no prazo de cinco dias, a partir da proposta escolhida (artigo 637, parágrafo único, CPC).

Nas obrigações de fazer infungíveis, avençando-se que será realizado pelo próprio devedor (infungibilidade contratual), o credor poderá exigir que o encargo seja feito em prazo certo (artigo 638, CPC). Havendo recusa ou retardo por parte do devedor, será resolvido com perdas e danos (artigo 638, parágrafo único, CPC).

83 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, p. 123 e seguintes.

No caso de crédito originário de título extrajudicial, seja obrigação de fazer ou não fazer, ao despachar a inicial, o magistrado deverá fixar *astreintes*, visando tornar efetiva a obrigação, conforme previsão do artigo 645.

No tocante à obrigação de não fazer, praticando o devedor o ato que estava obrigado a abster-se, poderá o credor pleitear ao magistrado que seja fixado prazo para o desfazimento (artigo 642, CPC). Recusando-se o devedor, ou não honrando a determinação no prazo assinado, ou ainda não sendo possível o desfazimento do que estava vedado realizar, responderá por perdas e danos (artigo 643 e parágrafo único, CPC).

2.4.3 *Execução por quantia certa em relação a devedor solvente*

Disponibiliza, ainda, a lei uma estrutura procedimental completa para as obrigações de pagar quantia certa, em relação a devedor solvente, artigo 646 e seguintes do Código de Processo Civil. Sem dúvida, trata-se de um procedimento no qual se pratica, por vezes, um grande número de atos processuais e, não havendo o pagamento pelo executado, no prazo de 3 (três) dias do ato citatório, proceder-se-á à constrição patrimonial, seja o próprio executado ofertando bens, seja o oficial de justiça lavrando a penhora ou procedendo-se o arresto (artigos 652, 652-A, 653 e 654, CPC).⁸⁴

A partir do ato constitutivo de bens, iniciar-se-á uma longa etapa procedimental, visando à expropriação dos bens penhorados até o limite da obrigação devida ao credor, somadas todas as despesas inerentes ao procedimento expropriatório como custas processuais e honorários

84 ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução, p. 555 e seguintes.

advocatícios.⁸⁵

Essa etapa procedimental, denominada pela doutrina de fase instrutória, tem o fito de preparar uma ambientação necessária para levar o(s) bem(ns) constrito(s) à hasta pública, objetivando, com o produto auferido na eventual arrematação, proporcionar a mais plena satisfação do credor (artigo 646, CPC).

Avaliado o patrimônio penhorado (não serão suscetíveis de penhora os bens excluídos da penhora pela lei, conforme rezam os artigos 649 e 650, e nem os tidos como bens de família, Lei n.º 8.009/90), como preceituam os artigos 680 a 685 do Código de Processo Civil, será expedido edital, dando-se a publicidade necessária para a hasta (artigos 686 e 688, CPC).

Devidamente atendida essa fase, passa-se ao momento expropriatório com a realização da hasta pública (artigos 690 ao 707, CPC). Arrematado(s) o(s) bem(ns), faz-se o pagamento ao credor (artigo 708, inciso I, CPC).

Terminada a hasta sem lançador, poderá o credor requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados, ofertando valor não inferior ao que consta do edital (artigos 714 e 715, CPC).

A legislação processual disponibilizou ainda ao credor o instituto do usufruto de imóvel ou de empresa, possibilitando ao magistrado, reputando menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento do débito, a utilização desse meio (artigos 716 e seguintes, CPC). Uma vez decretado o usufruto, o devedor perderá o gozo do imóvel ou da empresa, até o recebimento de toda a obrigação e respectivos acessórios (artigo 717, CPC).

Esse procedimento se extingue com a satisfação da obrigação (artigo 794, inciso I, CPC), ou por qualquer outro meio, como prevê o artigo 794, inciso II, ou até mesmo pela renúncia do crédito por parte do credor (artigo 794, inciso III, CPC).

85 Artigo 646 do CPC: A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).

2.4.4 Execução contra a Fazenda Pública

O CPC prevê também o procedimento executório contra a Fazenda Pública, que é de natureza especial em decorrência da não-existência de penhora e hasta pública. Lembre-se de que o patrimônio da Federação, do Estado e Município é absolutamente impenhorável, por ser inalienável.⁸⁶

Uma vez condenada a Fazenda a pagar quantia, assim reconhecida por sentença, tal cobrança proceder-se-á pelo sistema de precatório, segundo a cronologia da apresentação desse instrumento para pagamento, excepcionando-se os créditos de natureza alimentar, que são preferenciais.⁸⁷

O processo de execução em relação à Fazenda Pública pode ser com base em título judicial ou extrajudicial, matéria esta já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸⁸⁻⁸⁹

Se o crédito for de pequeno valor (União, até 60 salários mínimos – Lei n.º 10.259/2001, artigo 17, § 1.º; Estados, até 40 salários mínimos; e 30, tratando-se de Municípios – estes criterizados pelo artigo 87 dos ADCT, com redação dada pelo EC 37/2002), não haverá inscrição do crédito nem expedição de precatório, devendo o pagamento ser feito diretamente, no prazo que for fixado pelo magistrado.⁹⁰

86 Artigo 100 do Código Civil prevê: Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

87 Artigo 100 da Constituição Federal: À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

88 Súmula 279 do STJ: É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

89 “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FAZENDA PÚBLICA. ARTS. 730 E 731 DO CPC. ART. 100 § 1.º DA CF/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC. 1. A EC 30/00, ao inserir no § 1.º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débito oriundo de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 2. Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória. 3. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 447406- SP, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.2.2003, in DJ 12.5.2003, p. 286).

90 MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, p. 494.

Poderá ainda, o exeqüente, optar pela renúncia do valor excedente às

provisionais, será determinada a citação do devedor para pagar em três dias, provar que o fez ou ainda justificar a impossibilidade de fazê-lo (artigo 733, CPC).

Preocupado o legislador com a efetividade desse tipo obrigacional, outorgou instrumentos de grande coatividade para ver satisfeitos tais créditos, possibilitando até mesmo a prisão do alimentante (artigo 733, § 1.º, CPC), ou mesmo, preferindo o credor, requerer a penhora de seus bens (artigo 735, CPC).⁹¹⁻⁹² O eventual cumprimento da pena não isenta o devedor do pagamento das obrigações vencidas e vincendas (artigo 733, § 2.º, CPC).

Ressalte-se que a prisão civil prevista não é pena, mas sim uma forma de coerção, que será imediatamente suspensa se as partes transigirem ou o devedor pagar a sua obrigação (artigo 733, § 3.º, CPC).

Na hipótese de penhora em dinheiro, a propositura de embargos não impede que o credor levante mensalmente a importância da prestação (artigo 732, parágrafo único, CPC).

Ainda em relação aos alimentos, o legislador disponibilizou aos respectivos credores a Lei especial de n.º 5.478/68 que é, verdadeiramente, uma tutela cognitiva. Permite, tal repositório, que o credor, por seu advogado ou pessoalmente, dirija-se ao magistrado competente e esclareça os fatos, fazendo prova de suas necessidades (artigos 2.º e 3.º).

É possível o magistrado fixar os alimentos provisórios, tutela preventiva que só não será concedida se o credor expressamente declarar que deles não necessita (artigo 4.º).

Prevê a lei a designação de audiência para tentativa de conciliação (artigo 5.º), e não transigindo as partes, o juiz estabelecerá prazo razoável para que o devedor faça a sua defesa (artigo 5.º, § 1.º).

91 PEREIRA, Gisckow Sérgio. Ação de alimentos, p. 100.

92 SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 279-285.

Deverão, nesse momento processual, estar presentes autor e réu (artigo 6.º), e o não-comparecimento daquele levará ao arquivamento do pedido, bem como a ausência deste importará em revelia (artigo 7.º).

Há previsão que os litigantes deverão comparecer à audiência com até três testemunhas cada um, apreciando o juiz os demais meios de provas eventualmente requeridos (artigo 8.º).

Como se verifica, há nessa legislação a concentração de atos na audiência. Não sendo possível, portanto, a conciliação, será instruído o processo, podendo as partes e o Ministério Público aduzirem alegações finais (artigo 11).

Após tais argumentações derradeiras, o magistrado renovará a proposta de conciliação e, não sendo aceita, prolatará a sua sentença, que conterà sintético relatório (artigo 11, parágrafo único).

Da sentença caberá apelação no efeito meramente devolutivo (artigo 14 da Lei, combinado com artigo 520, inciso II, do CPC), ressaltando-se que esse decisório não transita em julgado, considerando a possibilidade de alterações na situação financeira das partes (artigo 15 da Lei, combinado com artigo 1.699, CC).

Interessante a liberdade que tem o juiz nessas ações, ficando autorizado, para melhor instruir a causa, a execução da sentença ou o acordo, agir da maneira que melhor lhe aprouver visando efetivar a decisão proferida, podendo até mesmo determinar a prisão do devedor até 60 dias (artigo 19).

Prevê, finalmente, a comentada Lei no artigo 23, que a prescrição quinquenal referida no artigo 178, § 10, I (atualmente previsto no artigo 206, § 2.º, CC, que passou a ser bienal), só alcança as prestações mensais e não o direito a alimentos que, embora irrenunciável, pode ser provisoriamente dispensado.

2.4.6 Execução por quantia certa contra devedor insolvente

Este tipo executório é mais um procedimento regulamentado pela lei processual, execução esta que se diferencia quando proposta em face de devedor insolvente.⁹³

O critério da lei para explicar a insolvência do devedor é exclusivamente econômico, ocorrendo toda vez que os débitos extrapolarem os limites do patrimônio total do devedor (artigo 748, CPC).

Também é possível ser presumida a insolvência do devedor,⁹⁴ e tal circunstância ocorre quando este não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora, ou for arrestado o seu patrimônio, com fundamento no art. 813, I, II e III. Tais situações estão contempladas no artigo 750, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Quanto aos efeitos da declaração de insolvência do devedor, a lei diz ocorrer quando houver o vencimento antecipado das suas dívidas; quando ocorrer a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo; e a execução por concurso universal dos seus credores. É o que preceitua o artigo 751 e respectivos incisos do Código de Processo Civil.

A legislação prevê ainda, no artigo 752, como consequência maior da sentença que declara a insolvência, a perda do direito de administrar os bens pessoais e deles dispor, até a liquidação total da massa.

No que se refere à legitimidade para o pleito de insolvência, a codificação prevê ser possível o requerimento por parte de qualquer credor quirografário,

93 NEVES, Celso. Comentários ao código processual civil, p. 239.

94 Ao menos quatro sistemas ensejam a aferição da insolvabilidade, em geral a partir de sinais exteriores, que denotariam o estado patrimonial do obrigado: a) a cessação de pagamentos; b) a impontualidade; c) a presunção fundada em certos fatos praticados pelo devedor; d) a efetiva apuração do déficit patrimonial (ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 1000).

pelo devedor e também pelo inventariante do espólio do devedor, conforme artigo 753, incisos I, II e III.⁹⁵

A legislação processual civil discrimina os procedimentos, segundo aqueles que requerem a insolvência (artigos 754/760, CPC), e explica os atos a serem realizados após a sentença de natureza declaratória (artigo 761, CPC).

A partir do artigo 763, o CPC passa a discriminar as atribuições do administrador da massa,⁹⁶ verifica, classifica os créditos e afere o saldo devedor nos artigos 768 e seguintes, fazendo prever, a partir do artigo 777, a extinção das obrigações e demais detalhes sobre o assunto.

O procedimento sob estudo tem sido cada dia menos utilizado, não só em decorrência de pormenores processuais que encarecem a modalidade, mas principalmente por resultar em pouco ou nenhum resultado prático para os credores, o que ocorre na maior parte das vezes.

2.4.7 Execução da dívida ativa da Fazenda Pública

A presente execução é regida pela Lei n.º 6.830/80, e é a maneira de se proceder à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. Não foi prevista no corpo da codificação processual civil, mas dispõe, no seu artigo 1.º, a aplicação subsidiária do Código Processual Civil.

É uma forma adaptada de execução por quantia certa, que possibilita a cobrança dos créditos da União, dos Estados, Municípios e das autarquias.⁹⁷

95 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 243-258.

96 SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 442.

97 Em verdade, a cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública é execução por quantia certa, mas a lei especial alterou o procedimento dessa modalidade de execução, traçando regras próprias, algumas que desproporcionalmente beneficiam o Fisco e que, por isso, devem ter sua constitucionalidade examinada com rigor (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINE, Eduardo. *Op. cit.*, p. 403).

Os créditos para a propositura da Execução Fiscal são representados pelas certidões da dívida ativa. Apurado o débito e não pago, é ele inscrito na entidade credora, constituindo-se dívida ativa (artigo 201, CTN), título este que deve estar revestido de algumas características próprias, sob pena de nulidade. São reputados certos e líquidos, presunção essa que pode ser elidida por prova inequívoca, (artigo 3.º e seu parágrafo único, Lei n.º 6.830/80).

No concernente ao direito de ação, é exercido pela petição inicial (em conformidade com o artigo 6.º e incisos da lei) e o pleito deve ser proposto ao juiz competente, acompanhado da certidão de dívida ativa, requerendo-se a citação do devedor. O § 4.º do artigo sob análise afirma que o valor da causa será o da dívida constante da certidão, devidamente atualizado, adicionados os encargos legais.

Apesar de a lei não exigir, evidentemente que a petição inicial deve prever a individualização das partes, prescindindo apenas dos fatos e fundamentos do pleito, bastando o próprio título para evidenciar o crédito tributário.

Esse tipo executório não carece do pagamento de custas, uma vez que a Fazenda Pública não está obrigada a essa despesa, não se dispensando, porém, as diligências com oficial de justiça.⁹⁸

Seguem, a partir do artigo 6.º da Lei n.º 6.830/80, as regras procedimentais, e apesar da recomendada aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, prevalece a lei especial naquilo que divergir, conforme o artigo 11 da Lei em discussão em relação ao artigo 655 da codificação processual.

O direito de defesa do executado será exercido nos 30 dias a partir do depósito, da juntada da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora (artigo 16 da Lei).

No que se refere aos recursos, o artigo 34 assevera que “das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50

98 Súmula 190 do STJ: Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça.

(cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração”.

O valor correspondente a 50 OTNs deve ser avaliado no momento da distribuição, acrescentando-se a multa, os juros e outros encargos (§ 1.º do artigo 34 da Lei), atualmente aferido pelo índice UFIR.⁹⁹

Depreende-se do texto retrotranscrito (artigo 34 da Lei n.º 6.830/80), claramente a intenção do legislador em não admitir recurso de apelação nos procedimentos executórios.¹⁰⁰

Ernane Fidélis¹⁰¹ leciona que:

[...] o artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais excluía o reexame necessário, quando o valor da execução fosse até 50 ORTNs, e o inciso III do art. 475 afirmava que estava sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que julgasse “[...] improcedente a execução da dívida ativa da Fazenda Pública.” A Lei n. 10.352/2001 substituiu o preceito pelo novo n. II do artigo 475, nestes termos: “[...] que julgar procedente, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”, retificando, inclusive, entendimento anterior de que o preceito não se referia à sentença dos embargos, mas a indeferimento da execução. O reexame necessário, porém, não abrange processos em que a dívida, no total, não exceder a 60 salários mínimos (§ 2.º do artigo 475), e quando a decisão estiver calcada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em súmula sua, ou de Tribunal Superior competente.¹⁰²

99 “Trata-se de indexador já extinto, sucedido por outros. Para que a respectiva função seja cumprida, o valor de alçada, hoje, deve corresponder àquelas 50 ORTNs convertidas, sucessivamente, em OTNs, em BTNs e em UFIRs” (STJ, Resp 85.541/MG, 2.ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.6.98, não conheceram, v.u., in DJ 3.8.98, p. 175).

100 WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINE, Eduardo. *Op. cit.*, p. 410.

101 SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 269.

102 “Disso resulta que, nas execuções que não ultrapassem tal valor, não existe apelação, mas embargos infringentes, no prazo de dez dias, que serão interpostos perante o mesmo juízo, em petição fundamentada. Trata-se de recurso que só no nome coincide com os embargos infringentes constantes no CPC. É julgado pelo próprio juiz que proferiu a decisão impugnada. Recebido o recurso, o juiz dará vista à parte contrária para, também em dez dias, ofertar resposta. Em seguida, os autos serão conclusos para que o juiz, dentro de 20 dias, reforme a sentença ou rejeite os embargos. Dessume-se do art. 34 que, nessas execuções não tem cabimento o recurso de agravo. Todavia e bem por isso, não há preclusão, podendo a matéria ser argüida quando dos embargos infringentes. Tem cabimento, se for o caso, o recurso extraordinário. Em relação aos embargos declaratórios, não há qualquer regra, na lei especial, que excepcione o disposto, sobre a matéria, no CPC. Nas demais execuções, de valor superior ao limite do art. 34, não há óbice ao emprego dos demais recursos processuais civis.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIRA, Flávio Renato Correia; TALAMINE, Eduardo. *Op. cit.*, p. 410).

Há outros vários ângulos que poderiam ser analisados da Lei n.º 6.830/80, mas entendemos suficientes os aspectos enfocados, dado o propósito deste capítulo.

2.4.8 *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar*

Foi constituída, em 1985, uma comissão de juristas, visando reformular o Código de Processo Civil, comissão esta formada pelo Ministro da Justiça da época e presidida por Luís Antônio de Andrade.

Após grandes embates técnico-jurídicos, chegou-se, pela Lei n.º 8.952/94, ao atual artigo 461 e parágrafos, com alteração do § 5.º e inclusão do § 6.º determinados pela Lei n.º 10.444/02.

A preocupação do legislador com a criação do artigo 461 e os seus cinco incisos foi a de tornar mais eficazes os préstimos jurisdicionais, prestigiando as tutelas específicas em detrimento das condenações em perdas e danos.¹⁰³

Dispõe o § 1.º do artigo 461 que a obrigação só se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Observa-se que só se concederá a conversão em perdas e danos se houver requerimento do credor interessado, fornecendo parâmetros das perdas experimentadas.

No que tange ao § 2.º, há previsão no sentido de que o estabelecimento das *astreintes* não inviabilizará a eventual condenação em perdas e danos.

O § 3.º prevê a possibilidade do deferimento de liminar, quando for relevante o fundamento da defesa e houver receio de ineficácia do provimento final. Essa medida poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo,

103 PASSOS, Joaquim José Calmón. Comentários ao código de processo civil, p. 186.

fundamentadamente. Poderá, ainda, o magistrado, dando consistência à antecipação efetivada, fixar multa diária ao réu compatível com o seu padrão econômico e que possa coagi-lo eficazmente ao cumprimento obrigacional. Essa fixação poderá, obviamente, ser reiterada ou imposta ao obrigado por ocasião da sentença proferida (§ 5.º), estando autorizado o juiz a modificar a periodicidade ou o valor da multa, caso verificar que se tornou excessiva ou insuficiente (§ 6.º). A melhor compreensão é o seu cabimento tanto para as obrigações fungíveis como para as infungíveis, até porque o § 5.º do artigo 461 diz apenas “[...] imposição de multa por tempo de atraso [...]”, não excluindo uma ou outra.

Com o mesmo propósito de efetivação das providências deferidas pelo Judiciário, pela Lei n.º 10.444/02, instituiu-se a tutela específica às discussões que tenham por objeto a entrega de coisa.

O legislador desejou dar também ao artigo 461-A a mais ampla abrangência a esse tipo obrigacional.

Assim, nas discussões judiciais que tenham por objeto a entrega de coisa,

O grande desafio para o magistrado, ante a eventual impossibilidade da outorga da tutela específica, é a concessão, se possível for e dentro do campo da razoabilidade, de resultado prático que seja equivalente ao do adimplemento.

Instrumentalmente, facilitou-se sobremaneira o pleito daquele que teve uma obrigação reconhecida a seu favor, que não mais precisa instaurar uma regular ação executiva.¹⁰⁴

Proferida uma sentença, pode o vencedor requerer ao próprio magistrado que determine o cumprimento da obrigação, em conformidade com os incisos do artigo 461 e 461-A do Código de Processo Civil, pelos atos coativos e estimuladores, imediatamente decorrentes do comando jurisdicional prolatado.

Diante do pleito executivo ou mandamental e com o escopo de tornar efetiva a sua decisão, deve o magistrado, de ofício e em prazo razoável, impor pena de multa diária para a hipótese de inadimplência do obrigado à obrigação determinada.¹⁰⁵

Ao juiz passam a ser conferidos poderes absolutamente amplos, a fim de tornar efetiva a obrigação reconhecida, até mesmo concedendo providência diversa da requerida, mas que seja eficaz, tornando-se relativizado, por conseguinte, o princípio da congruência do artigo 460, em prol da efetividade e da prevenção do ilícito.

Marinoni e Sérgio Arenhart, aprofundando na tão propalada questão da efetividade dos artigos 461 e 461-A, sustentam que a tutela inibitória executiva e a tutela inibitória mandamental são providências genuinamente preventivas.¹⁰⁶

104 “Como está claro, o art. 461 permite que o juiz ordene, sob pena de multa, na sentença ou na tutela antecipatória. O art. 461, em outras palavras, faz surgir um procedimento que desemboca em uma sentença que ordena, sob pena de multa, por nós chamada de mandamental, e que viabiliza uma tutela antecipatória da mesma natureza. Como a tutela inibitória, para ser prestada, necessita de procedimento desse tipo, é correto afirmar que o art. 461 constitui o fundamento – em termos de instrumentos de tutela – da tutela inibitória individual.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento, p. 488).

105 Para Sérgio Bermudes, a multa de que trata o § 2º do art. 461 é devida ao autor e não ao Estado, mas nada diz sobre a imposta com base no § 4º, supondo-se pertença também ao credor (A reforma do código processual civil, p. 53).

106 A tutela inibitória executiva, embora tenha por escopo exercer finalidades que também podem ser cumpridas pela tutela inibitória mandamental, mostra-se adequada quando se percebe, desde logo, que o demandado irá quedar-se diante da ameaça contida na ordem. Além disso, a tutela inibitória executiva é a única saída no

discriminando-se e atualizando-se o débito (artigo 475-B combinado com o artigo 614, II, CPC). Tal pleito deverá ser efetivado no prazo de seis meses, sob pena de arquivamento, até que o autor requeira a sua continuidade (artigo 475-J, § 5.º, CPC).

Diagnosticada a regularidade do pedido proposto, o magistrado determinará a efetivação de penhora e avaliação. Nada impede que o executado nomeie bens, ou até mesmo os substitua, se demonstrar menor onerosidade para si (artigo 475-J, § 3.º, CPC).

Não sendo possível o próprio oficial de justiça avaliar o patrimônio constrito, deverá o juiz nomear um experto para a entrega de laudo em tempo breve (artigo 475-J, § 2.º, CPC).

O novo sistema executório fez prever que a intimação da penhora e avaliação possa ser concretizada na pessoa do advogado do executado (artigo 475, § 1.º, CPC).

Ernane Fidélis dos Santos¹⁰⁷ sustenta que:

[...] daí, se no momento da sentença, houver advogado constituído, ainda que haja renúncia ao mandato ou destituição do procurador, a intimação será feita a ele tão-somente, a não ser que a representação se tenha extinguido por razões de força maior ou caso fortuito, como morte do representante ou cessação de sua capacidade postulatória. Em outras palavras, se o advogado renunciar ou for destituído após a sentença, sempre será ele o intimado, nas hipóteses previstas, para a fase procedimental do cumprimento da sentença.

Realmente difícil concordar com a posição do professor mineiro, que preconiza por uma inusitada representação extraordinária para o recebimento de intimação por parte do causídico. Se houver a renúncia de poderes por parte do advogado ou for este destituído dos poderes outorgados, não há, em hipótese alguma, como continuar respondendo pelo constituinte, além do prazo preconizado no artigo 45 do Código de Processo Civil.

107 SANTOS, Ernane Fidelis. Manual de direito processual civil, p. 279.

O legislador de 2005 (Lei n.º 11.232/05) também limitou as matérias suscetíveis de serem argüidas na impugnação do executado (artigo 475-L, incisos I a VI, CPC). Não poderia ser diferente. Se o procedimento sincrético decorre de uma discussão cognitiva, não é de se permitir que possam, na impugnação do devedor, serem aduzidas matérias que já foram discutidas neste âmbito e que, portanto, já estão preclusas.

O § 1.º do artigo 475-L¹⁰⁸ previu uma forma de vinculação de posicionamento, retirando a consistência de um determinado título (inciso II) quando fundado em lei ou ato normativo que forem declarados inconstitucionais pelo STF, ou baseado em aplicação ou interpretação dos membros dessa casa que seja incompatível com a Constituição Federal, reiterando o revogado parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil.

A possibilidade da declaração pelo STF, de inexigibilidade de uma decisão prolatada, nas hipóteses previstas no § 1.º do novel artigo 475-L, parece-nos absoluta e frontalmente violadora da coisa julgada. Sendo a composição do STF de natureza eminentemente política, com decisões amiúde arrimadas na locução “em prol de governabilidade”, não há como aquiescer na reiteração dessa possibilidade e também pelo alto grau de subjetivismo que ela se reveste, além, obviamente, do respeito que o sistema impõe para com o instituto previsto nos artigos 267, V, e 301, § 1.º.

O § 2.º do mesmo artigo passou a tratar do excesso de execução (inciso V). Pode acontecer, por vezes, de o exequente pleitear quantia superior a que estiver prevista no título. Assim ocorrendo, estará caracterizado o excesso de execução, contra o qual o legislador processual autorizou impugnação.

O que pode ocorrer é que, tendo o executado já pago parte da obrigação, o exequente pode vir a cobrar a totalidade do débito expressado no título ou,

108 Artigo 475-L, § 1.º: 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.

ainda, extrapolar na cobrança dos acessórios como a taxa de juros e/ou correção da moeda. Em tais hipóteses ou outras, deverá o obrigado utilizar-se da impugnação, refutando a incorreta pretensão deduzida que, ressalte-se, não leva à nulidade, mas apenas à correção do montante devido.

O parágrafo sob análise¹⁰⁹ passou a prever a obrigatoriedade do executado, quando da impugnação do valor exequendo, de declinar a cifra que entende ser a correta, sob pena de rejeição liminar da peça.

Ainda quanto à impugnação, diz o artigo 475-M,¹¹⁰ que não terá efeito suspensivo, ressalvando, entretanto, a possibilidade de o juiz, entendendo absolutamente necessário, suspender o andamento da execução.

Poderá, então, o exequente dar prosseguimento à execução, mesmo que atribuído efeito suspensivo, desde que ofertada caução idônea determinada pelo magistrado, prestada nos próprios autos. Essa fixação, a nosso ver, não prescinde de contraditório, suscetível, porém, de recurso.

Se, porventura, for indeferido o pedido de suspensão da execução, poderá tal decisão, que é de natureza interlocutória, ser alvejada pelo agravo de instrumento (artigo 522, CPC). Havendo extinção da execução, o recurso cabível será o de apelação (§ 3.º combinado com artigo 513, CPC).

O § 2.º do artigo 475-M reza que, se for concedida a suspensão do procedimento, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos, contrariamente, em autos apartados.

O artigo 475-N¹¹¹ previu o novo rol dos títulos executivos judiciais, que em verdade não trouxe substanciais alterações, mas sim acomodações e adequações, revogando-se o artigo 584.

109 Artigo 475-L, § 2.º: Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

110 Artigo 475-M: A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevante seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

111 Prevê o artigo 475-N: São títulos executivos judiciais: I. a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (previa o revogado inciso I do artigo 584: a sentença condenatória proferida no processo civil); II. a sentença penal condenatória

Em relação à execução provisória da sentença (artigo 475-O, CPC), diz o dispositivo que se fará:

[...] no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I. Corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II. fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III. o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienações de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

O § 1.º, que não traz qualquer inovação, reza que:

No caso do inciso II do deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. Obviamente que se o tribunal entender que apenas parte da decisão deve ser alterada, apenas e tão-somente em relação a esta haverá modificação, mantendo-se a outra como sentenciado.

O § 2.º do artigo 475-O diz que: “A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: [...]”. Deixou o codificador a critério do magistrado a exigência ou a dispensa da garantia real ou fidejussória, aferindo-se com base nas seguintes hipóteses:

[...] I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

transitada em julgado (inciso II revogado: a sentença penal condenatória transitada em julgado); III. a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo (inciso III revogado: a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo); IV. a sentença arbitral (inciso IV revogado: sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal); V. o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente (inciso V revogado: o formal de partilha); VI. A sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (inciso VI revogado: a sentença arbitral); VII. o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. Parágrafo único. 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 (Parágrafo único revogado: Os títulos a que se refere o n.º V deste artigo têm força executiva exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título universal ou singular).

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. [...]

O § 3.º do artigo comentado, que trata do aspecto formal da petição provisória da execução, leciona:

Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1.º: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias.

No que tange à competência para o cumprimento da sentença, o artigo 475-P prevê:

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.

O parágrafo único do mesmo artigo contempla uma medida de facilitação para o credor-exeqüente, que tem o seguinte texto:

No caso do inciso II do *caput* deste artigo, 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.

Relativamente ao artigo 475-Q (correspondente ao artigo 602 revogado do CPC) menciona que, “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.”

Preocupou-se o legislador com a questão indenizatória, decorrente de ato ilícito cometido. Poderá o magistrado, então, fixar a indenização em forma de encargo alimentar, com base no salário mínimo (§ 4.º).

Vale ressaltar que a indenização sob estudo, que apenas é de natureza alimentar, nada tem a ver com a pensão alimentar prevista no Código Civil (artigos 1.694/1.711), dotada, inclusive, de mecanismo executivo próprio (artigos 732/735, CPC).

Conforme consta do *caput* do artigo em pauta, poderá o magistrado determinar que o devedor separe bens de seu patrimônio, objetivando constituir capital e assegurar o cumprimento da obrigação a que ficou obrigado.

No § 1.º é previsto que “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.”

Será, assim, intimado o devedor para nomear o número de bens necessários no prazo que o magistrado assinar, sob pena de apreensão de tantos outros aptos à produção da renda indenizatória.

Com a obtenção da renda, será regularmente depositada em proveito do credor. Sendo imóvel locado o constituído para tal fim, é conveniente que o juiz determine ao inquilino que canalize diretamente o valor mensal a quem de direito (artigo 723, CPC), ao representante legal ou até mesmo via depósito judicial.

Não possuindo bens que proporcione renda, demais bens do devedor poderão ser constrictos e levados à hasta, e o produto da eventual arrematação ser aplicado da melhor forma para produzir rendimento certo.

A inalienabilidade e a impenhorabilidade decorrem da sentença, e sendo imóveis os bens, devem tais gravames ser inscritos no Registro de Imóveis, assim permanecendo até a duração da obrigação a ser inteiramente cumprida (§ 1.º).

No que se refere à possibilidade de substituição do capital constituído, prevê o § 2.º do artigo 475-Q:

O juiz poderá substituir a constituição do capital

Decidiu-se incluir as tutelas específicas e o cumprimento da sentença neste item (2.4 Espécies de execução), primeiro porque se trata de tipologias novas e com regramento executivo específico. Segundo porque a sua idealização se relaciona com a intenção de demonstrar, mesmo sinteticamente e no âmbito do universo executório, as espécies procedimentais previstas, sempre visando o mesmo escopo jurisdicional, que é proporcionar a mais plena satisfação do interesse dos credores.¹¹³

Tais espécies (artigos 461, 461-A e 475-J, CPC) passaram a figurar como um prolongamento das tutelas cognitivas de natureza condenatória, com a realização de atos processuais executórios imediatos e seqüenciais de sustentação à certeza promanada do comando sentencial.¹¹⁴

Agora o credor pode alcançar a satisfação da obrigação ao final da cognição, sem a necessidade de iniciar um novo processo para realizar atos de força.¹¹⁵

113 LEBRE DE FREITAS, José. O primeiro ano de uma reforma executiva adiada. *In: Sub iudice: justiça e sociedade*, p. 7.

114 PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 168 e seguintes.

115 Sustentou o Ministro Teori Albino Zavascki: “Se se pretender uma classificação correta das sentenças quanto aos efeitos, poder-se-iam agrupá-las em: a) sentenças de eficácia interna ou imediata, cuja força eficaz se realiza e se exaure dentro do próprio ato decisório (casos, em regra, das declaratórias e constitutivas); e b) sentenças de eficácia externa ou mediata (casos em que os efeitos são produzidos fora do ato decisório, dependendo de atos ulteriores da parte ou do juiz), como se dá nas sentenças que impõem prestações à parte vencida. É o que se passa com as condenatórias e outras que, mesmo não contendo o comando próprio das condenatórias, são dotadas de força executiva por disposição legal, a exemplo das que homologam acordo, julgam a partilha ou a prestação de contas e até as próprias declaratórias, quando acertam não só a existência da relação controvertida como também reconhecem sua violação. Nesse sentido decidiu o STJ: “Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo

3 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Generalidades

A vida em sociedade exige a submissão dos seus membros às normas de conduta. Os eventuais conflitos existentes entre os seus cidadãos precisam ser dirimidos, competindo exclusivamente ao Judiciário disponibilizar instrumentos necessários para tal mister.

Emerge, assim, a necessidade de que certas normas sejam criadas pelo Estado, para que, obrigatoriamente, sejam observadas por todos indistintamente.¹¹⁶

Elas são denominadas normas jurídicas, infra-estruturando, normatizando grupos sociais, direcionando convivências, prevenindo situações e reprimindo posturas, quando necessário.

O Estado, pelo aparelho Judiciário, está sempre de prontidão, à disposição de todos que dele careçam se servir, provocando-o para a obtenção da tutela jurisdicional almejada.

No que se refere à mecânica satisfativa denominada execução forçada, a sua instrumentação está ligada à aplicação da sanção, especificamente. Liebman definiu execução forçada como “a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção”.¹¹⁷

Só se admite a invasão aos limites da autonomia individual dos cidadãos pelo Poder Jurisdicional, fazendo-o aplicar o texto normativo às circunstâncias apresentadas.

116 CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 67.

117 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 4.

O processo de execução sujeita o devedor de tal maneira, que o seu patrimônio fica à mercê da vontade do Estado.¹¹⁸

É importante salientar que a violação às normas cíveis culmina em uma limitação aos direitos do agente. Se um determinado devedor não honra a sua obrigação de quantia certa, por exemplo, terá o seu direito de propriedade relativizado, decorrente da agressão patrimonial autorizada ao Estado.

Pode-se notar que, em algumas ocasiões, não é possível o Estado outorgar ao pleiteante a tutela especificamente desejada. Isso ocorrendo e sob uma ótica estritamente processual, a pretensão poderá ser concedida subsidiária ou alternativamente.

Humberto Theodoro Júnior, comentando sobre a imposição de sanção no processo executório, lecionou:

[...] a) realizando o órgão executivo a prestação devida, como no caso de entrega de coisa certa, quando seja possível encontrar o próprio bem devido no patrimônio do devedor; ou, b) expropriando o Estado bens do devedor inadimplente para propiciar ao credor um valor equivalente à prestação a que tenha direito.¹¹⁹

Em verdade, apesar da coercitividade de que é revestido o processo de execução, limita-se ao comprometimento patrimonial do devedor, o que, por vezes, torna-o ineficaz. Atestando-se que o Brasil é um país pobre e que um percentual diminuto da sua população tem moradia e bens consideráveis, o processo de força acaba por fragilizar-se. Assim, periclitante se torna ainda mais a situação do detentor do crédito, considerando a existência de regras absolutamente protetivas ao obrigado como, por exemplo, os dizeres dos artigos 620, 649, 650 do Código Processual Civil, além da Lei n.º 8.009/80, e outras disposições com o mesmo propósito.

118 REIS, José Alberto dos. Processo de execução, p. 9.

119 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução, p. 33.

3.2 O princípio: “toda execução é real”

O capítulo IV do Livro II do Código Processual Civil, que trata da Responsabilidade Patrimonial, especificamente no seu artigo 591, prevê 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 legislador processual limitou, terminantemente, qualquer comprometimento que não seja sobre o patrimônio do devedor, ressalvados os permissivos constitucionais.¹²⁰⁻¹²¹

A propósito, no que se refere especificamente ao polêmico instituto da alienação fiduciária em garantia, foi esta incluída no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, sendo regulamentada ulteriormente pelo Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969.¹²²

Ocorre que o procedimento do Decreto sob análise atribui ao adquirente do bem o ônus de depositário. Decorre daí que, uma vez não sendo honradas as obrigações mensais contraídas e não sendo encontrado o patrimônio adquirido, poderá o credor requerer a conversão da ação de busca e apreensão intentada em ação de depósito (artigo 40 do aludido Decreto), podendo levar o devedor-fiduciante ao cárcere.

É preciso que fique claro que o contrato de depósito se caracteriza pelo recebimento de um objeto móvel para que o depositário o mantenha consigo, até que o depositante o reivindique.¹²³

120 Inciso LXVII, do artigo 5.º da Constituição Federal: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

121 Casos previstos: pensão alimentícia (art. 22 da Lei n. 5.478/68), alienação fiduciária (Decreto Lei n.º 911/69) e depositário infiel (Lei 8.866/94).

122 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Prisão civil por dívida, p. 55.

123 O Código Civil conceitua: Art. 627. Pelo contrato de depósito, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

É de se observar que, no caso do depósito instituído em decorrência do Decreto-Lei em questão, o indivíduo adquire um bem se utilizando dinheiro de instituição financeira, passando esta a deter apenas a posse indireta do bem. Ressalte-se que o adquirente tem a posse direta do produto desde o início da aquisição, possibilitando-lhe a sua utilização como melhor lhe aprouver. Portanto, não se amoldam ao conceito lecionado pelo artigo 627 do Código Civil as características fáticas do negócio jurídico regido pelo Decreto-Lei n.º 911.

A questão é de ordem técnica, simplesmente. O legislador de 2002 tentou, no artigo 1.363 do Código Civil, a nosso ver sem êxito, equiparar o devedor fiduciante ao depositário.

Mas não se vislumbra, nem longinquamente, semelhanças entre o devedor que adquire com alienação fiduciária e o depositário, previsto no artigo 627 do Código Civil.¹²⁴

A Constituição Federal e as novas tendências antropocêntricas que sublimaram os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, não avalizaram a pretensão do legislador civilista em ampliar as exceções da Constituição, relacionadas aos casos de prisão do devedor por questões patrimoniais.¹²⁵

É preciso que se esclareça que o Brasil é signatário de dois tratados internacionais acerca dos direitos humanos, que impedem a prisão do devedor por dívidas ou pela impossibilidade de cumprir obrigação contratual. São eles: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, artigo 7.º, § 7.º); o outro é o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (artigo 11).¹²⁶⁻¹²⁷⁻¹²⁸

124 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica, p. 49.

125 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 52-55.

126 “Constitucional. Prisão civil. *Habeas Corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Interpretação do Art. 66 da Lei 4.728/65, alterado pelo Decreto-Lei 911/69, em face do Art. 5.º, LXVII, da Constituição em vigor, crítica à jurisprudência firmada ao tempo da ordem constitucional caduca (Art. 153, parágrafo 17). Recurso conhecido e provido. I. [...]. II. O instituto da alienação em garantia se traduz em uma verdadeira *aberratio legis*: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor-fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a milenar regra da *res perit domino suo*. Talvez pudesse configurar em *penhor sine traditione rei*, nunca em ‘depósito’. O legislador ordinário tem sempre compromisso com a

Já em uma primeira leitura do citado artigo 591, observa-se não ser razoável uma interpretação gramatical do seu texto. É como se o devedor, a partir da contração de uma dívida, passasse a ter indisponibilizado todo o seu patrimônio, o que não é verdade.¹²⁹

A melhor interpretação do artigo acima citado é que deve haver um equilíbrio entre a disponibilidade patrimonial e o débito que está sendo exigido.

Não discriminou o legislador processual o marco inicial, a partir do qual tornaria o patrimônio do devedor indisponível, mas o artigo 593 do CPC pauta os casos que caracterizam fraude de execução, na hipótese de alienação ou oneração de bens, em prejuízo do credor.

Como já se comentou, a questão do comprometimento patrimonial do devedor não é absoluto, sendo colocados a salvo da ferocidade estatal os bens tidos como impenhoráveis absolutamente, artigo 649, e os relativamente impenhoráveis, artigo 650, ou seja, penhoráveis apenas na hipótese de não existirem outros.

O legislador material também previu a indisponibilização patrimonial por dívidas inadimplidas.¹³⁰

A obrigação e a responsabilidade são cumuladas quase sempre na pessoa do devedor. É o que a doutrina denomina de responsabilidade primária. Mas nem sempre é assim. Podem, por vezes, ser diferenciadas. Obrigação, sob a ótica da dívida, é objeto do direito material, e responsabilidade, no âmbito do

ordem jurídica estabelecida. Na verdade, o que a lei (Decreto-Lei n.º 911/69, ao alterar o art. 66 da LMC) fez foi reforçar a garantia contratual mediante prisão civil, o que contraria toda nossa tradição jurídica, que tem raízes profundas no sistema jurídico ocidental. A ‘prisão civil por dívida do depositário infiel’ do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, só pode ser aquela tradicional (CC, art. 1.265). III – Recurso ordinário conhecido e provido.” (STJ, RHC 4288/RJ, 6.ª T., Min. Adhemar Maciel, j. 13/03/1995)

127 No mesmo sentido: STJ, HC 5583, rel. Min. José Dantas, Distrito Federal, in DJ 04.08.1997, p. 34649.

128 Em sentido contrário: “Prisão civil de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII): validade da que atinge devedor fiduciante, vencido em ação de depósito, que não entregou o bem objeto de alienação fiduciária em garantia: jurisprudência reafirmada pelo Plenário do STF – mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (HC 72.131, 22.11.95, e RE 206.482, 27.5.98) – à qual se rende, com ressalva, o relator, convicto da sua inconformidade com a Constituição – RE 345345/SP – São Paulo” (STF, RE 345345-SP, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.02.2003, in DJ 11.04.2003, p. 37)

129 ZAVASCHI, Teori Albino. Processo de execução, p. 191.

130 Prevê o artigo 391 do Código Civil: Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

comprometimento patrimonial do inadimplente, é questão nuclearmente ligada ao processo.¹³¹

Questão interessante é que no âmbito do processo, forçoso reconhecer maior abrangência da responsabilidade, admitindo-se o comprometimento patrimonial até mesmo de quem não é devedor ou responsável pela obrigação. Em determinados casos, ficam sujeitos à execução o patrimônio até mesmo de quem não é parte no processo, como nos casos de responsabilidade secundária, previstos nos incisos do artigo 592 do Código de Processo Civil.

O legislador atentou-se consideravelmente para com a efetividade do préstimo executório, quando separou responsabilidade de obrigação.¹³² Atribuiu maior abrangência àquela, objetivando até mesmo alcançar bens de terceiros não devedores originais, como, por exemplo, o sócio, quando a execução for promovida em face da sociedade, ou quando atingir o patrimônio particular do cônjuge, na hipótese dos bens do outro, devedor originário, não forem suficientes para suportar a obrigação contraída.

Há que ser reconhecida, portanto, a ocorrência de uma sensível evolução na história das civilizações, até se alcançar o comprometimento essencialmente patrimonial pelos débitos inadimplidos, como nos dias atuais, ressalvados os permissivos constitucionais, conforme se detalha no capítulo 1 deste trabalho.

Araken de Assis¹³³ leciona que:

[...] o artigo 591 culmina notável evolução histórica. Rompendo com as tradições romana e germânica, convergentes no sentido de imprimir responsabilidade pessoal ao obrigado, a regra dissociou dívida e responsabilidade. Esta última se relaciona com inadimplemento, que é o fato superveniente à formação do vínculo obrigacional, pois somente após descumprir o dever de prestar o obrigado sujeitará seus bens à execução.

Finaliza o autor, esclarecendo que:

131 MICHELI, Gian Antonio. Derecho procesal civil, p. 131-132.

132 Súmula 251 do STJ: A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

133 ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução, p. 399-400.

[...] antes do inadimplemento o credor não poderá iniciar a execução, conforme reza o art. 581, 1.^a parte, e, eventualmente, em decorrência do adimplemento, o patrimônio se tornará inacessível à investida do credor.

Com base nos artigos 475-L e M (revogado artigo 741, CPC), que trata da impugnação, e 745 do Código de Processo Civil,¹³⁴⁻¹³⁵ neste caso pelos embargos do devedor (artigos 736 e seguintes, CPC), poderá o executado, desejando, repugnar os atos constritivos em relação ao seu patrimônio.

Não há, por parte do devedor, um estado de subserviência, e sim do seu patrimônio disponível, atuando o Estado visando à mais plena satisfação em prol do credor.

3.3 A constrição patrimonial e o devido processo legal

Já se comentou que o patrimônio presente e futuro do devedor deverão responder pelos seus débitos (artigo 591, CPC). O texto desse artigo,¹³⁶ assim como o artigo 391 do Código Civil, transcrito na nota 130 retro, assim asseveram.

É preciso que fique claro que não há relação de contemporaneidade entre o débito ou inadimplemento e a existência de bens. Em regra, todo patrimônio existente, assim como os acrescidos, é passível de constrição decorrente de inadimplemento obrigacional reconhecido no título executivo judicial.

A lei, contemplando que os bens presentes e futuros devem ser indisponibilizados para garantia da obrigação contraída, evidencia que a

134 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Processo de execução, p. 30-31.

135 FUX, Luiz. Curso de direito processual civil, p. 1284-1285.

136 Dispõe o artigo 591 do CPC: O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para com o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições legais.

responsabilidade é de natureza real, podendo ser comprometido ainda o patrimônio que doravante o devedor possa vir a adquirir.

O sucesso da pretensão do exequente está diretamente relacionado à existência de bens penhoráveis, sob pena de suspensão do procedimento,¹³⁷ até que venha o obrigado a adquirir patrimônio que possa posteriormente suportar a execução.

Fala-se nas obrigações específicas, de dar e de fazer, como se não fosse específico o procedimento contra devedor solvente por quantia certa. As obrigações consistentes em dinheiro nos parecem tão específicas quanto as outras.¹³⁸

Importa ressaltar que a idéia de patrimônio conota apenas bens materiais e imateriais, exclusivamente com valoração econômica, excepcionando as hipóteses de coerção pessoal para o cumprimento da obrigação, autorizadas constitucionalmente.¹³⁹ Lembra-se que a prisão por inadimplemento de encargo alimentar não é satisfativa, apenas compele o devedor a cumprir a obrigação assumida, sem exclusão da responsabilidade patrimonial.

A fase instrutória do processo de execução presta-se única e exclusivamente à necessidade de se levar os bens apreendidos à hasta. Tanto é assim que se o objeto constrito for pecúnia ou houver a remissão da dívida logo no início do procedimento, não haverá necessidade de se perquirir a fase de instrumentação ou de instrução.

Araken de Assis,¹⁴⁰ manifestando-se a respeito, sustentou que:

[...] do ponto de vista da execução, ou os bens representam o objeto final do processo, quando correspondem ao objeto da prestação prevista no título, ou eles constituem seu objeto instrumental, quer dizer, o modo operativo dos meios executórios para atingir aquele bem devido ao credor.

137 Art. 791 do CPC: Suspende-se a execução: III. quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

138 GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione*, p. 612.

139 Vide transcrição constitucional inserta na nota 120.

140 ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 402.

Vale a pena reiterar que a obrigação como dívida é objeto do direito material, e responsabilidade, mais abrangente, sob o ponto de vista do Estado sujeitando os bens do devedor à expropriação, é matéria essencialmente de natureza processual.

Se por um lado é inegável que o processo de execução ainda carece ser aperfeiçoado, por outro é de se reconhecer que se evoluiu consideravelmente no que se refere à sua mecânica. No primórdios do Direito Romano, por exemplo, o cumprimento da obrigação estava ligado à coação física da pessoa do devedor.

Ressalte-se que a eficácia do processo de execução, principalmente quando o procedimento se relaciona com obrigação pecuniária certa em face de devedor solvente, está condicionada à existência de bens por parte do devedor. É um dever de o obrigado manter a quota parte patrimonial necessária ao cumprimento da obrigação, mesmo indiretamente, ou seja, pela excussão de tais bens em hasta, observadas todas as garantias constitucionais.

Sempre nos pareceu muito polêmico o legislador processual ter exigido a segurança do juízo, como condição à admissão dos embargos do devedor (artigo 737, inciso I, CPC). Não é de fácil aceitação e entendemos destoar da previsão maior, a vinculação do direito de defesa, nos processos de execução, à existência de patrimônio por parte do devedor.

Tem sido comumente recepcionada pelo Judiciário a denominada exceção de pré-executividade¹⁴¹⁻¹⁴² (também conhecida por objeção de não executividade), matéria até então não legislada que possibilita ao executado aduzir como defesa questões de ordem pública, podendo ser conhecidas prontamente, sem o pragmatismo e dispêndio da penhora e da obrigatoriedade do registro, nos casos constrição de imóveis. Em relação especificamente aos embargos, com a nova redação do artigo 736 do Código de Processo Civil (Lei

141 Sobre o assunto, *vide* Rita Dias Nolasco, Exceção de Pré-executividade (sugestão bibliográfica).

142 Sobre o assunto, *vide* Marcos Buim, Exceção de pré-executividade (sugestão bibliográfica).

n.º 11.382/2006), para a propositura dos embargos não mais se exige garantia do juízo.

Paulo Henrique Lucon já conjecturava ser possível a informalização da “garantia do juízo”, em alguns casos, condicionando a defesa apenas a uma caução, de valor compatível com o débito discutido.¹⁴³

A propósito, a Constituição Federal, no artigo 5.º, inciso XXII,¹⁴⁴ assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito de propriedade, garantindo-lhes, para a eventual privação de seus bens, o devido processo legal, conforme inciso LIV¹⁴⁵ do mesmo artigo constitucional.

O *due process of law*, talvez um dos mais plenos princípios constitucionais, conota que somente por um processo judicial, em que serão observadas as garantias inerentes ao contraditório, ampla defesa e aos recursos pertinentes, é que se poderá admitir o despojamento dos bens de alguém.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ Embora o processo de execução seja sempre em relação aos obrigados ou responsáveis, há punição apenas indiretamente, recaindo a sanção sobre o patrimônio, objeto da ação executória, e não sobre a sua pessoa, em regra.

3.4 Responsabilidade patrimonial primária e secundária

O devedor é o vinculado primeiro à obrigação, aquele que a contraiu e por ela se obrigou, figurando ao mesmo tempo como obrigado e responsável.

143 LUCON, Paulo Henrique. *In*: Código de processo civil interpretado, coord. Antonio Carlos Marcato, p. 2081.

144 Prevê o inciso XXIII, do artigo 5.º da Constituição Federal o seguinte: É garantido o direito de propriedade.

145 Prevê o inciso LIV, do artigo 5.º da Constituição Federal que: Ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal.

146 LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 416-417.

147 “Bastaria que a norma constitucional houvesse adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.” (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 32).

A responsabilidade primária advém da obrigação contraída, seja ela de pagar quantia, dar coisa certa ou incerta e de fazer ou deixar de fazer. Na discussão executiva, o não pagamento pode culminar na aplicação de uma sanção, inibidora das condutas indesejadas pela ordem jurídica ou quem sabe, um elemento motivador ao cumprimento do dever jurídico e ético-social.¹⁴⁸

Carece ser esclarecido, entretanto, que a existência de uma dívida e a responsabilidade obrigacional nem sempre estão ligadas. Há determinadas circunstâncias em que a propalada sanção executiva tem como destinatário uma outra pessoa, ou seja, a sanção não está vinculada exclusivamente ao devedor originário, podendo estar também jungida ao responsável pelo débito.

À primeira vista, tal idéia pode aparentar-se ilegal, considerando a própria técnica processual (artigo 472, CPC)¹⁴⁹ que determina observância aos limites subjetivos da coisa julgada.

No entanto, há previsão legal para a responsabilidade patrimonial secundária, por várias razões, conforme contempla os incisos do artigo 592 da codificação processual.

Um problema a ser enfrentado nesse âmbito é saber se o responsável secundário é parte ou terceiro na relação processual. Tal questão é de grande relevância para que fique explicitado qual é o seu instrumento de defesa na dialética executiva, o que será analisado quando discorrermos sobre os casos legais de responsabilidade secundária.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

148 ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 403.

149 Contempla o artigo 472 do CPC: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação aos terceiros.

150 Sustentou Theodoro Júnior: “Outras pessoas também prevê o Código como legitimadas a sofrer a execução, embora não figurem primitivamente no título, como o espólio, os herdeiros, o assuntor da dívida, o fiador judicial, o responsável tributário (art. 568, II a V). Não são estes, porém, terceiros em relação à dívida, pois na verdade todos eles ou sucederam ao devedor ou assumiram voluntariamente responsabilidade solidária, pelo cumprimento da obrigação” (*Op. cit.*, p. 187).

151 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 75.

3.4.1 *Responsabilidade secundária*

Sob o ponto de vista eminentemente técnico-jurídico, não há como comprometer bens de alguém que não esteja absolutamente vinculado com uma obrigação.

Entretanto, a própria legislação, relacionando os artigos 568 e 593, contempla nos cinco incisos do artigo 592, todos do Código de Processo Civil, um rol de bens que, embora não mais pertençam ao devedor e não estando mais sob sua posse, autoriza o atingimento desse patrimônio.

Passemos a analisar, então, os casos de responsabilidade secundária, expressamente autorizados na lei.

O artigo 592 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real; II – do sócio, nos termos da lei; III – do devedor, quando em poder de terceiros; IV – do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida; V – alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

3.4.1.1 Bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real

Referentemente ao inciso I do artigo 592, carece ser diferenciado, primeiramente, sucessor a título singular do sucessor a título universal. Este se caracteriza quando do recebimento de todos os bens do antecessor, em decorrência de morte.

Para tais casos, o nosso sistema jurídico faz prever a representação ativa e passiva do espólio, nas discussões jurisdicionais. Pode-se dizer uma forma de representação anômala do espólio, uma vez não atribuir personificação legal ao representado.

O instituto do espólio¹⁵²⁻¹⁵³⁻¹⁵⁴ é representado ordinariamente pelo inventariante, artigo 12, inciso V, do Código de Processo Civil, e extraordinariamente por todos os herdeiros, § 1.º do mesmo dispositivo. Portanto, apesar da observação acima, é razoável a sua representação processual para o requerimento de abertura e prosseguimento de processo executivo, até porque há previsão legal para tanto.

Assim, havendo o pleito para o cumprimento de sentença fundado em direito real, o falecimento do obrigado com a conseqüente transferência do patrimônio para terceiro, sucessor a título singular, como menciona a lei, não evitará que tais bens sejam comprometidos, visando ao cumprimento da decisão exequenda.¹⁵⁵

152 Prevê o artigo 1.784 do Código Civil: Aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários.

153 Artigo 1.797 do Código Civil: Até o compromisso do inventariante, a administração da herança, caberá, sucessivamente: I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; III - Ao testamenteiro; IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

154 Leciona Sílvia Venosa: “Como já examinamos, o espólio não é pessoa jurídica, porém a lei lhe outorgou personalidade processual (trata-se de uma entidade com personalidade anômala, como denominamos), cabendo sua representação ativa e passiva ao inventariante (arts. 12, V, e 991, I do CPC). A função do inventariante, portanto, é muito importante: é ele quem deve ser citado nas ações contra o espólio; é ele quem tem legitimidade para propor ações em nome do espólio” (VENOSA, Sílvia de Salvo. Direito das Sucessões, p. 49).

155 Entendeu o STJ, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Processo civil. Execução de título judicial. Responsabilidade patrimonial. Art. 592, CPC. Ofensa à coisa julgada. Inexistência. Vínculo societário. Obrigação e responsabilidade (*schuld* e *haftung*). *Disreagard doctrine*. Invocação exemplificativa. Recurso desabilhado. I – O princípio da responsabilidade patrimonial, no processo de execução, origina-se da distinção entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), admitindo a sujeição dos bens de terceiro à excussão judicial, nos limites da previsão legal. II – A responsabilidade pelo pagamento do débito pode recair sobre devedores não incluídos no título judicial exequendo e não participantes da relação processual de conhecimento, considerados os critérios previstos no art. 592, CPC, sem que haja, com isso, ofensa à coisa julgada. III – O processo de conhecimento e o de execução têm autonomia, cada qual com seus pressupostos de existência e validade. Enquanto no primeiro se apura a obrigação, no segundo se permite ao credor exigir a satisfação do seu direito.” (STJ, Resp 225051/DF, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 7.11.2000, DJ 18.12.2000, p. 201, LEXSTJ 141/159. RSTJ 141/456).

Diferentemente, a responsabilidade secundária do sucessor a título singular, como menciona o preceito sob análise, seja a título oneroso ou gratuito, só ocorre nos casos de decisão proferida em ação real, alvejando o próprio bem objeto da decisão.

Se, porventura, a coisa a ser entregue pereceu ou foi deteriorada sem culpa do devedor, não subsiste a responsabilidade questionada (artigos 234, 235 e 236, CC).

Segundo o artigo 593, inciso I, do Código de Processo Civil, os atos de disposição praticados durante a pendência sobre eles de ação real, mesmo que ainda inexista a sentença em favor do credor, são sempre ineficazes perante o que sagrar-se vencedor. Por isso, não carecerá o credor preocupar-se com a anulação da transferência antecipadamente e nem mesmo fazer incluir o adquirente no pólo passivo da relação processual, ao lado do executado. O sucessor, pretendendo defender-se, deverá socorrer-se dos embargos de terceiro¹⁵⁶ (artigo 1.046 e seguintes, CPC), considerando não ser parte na relação processual.¹⁵⁷

É grande a abrangência do inciso I do artigo em comentário,¹⁵⁸ gerando discussões judiciais das mais variadas, arrimadas no gênero direito real.

156 Preconiza Humberto Theodoro: “Naturalmente, uma vez penhorado ou apreendido o bem em poder de seu atual proprietário, este será intimado, pois não é admissível ocorrer o ato expropriatório da execução sem respeitar-se o mínimo de contraditório em face daquele que o tem de suportar. Incide o princípio, que inspirou, entre outros, o dispositivo dos arts. 615, n.º II, 619, 687, § 3.º, e 698, de maneira que qualquer titular de direito real sobre o bem a executar terá de ser oportunamente intimado, a fim de que possa se defender pelos meios processuais possíveis” (Curso de direito processual civil, p. 103).

157 O ministro do STJ, Luiz Fux, sustenta em sua obra, referindo ao sucessor singular que, “[...] pode o mesmo ostentar a título gratuito ou oneroso, como o comprador do bem, ou o donatário, uma vez que a lei visa preservar a responsabilidade patrimonial e não dispor acerca das conseqüências jurídicas na relação entre o alienante e o executado. O atingimento dos bens do sucessor singular pressupõe que em seu nome estejam registrados, pois, do contrário, a responsabilidade será considerada primária, na medida em que, sem o registro, o bem permanece na propriedade do executado.” (*Op. cit.*, p. 1290).

158 Leciona Misael Montenegro Filho que, “esmiuçando a questão e inaugurando nossas anotações a partir da hipótese do inciso I do art. 592 (bens do sucessor a título singular), observe-se que algumas ações se arrimam em direito real, expressão posta no gênero, desdobrando-se nas espécie da propriedade, direito de superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca e anticrese (ver art. 1225 do CC)” (Curso de direito processual civil, p. 369).

3.4.1.2 Bens do sócio, nos termos da lei

Em relação ao inciso II do artigo 592, concernente aos bens do sócio, nos termos da lei, é de se considerar que, em determinados casos, visando proporcionar maior segurança às relações comerciais e contratuais, a lei estendeu a responsabilidade pelo título executivo que obriga uma determinada empresa ou sociedade também ao sócio, seja ele solidário ou subsidiário, em conformidade com o constante no contrato social.¹⁵⁹

Obviamente que a personalidade jurídica da sociedade é diversa da do sócio, adquirindo-a a pessoa jurídica, a partir da inscrição no assento próprio, como preconiza o artigo 985 do Código Civil.¹⁶⁰

O inédito capítulo do Código Civil denominado “Da Sociedade Não Personificada” (artigos 986/990) esclarece, dentre outras questões, que enquanto não inscritos os atos constitutivos da sociedade, todos os sócios responderão solidária e ilimitadamente.¹⁶¹⁻¹⁶²

É bom lembrar que o inciso sob estudo deve ser analisado em harmonia com o artigo 596, *caput*, e respectivo § 1.º, do Código de Processo Civil,¹⁶³⁻¹⁶⁴ ou seja, assim que conclamado o sócio ao pagamento, deverá nomear bens desimpedidos da sociedade, se esta os tiver, alegando benefício de ordem.

159 Contempla o artigo 46, inciso V do CC: O registro declarará: [...] V – se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais [...].

160 Leciona o artigo 985 do CC: A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1150).

161 Artigo 986 do CC: Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

162 Prevê o artigo 990 do CC: 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.

163 Artigo 596 do CPC: 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 exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

164 § 1.º do artigo 596 do CPC: Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sítos na mesma comarca, livres e desembaraçados, quantos bastem para pagar o débito.

Não há que se falar, por outro lado, em responsabilidade secundária, quando o título extrajudicial que obriga a sociedade foi garantido pelo sócio pelo aval, por exemplo. Nesse caso, trata-se de responsabilidade primária, como se estivesse o sócio assumido o débito originariamente, firmando-se, com o aval exarado, devedor principal e solidário, em consonância com o artigo 595 do Código de Processo Civil.¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

Humberto Theodoro Júnior,¹⁶⁷ comentando acerca do sócio e da desconsideração da pessoa jurídica, asseverou que:

[...] 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. Da mesma forma, os terceiros prejudicados não dependerão de desviar o ato do sócio do âmbito societário para chegar à sua responsabilidade. Ele será responsabilizado justamente na posição de sócio e gestor da sociedade. As duas realidades – a da sociedade e a do gestor – não se excluirão, mas se completarão.

O doutrinador vai mais além, quando diz: “Com efeito, a teoria da desconsideração tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica”.¹⁶⁸

Nessas questões ligadas à responsabilidade do sócio, seja no tocante à sua responsabilidade direta, seja referente à desconsideração da personalidade jurídica, não há que sujeitar o seu patrimônio individualmente considerado. Para

165 Artigo 595 do CPC: O fiador, quando executado, poderá nomear bens livres e desembaraçados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor.

166 Súmula 26 do STJ: O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.

167 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Revista de processo n.º 46, p. 158-159.

168 THEODORO JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 159.

tal comprometimento, é necessário que se apure a responsabilidade do sócio, para só ulteriormente comprometer o seu patrimônio.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Diz Ernane Fidélis:

Parte da doutrina entende que a responsabilidade, em tais casos, poderá ser apurada através de sentença judicial, ou administrativamente, quando, então, o nome do co-responsável passa figurar expressamente no título. O correto, porém, é o entendimento de que a responsabilidade do terceiro, que depende de averiguação de fato (sua intervenção, ou omissão que deu origem à dúvida), fosse apurável apenas através de processo de conhecimento, jurisdicionalmente. A jurisprudência dominante, hoje, principalmente no Supremo Tribunal Federal, está entendendo que não há necessidade nem de apuração administrativa de responsabilidade, podendo a execução ser movida contra os responsáveis, independentemente de qualquer procedimento. A ação executória, porém, tem de ser dirigida expressamente contra os responsáveis (não basta apenas o pedido contra o devedor), e alegado o fato que deu origem à responsabilidade. O executado pode defender-se através de embargos; e, se negar o fato, o ônus da prova se reverterá ao exequente-embargado.¹⁷²

Poderá, entretanto, verificada pelo oficial de justiça a inexistência de patrimônio da pessoa jurídica, ser citado (ou intimado, para ofertar impugnação, desejando, na hipótese de execução fundada em título judicial, como prevê o § 1.º do artigo 475-J, do CPC) o sócio para discussão e apuração de sua eventual responsabilidade pela dívida da empresa. Nesse caso, será possível a promoção dos embargos do devedor pelo sócio (artigo 736 e seguintes do CPC), que passa a figurar como parte, a fim de discutir sua responsabilidade e legitimidade no pólo passivo da relação processual instaurada. Não figurando o sócio como parte no processo de execução e recaindo a penhora em seus bens, cabe-lhe discutir em sede de embargos de terceiro (artigo 1.046, CPC).¹⁷³

169 Entendeu o TJSP Ementa 188412: “EXECUÇÃO – Penhora – Bens de sócio, representante legal de microempresa – Admissibilidade – Bens da sociedade não indicados – Artigo 596, § 1.º, do Código de Processo Civil – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Recurso provido” (JTJ 203/194).

170 Posicionou-se o TJSP Ementa 211873: “PENHORA – Bem de sócio – Viabilidade. Respondem os bens particulares dos sócios pelas dívidas da sociedade, após serem executados todos os bens sociais.” (Ap. Cível 34.579-4, 6.ª C. Direito Privado, rel. Ernani de Paiva, j. 14.05.98, v.u.).

171 ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 406-407.

172 SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil, execução e processo cautelar, p. 66.

173 ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios, p. 170-171.

Obviamente que a pessoa jurídica não se confunde com a dos sócios, mas não é razoável que, com essa dicotomia, atravanque a atividade jurisdicional do Estado, na aplicação do Direito, carecendo ser aferidas, meticulosamente, as reais responsabilidades.

Lecionou Amador Paes de Almeida:

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), em vigor a partir de 11 de março de 1991, foi, pela primeira vez na legislação civil, proclamada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, dispondo o art. 28 que: O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.¹⁷⁴

Não paira qualquer dúvida que, tendo agido o sócio com dolo ou má-fé, ou mesmo excedido os poderes conferidos pelo contrato social, dilapidando o patrimônio societário, responde ele até mesmo por omissão. Em outras palavras, tendo deliberado o sócio contrariamente ao contrato ou à lei, há ampliação de sua responsabilidade, em conformidade com o artigo 1.080 do Código Civil.¹⁷⁵ É o que os comercialistas denominaram de “teoria da maior desconsideração”, que possibilita ao magistrado desprezar a limitação aos bens da pessoa jurídica pelas suas próprias dívidas, objetivando coibir a má-fé e/ou gestão fraudulenta. Essa teoria foi melhor elaborada, uma vez que desvincula e desconsidera a personalidade jurídica das pessoas jurídicas, quando houver gestão fraudulenta ou abuso administrativo por parte dos sócios, o que, obviamente, dependerá da produção de provas nesse sentido.¹⁷⁶ Diversamente, a “teoria da menor desconsideração”, também prevista no direito brasileiro, sustenta que o juiz fica

174 ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios, p. 186.

175 Artigo 1.080 do CC: As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

176 Sobre o assunto, *vide* PITTA, Daniel Schimidt. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Jus Navigandi. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7537>>. Acesso em: 10 Ago. 2006.

Outras várias vertentes nesse âmbito poderiam ser estudadas, notadamente no que concerne ao direito comercial, mas não se faz oportuna suas análises neste trabalho.

3.4.1.3 Bens do devedor, quando em poder de terceiros

Esse inciso reputa responsável secundário o terceiro que está em poder de bens do devedor.

É preciso clareza na compreensão de que os bens do devedor, estando nas mãos de terceiros, podem ser alcançados na execução. Pouco importa que estejam tais bens na posse direta de outro.

Atingido o imóvel locado do executado pela penhora e levado à praça, arrematando-o ou adjudicando-o o credor, estará sub-rogado este nos direitos daquele, posicionando-se como novo locador. O detalhe é que, observadas as circunstâncias contratuais, deverá ser respeitada a relação entre locador e locatário, à luz do que preceitua o Código Civil brasileiro¹⁸¹ e a Lei Inquilinária, n.º 8.245/91.¹⁸²

É de se concluir, r

hipótese de eventual esbulho ou até mesmo de turbação, conforme preceituado pelo artigo 1.046 e seu parágrafo 1.º do Código Processual Civil. Até mesmo preventivamente é de se autorizar a interposição dos embargos de que trata o artigo 1.046. Primeiro porque o *caput* do citado artigo diz: “sofre turbação”. Segundo em decorrência de eventual determinação equivocada do magistrado, no sentido do desalojamento de um legítimo inquilino, por exemplo, o que precisa ser evitado.¹⁸⁴ Não havendo tempo hábil para a propositura de ação judicial visando à proteção possessória e sendo efetivamente retirada a posse do imóvel do terceiro, poderá este reclamar indenização correspondente em relação ao devedor, com observância aos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil.¹⁸⁵

Entretanto, considerando a hipótese de ter direito efetivamente o terceiro em manter-se na posse direta do bem, incumbe-lhe apenas e tão-somente continuar honrando os alugueres mensais ao depositário, até o término do prazo contratual ou ao tempo que tenha direito à posse do imóvel.

Havendo dúvida do terceiro possuidor a quem deva realmente pagar os alugueres para a continuidade da relação contratual, pode servir-se da consignação em pagamento.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

Cada vez mais, a legislação e a jurisprudência têm se preocupado com os efeitos da execução sobre a situação dos terceiros, adquirente ou mero possuidor, como no caso sob análise, eventualmente envolvidos no processo. A atenção maior é para se evitar a verificação da fraude (artigo 593, CPC), mas, ao mesmo tempo, prestigiando-se a boa-fé do adquirente.¹⁸⁸

184 “Embargos de terceiro. Justifica-se o seu uso para evitar a consumação de ordem judicial já instrumentalizada em mandado, ainda que não tenha havido concreta turbação da posse” (STJ, Resp 1.702, 3.ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.3.90, *in* RT 659-184).

185 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.*, p. 371-372.

186 Preceitua o artigo 335, inciso IV, do CC: A consignação tem lugar: IV – se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento.

187 O artigo 895 do CPC diz: Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito.

188 “Para propor embargos de terceiro, como senhor e possuidor, ou somente como possuidor dos bens penhorados, o interessado deve, de início, provar essa sua condição, sob pena de ser considerado parte

3.4.1.4 Bens do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida

Sérgio Sahione Fadel¹⁸⁹ esclarece acerca do inciso que:

O texto originário do projeto do Código referia-se, a exemplo do que constava no Código de 1939, apenas à “mulher casada”, mas a crítica de ANA BRITO DA ROCHA ACER foi acolhida: Certa é a substituição da expressão “mulher casada” por “cônjuge”, por entendermos que esta, referindo-se tanto à mulher como ao homem, evita as dúvidas que poderiam ser suscitadas no caso de o devedor ser a mulher casada. Embora a noção de bens seja restrita a bens da mulher, os próprios e os da meação podem ser de um como de outro cônjuge. Além disso, numa época de equiparação de direitos, o texto, tal como está, parece constituir um privilégio para o “cônjuge masculino”, pois não onera seus bens em caso de dívida da mulher.

A alteração do preceito foi absolutamente apropriada, adequando termos e equiparando direitos entre homens e mulheres.

O Código Civil brasileiro ratifica o inciso processual, dispondo a respeito no artigo 1.668, inciso III¹⁹⁰, além de outros preceitos.

A preconização do inciso sob análise é excepcional, salienta-se. A regra geral é que os compromissos assumidos obrigam apenas aquele que firmou a obrigação.¹⁹¹⁻¹⁹²

Em verdade, a comunicação das dívidas assumidas entre os cônjuges só passa a existir se houve benefício à entidade familiar.¹⁹³

ilegítima ativa” (TJMS, Ap. 1089-88, 1.^a T., rel. Des. Alécio Antônio Tamiozzo, j. 3.8.89, *in* DJMS 2614, p. 16).

189 FADEL, Sérgio Sahione. Código de Processo Civil comentado, p. 768.

190 Artigo 1.668, inciso III, do CC: São excluídos da comunhão: III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum.

191 Lei 4.121/62, artigo 3.^o: Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só cônjuge, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

192 *Vide* artigos 1644, 1663, § 1.^o, 1.664 e 1.666, do CC.

193 Reza o artigo 1.644 do CC: As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

São questões deveras inquietantes, não pacificadas pela doutrina e

porque, dentre outras razões, não faz essa exigência o artigo 568 do Código de Processo Civil. Entretanto, tal posicionamento não se aproveita se houver a penhora sobre bens imóveis comuns ao casal. Nesse caso, a intimação se faz imprescindível à pessoa do devedor principal, bem como ao responsável

consideração ao princípio da fungibilidade e da instrumentalidade das formas (artigos 154, 244 e 250 do CPC).²⁰²

A melhor orientação²⁰³ é conferir-se ao cônjuge o direito de embargar como terceiro ou à execução, possibilitando-se até mesmo a recepção de um instituto por outro, desde que no prazo previsto, dependendo da matéria que se deseja discutir. Se o cônjuge propuser, por exemplo, embargos de terceiro, sendo o instituto apropriado no momento embargos do devedor, poderá o magistrado recebê-lo, suspender o andamento do processo e determinar o seu processamento se a interposição se der no prazo de dez dias, a partir da juntada do mandado de intimação aos autos da constrição efetivada.

Realmente, o processo deve ser visto como um instrumento para a resolução das contendas apresentadas e conseqüente obtenção das mais plenas satisfações. A filosofia reinante, para o processo civil contemporâneo, é no sentido de se validar, sempre que possível, atos processuais praticados eventualmente imperfeitos, levando, com isso, à extinção da lide no menor espaço de tempo possível.

3.4.1.5 Os bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução

Preliminarmente, convém conceituar fraude à execução como:

[...] um instituto característico do direito processual, portanto de direito público, que tem por finalidade coibir e tornar ineficaz a prática de atos fraudulentos de disposição ou oneração de bens, de ordem patrimonial, levados a efeito por parte de quem já figura no

202 “O rótulo que se dá à causa é irrelevante perante à ciência processual, atendendo apenas a conveniência de ordem prática. Trata-se de resquício da teoria civilista sobre a natureza jurídica da ação.” (STJ, Resp n.º 1.989-ES, 4.ª T, j. 13.03.90, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* DJU de 09.04.90, p.2.746)

203 “Ao cônjuge do executado, uma vez intimado da penhora sobre o imóvel, assiste dupla legitimidade: para ajuizar embargos à execução, visando discutir a dívida, e embargos de terceiro, objetivando evitar que sua meação responda pelo débito exequendo.” (STJ, Resp. 19.335-0-RS, 4.ª T., j. 31.08.92, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* RSTJ 46/242).

pólo passivo de uma relação jurídica processual, visando impedir a satisfação da pretensão deduzida em juízo por parte do autor da demanda, configurando verdadeiro atentado à dignidade da Justiça, cuja atividade jurisdicional se encontrava em pleno desenvolvimento, artigo 600 do código processual.²⁰⁴

O instituto está intimamente ligado com o estudo da responsabilidade patrimonial.²⁰⁵ Se é certo, por um lado, que o artigo 591 contempla que os bens presentes e futuros do devedor responderão por suas obrigações, por outro, há que se asseverar que, se tal patrimônio for indevidamente transferido e uma vez caracterizada a fraude, tal alienação há de ser considerada ineficaz, a fim de suportar os débitos contraídos.

Se uma determinada pessoa adquire bens do devedor em fraude à execução, passa a ter responsabilidade patrimonial, podendo tal transação ser considerada ineficaz. Essa responsabilidade tem amparo legal, uma vez que esses bens não poderiam ser alienados ou adquiridos, comprometidos para com o procedimento executório.

O que a lei objetiva é impedir que seja frustrada a expectativa de satisfação por parte do credor.²⁰⁶ Se o patrimônio do devedor-executado é que responderá pelos seus débitos, tais bens, genericamente considerados, estarão assim comprometidos, independentemente da forma de alienação.²⁰⁷

É bom que se esclareça que a fraude à execução não inibe o obrigado da livre disponibilidade do seu patrimônio. O credor não tem como privar-lhe, em princípio, a liberdade negocial. O ideal é que o devedor esteja cômico de sua

204 José Sebastião de Oliveira, *Fraude à execução*, p. 64.

205 Pondera Luiz Fux: “A razão deste dispositivo está na própria evolução histórica da responsabilidade, uma vez que erigido o patrimônio do devedor como sucedâneo para com o cumprimento de suas obrigações, as alienações representam, potencialmente, frustração para as justas expectativas dos credores” (*Op. cit.*, p. 1.294).

206 “Incidindo sobre determinado bem penhora efetuada em ação executiva, não pode o mesmo ser transferido sem a cautela de sua substituição por outros bens, sob pena de cometer o agente, em tese, o delito de fraude a execução” (TACrimSP, HC, *in* RT 431-323 e JUTACrimSP 40-104).

207 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Caracterização. Nulidade da alienação, quando pendia demanda capaz de alterar o patrimônio do alienante, reduzindo-o à insolvência. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e, muito menos, que tenha sido inscrita. Nem há que cogitar de boa ou má-fé do adquirente. Art. 895, n.º II (atual 593, II), do CPC.” (STF, RE 75.349-PR, 1.ª T., rel. Min. Luiz Gallotti, *in* RTJ, 64:285).

incumbência, não dispondo de todos os seus bens, mantendo um mínimo patrimonial suficiente para que possa garantir o adimplemento da sua obrigação.

Procurar evitar a incidência da fraude à execução extrapola os limites de uma preocupação pessoal. Trata-se de uma questão de ordem pública e, uma vez verificadas serem indevidas as alienações, além de frustrar a expectativa de quem tem a receber, compromete o escopo estatal no oferecimento de um processo de natureza absolutamente satisfativa, como o é o de execução.

Como se observa, a preocupação do legislador foi grande com o assunto. Dada a sua importância, a fraude à execução foi prevista como um delito contra a administração da justiça.²⁰⁸⁻²⁰⁹ Uma vez caracterizada, a lei desconsidera a transferência de bens, tornando-a ineficaz em relação ao credor, independentemente de onde possam ser encontrados.²¹⁰

A legislação não valida a transferência efetivada nessa circunstância, que autoriza e atinge o bem sob o domínio de terceiro, podendo este, para discutir a constrição e sua boa-fé, servir-se dos embargos de terceiro (artigo 1.046, CPC).²¹¹

Há posicionamentos abalizados no sentido de que possa o terceiro prejudicado discutir o comprometimento do patrimônio adquirido não só pelos embargos de terceiro, em que se discutiria apenas a constrição sobre o bem

208 Contempla o artigo 179 do CP: Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa.

209 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Acusado que, em executivo fiscal, é nomeado depositário dos bens penhorados, dando-lhes mau destino – Condenação mantida – Inteligência do art. 179 do CP de 1940. “Responde pelo delito do art. 179 do CP de 1940 o executado que, embora nomeado depositário, dá mau destino aos bens penhorados” (TACrimSP, 5.ª CC, rel. Juiz Aduino Suannes, *in* RT, 595/378).

210 O STF decidiu: Na fraude à execução, o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor. (STJ, REsp. 3.771-GO, 4.ª T., j. 16.10.90, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* RJSTJ 3(20)/282).

211 “Inicialmente é de se esclarecer que o terceiro não figura como parte no processo, ficando descartada a possibilidade de lançar mão do agravo de instrumento de que dispõe o devedor. O terceiro, que acabou por adquirir o bem alienado em fraude à execução ou foi beneficiado por intermédio de uma oneração fraudulenta, ao tomar ciência de que esse bem sofrera constrição ju.2782(j)-11.3345(2.05734(o)8339(-)-15.2226((-).72023

adquirido, mas atacando a própria pretensão executória por intermédio dos embargos à execução (artigo 736, CPC).²¹²⁻²¹³

O Código de Processo Civil, no artigo 593, dispõe:

Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III - nos demais casos previstos em lei.

Há entendimento no sentido de não se fazer necessária a existência de um processo executório para a sua caracterização, apesar do binômio. Elementar.²¹⁴

A realidade é que, qualquer tipo de transferência e em qualquer discussão judicial que possa vir a comprometer a finalidade substancial do processo executório, ou seja, a satisfação do credor, leva à caracterização da fraude de execução.

É de se observar que a legislação se preocupa, primeiramente, com o eventual atentado à dignidade da jurisdição, considerando ser efetivamente uma questão de ordem pública.

Se se tem como certo que os atos processuais têm a sua existência condicionada a sua eficácia, é indubitável que devem estar em conformidade com a normalidade e produzirem os seus efeitos sem moléstias a quem quer que seja.²¹⁵

212 Diz o artigo 736 do CPC: O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

213 Sustentou o professor José Sebastião de Oliveira: “A jurisprudência também já admitiu a utilização do mandado de segurança pelo terceiro adquirente de bem imóvel alienado em fraude à execução, considerando que o ‘entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente, que minimizou os efeitos da Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de ser cabível o mandado de segurança contra decisão judicial manifestamente ilegal de que o recurso específico não tenha efeito suspensivo e de cujo ao possa resultar lesão irreparável ao direito do impetrante’” (*Op. cit.*, p. 106).

214 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Caracterização. Considera-se em fraude à alienação, depois de iniciada a ação condenatória ou executória, do único bem sobre o qual a execução deveria recair. Recurso provido, julgando improcedente os Embargos de Terceiro” (STF, RE 77.242-PE, 2.ª T., rel. Min. Bilac Pinto, *in* RTJ, 72:161).

215 Sobre o assunto, *vide* Emílio Betti, Teoria geral do negócio jurídico (sugestão bibliográfica).

O que caracteriza o dano, nos casos de fraude, é a inexistência, ou mesmo a insuficiência patrimonial por parte do devedor, e, assim, a legislação oferta um enérgico instrumental visando impedir tais atos fraudulentos.

Se a fraude, genericamente considerada, é sem dúvida alguma o fator determinante da ineficácia do ato jurídico, a fraude à execução, conseqüentemente, compromete a consistência do ato processual, invalidando-o em relação ao credor, considerando que o macula nuclearmente.

É importante dizer que a fraude se evidencia no processo de execução, mas pode ocorrer anteriormente, sem que se tenha preocupação, em regra, com a questão subjetiva, ou seja, não há que se questionar a intenção dos envolvidos na transação do patrimônio.²¹⁶⁻²¹⁷

O Código de Processo Civil, no artigo 593, lista os casos de fraude de execução, e tem no seu *caput* o seguinte texto: “Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: [...]”.

Quando o dispositivo diz alienação ou oneração, traduz a idéia de toda transferência ou gravame sobre o bem. A alienação que pode ensejar fraude é qualquer ato entre vivos, tendo como partícipe o devedor transferindo bens, onerosa ou gratuitamente a terceiro.²¹⁸

216 “Na fraude à execução, a má-fé, por parte do devedor, é legalmente presumida (CPC, art. 593), ao passo que na fraude contra credores essa má-fé deve ser comprovada pelo credor (CC, art. 109). Além disso, enquanto os atos praticados em fraude à execução são ineficazes, os realizados em fraude contra credores são anuláveis. Essa ineficácia do ato praticado em fraude à execução se dá no tocante ao juízo da execução. Mais: somente a fraude à execução constitui ilícito penal (CP, art. 179)” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, p. 34).

217 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Desnecessidade de provar a intenção fraudulenta. Na alienação ou oneração de bens *in fraudem executionis* a intenção fraudulenta está *in re ipsa*, não dependendo, pois, de apuração em ação pauliana, como acontece com a fraude contra credores, em que o *consilium fraudis* deverá ser cumpridamente provado pelo credor interessado na anulação do ato” (TAPA, 1.^a CC, rel. Juiz Toledo Piza, *in RT*, 517/155).

218 “Questiona-se a respeito da dação em pagamento de dívida vencida. Sustenta uma corrente que tal ato não pode ser considerado em fraude à execução, pois o devedor que paga cumpre um dever civil, e por isso mesmo está o adquirente isento de fraude ainda sabendo existir outros credores, que poderão não ser pagos por inteiro.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 218).

Quando o *caput* do dispositivo sob análise diz oneração, quer dizer qualquer ato restritivo do domínio, instituindo-se direito real em benefício de terceiro.²¹⁹

Convém ressaltar que o inciso VII do artigo 1.225 do Código Civil de 2.002 passou a prever, como direito real, “o direito do promitente comprador do imóvel”. O que houve, na verdade, foi uma confirmação do legislador material em face do que já estava ocorrendo, ou seja, o instrumento de promessa de compra e venda, mediante a observância de certos requisitos, como gerador de direito real oponível *erga omnes*.²²⁰⁻²²¹

Pelo Código Processual Civil²²² e pela Lei de Registros Públicos,²²³⁻²²⁴ não nos parece estar obrigado o credor a qualquer providência para invocar a fraude à execução. Há, sim, medida meramente acautelatória, que tem a incumbência de dar a maior publicidade possível à constrição efetivada, como a inscrição da penhora no cartório imobiliário.²²⁵

219 Artigo 1.225 do CC: São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese.

220 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, p. 315.

221 RODRIGUES, Sílvio. Direito civil - direito das coisas, p. 313-326.

222 Prevê o § 4.º do artigo 659 do CPC: A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para a presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

223 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Caracterização, penhora, publicidade e insolvência. Para que se configure fraude de execução basta a existência de demanda pendente. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e muito menos que tenha sido inscrita; basta a existência da lide pendente e a situação de insolvência do acionista” (STF, RE 83.515-SP, 2.ª T., rel. Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 79:621).

224 “Processual civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Fraude à execução. Alienação na pendência de ação de execução. Embargo de terceiro. Boa-fé presumida. Lei 8.953/94. CPC, art. 659. Lei 6.015/73, art. 167, I. [...]. II. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se impeditiva da venda a terceiros, em fraude à execução. III. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade sobre o imóvel pelos adquirentes. IV. Precedentes do STJ. V. Recurso especial conhecido em parte” (DJ 10.05.2004, p. 294).

225 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Ineficácia – Caracterização – Publicidade. Manifesta é a fraude á execução na venda de imóvel penhorado. Como na apuração da fraude à execução o que interessa é o comportamento do devedor, é desnecessário, para o seu reconhecimento, a existência do registro prévio da penhora do bem alienado. Para que se caracterize a fraude à execução nem mesmo a penhora é necessária, bastando a existência de lide pendente, suficiente para alterar o patrimônio do alienante” (TJSP, 6.ª CC, rel. Des. Alves Braga, in RT 508/70).

Uma vez caracterizada a fraude, tem o instituto força para tornar ineficaz não só a primeira alienação como as demais sucessivamente realizadas.

Tem-se sustentado o posicionamento da prescindibilidade não só do registro da penhora bem como o da publicidade da citação, para a caracterização da fraude à execução, considerando a natureza pública das execuções.

A inscrição da penhora no cartório imobiliário tem por objetivo apenas dar a publicidade necessária da constrição efetivada e tornar absoluta a presunção de que a penhora é do conhecimento de terceiros, invalidando a eventual alegação de boa-fé por parte do adquirente do bem.

A ausência da mencionada providência no cartório imobiliário pelo credor o obrigará a fazer prova do *consilium fraudis* entre devedor e adquirente, não bastando a alegação que a transação ocorreu após a citação.²²⁶⁻²²⁷

Não é a mera disposição de bens por parte do devedor, após a citação, que levará à caracterização da fraude. Admitem-se sim alienações, desde que permaneçam sob o seu domínio outros bens livres e desembaraçados, suficientes à garantia de seu débito.

O inciso I do artigo 593 preconiza: “quando sobre eles pender ação fundada em direito real.”

Em conformidade com o inciso retrotranscrito, imprescindível que tenha havido citação válida. A sistemática processual assim se apresenta, até porque o *caput* do artigo 219 da codificação diz: “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.”²²⁸

226 Posicionou-se, recentemente, o STF. Ementa: “Tributário – Embargos de Terceiro – Execução Fiscal – Fraude à Execução – Alienação Posterior à Citação do Executado, mas Anterior ao Registro de Penhora ou Arresto – Necessidade de Comprovação do Consilium Fraudis (STJ, REsp 811898-CE, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.10.2006, in DJ 18.10.2006, p. 233).

227 Súmula 621 do STF: Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.

228 A respeito, sustenta Teori Albino Zavascki: “A questão está em saber qual o momento em que, para aquele efeito, se considera ‘pendente’ ou em ‘curso’ a demanda: é a data da distribuição ou a da citação do réu? Os defensores da primeira alternativa sustentam-se no disposto na parte inicial do art. 263 do Código: ‘Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara.’ A corrente contrária baseia-se na segunda parte do mesmo

junto ao cartório e ocorrendo alienação ou oneração da coisa, caberá exclusivamente ao credor provar que o adquirente tinha ciência da demanda para a comprovação da fraude, conotando, portanto, presunção de natureza relativa (*juris tantum*).

Não pensa dessa forma o professor Arruda Alvim, que sustenta pela prescindibilidade da inscrição, no caso de demanda real.²³¹

A partir desse entendimento, bastaria a citação válida, nas discussões reais, para que a oneração ou alienação do bem culminasse em fraude de execução, considerando ter se tornado litigiosa a coisa após o ato citatório (artigo 219, CPC), seja ele móvel ou imóvel.

Assim, decorrem duas realidades antagônicas: primeiro que não é uma prática usual a providência registral, nem nas ações reais nem em qualquer outra. Segundo é que, após a vigência da Lei de Registros Públicos, n.º 6.015/1973, parece-nos indispensável a inscrição quando a demanda for real imobiliária (artigo 169 combinado com o 167 da Lei).

Sob o ponto de vista da não-inscrição do ato citatório, fatalmente poderá advir prejuízo ao terceiro adquirente de boa-fé, que será punido mesmo tendo sido diligente e verificado na matrícula do imóvel, antes da aquisição, a inexistência de qualquer entrave em relação ao bem.

Há entendimentos esclarecendo que, na ausência dos registros, ficará a cargo do credor demonstrar a ciência do terceiro acerca da existência da discussão processual real, o que, deveras, não é simples.²³²

Não é convincente, contudo, a posição de que bastasse o interessado ter solicitado aos cartórios distribuidores da comarca informações de eventuais

231 “Afigura-se que a inscrição de demanda real é desnecessária, para o fim de, se alienada a coisa durante a demanda, apesar de esta não estar inscrita. Operarem-se os efeitos de sentença em face do terceiro adquirente (arts. 42, § 3.º, e 593, n. I), tratando-se de ação real ou reipersecutória.” Continua o professor: “A circunstância de projetarem-se os efeitos da sentença ao terceiro, que, porventura, tenha adquirido a coisa, diante dos termos inequívocos do art. 42, § 3.º, é suficiente para evidenciar a dispensabilidade da inscrição da demanda real, que não se constitui em elemento configurador da produção de tais efeitos” (ALVIM NETO, José Manoel. Código de Processo Civil comentado, p. 325-335).

232 STJ, Resp 246625/MG, rel. Ruy Rosado de Aguiar, in DJ 28.08.2000.

ações em relação ao alienante, que as obteria, evitando-se uma aquisição suscetível de ulterior ineficácia.²³³

Tal posição não se sustenta, primeiro porque não há amparo legal; segundo porque não nos parece a melhor interpretação presumir a obrigatoriedade de um cidadão comum em requerer as propaladas certidões forenses.²³⁴

Especificamente no que concerne à penhora, com a expressão clara do artigo 659, § 4.º, do Código de Processo Civil, havendo a inscrição no cartório imobiliário competente, ter-se-á a presunção absoluta de conhecimento por parte do adquirente. Do contrário, só haverá a caracterização de fraude à execução se o credor evidenciar, após a citação do devedor-alienante e por todos os mecanismos probantes admitidos, o conluio ou a má-fé do terceiro.²³⁵

O inciso II do artigo 593 reza: “quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.”

Ressalte-se, primeiramente, que não é qualquer transferência que acarretará a ineficácia da alienação ou oneração. Segundo o inciso retrotranscrito, carecem ser alienados ou onerados tantos bens que impossibilitem o devedor-executado de honrar o seu crédito. Pode-se denominar insolvente todo aquele que tem o seu ativo menor que o passivo patrimonial.

Os requisitos básicos para que haja a efetivação da fraude são: uma negociação que transfira ou onere bens; e a tramitação de demanda em relação ao devedor.

233 “Processual civil. Fraude à execução. Alienação antes da penhora e sua inscrição. CPC, art. 593, II. Boa-fé presumida dos terceiros adquirentes. I. Ainda que relativamente a casos anteriores à Lei 8.953/94, hipótese dos autos, não basta à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de execução movida contra o alienante, somente se admitindo tal situação se já tivesse, antes, a inscrição da penhora no cartório competente, salvo se inequívoco o conhecimento dos adquirentes sobre a pendência judicial, prova que incumbe ao credor fazer. II. Recurso especial conhecido e provido, para cancelar a constrição” (STJ, Resp 442583/MS, 2.ª Seção, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., in DJ 16.02.2004, p. 298).

234 “FRAUDE À EXECUÇÃO – Embargo de terceiro. Entre homens de negócio, ambos residentes na mesma cidade onde há meios de informações, há de presumir o conhecimento da insolvência de quem penhora, tanto mais quando, na atualidade, qualquer pessoa medianamente sensata não compra imóvel sem certidão negativa dos distribuidores da Justiça” (STF, RE 71.836-SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro, in RTJ, 72/83).

235 STJ, REsp. 41.128-SP, 4.ª T.j. 17.02.98, rel. Min. César Asfor Rocha, in DJU 18.05.98, p. 100.

Não carece estar penhorado o bem que foi transferido, para a caracterização do inciso II, do artigo 593, do Código Processual Civil. Essa é uma particularidade.

Todo e qualquer bem do devedor (artigo 591) alienado ou onerado poderá levar à fraude, desde que não subsistam outros à garantia do débito.

A segunda parte do inciso II fala em demanda, que deve ser interpretada

só produzirá efeito em face do réu depois deste ser validamente citado (artigo 219, CPC).

Araken de Assis²⁴⁰ sustenta que:

[...] a relação jurídica é exclusivamente entre o autor e o Estado, tornando dispensável a citação do réu. Ignorar a relação linear é desconhecer o teor da primeira parte do artigo 263 do código, porquanto “não existe angularidade necessária para que se constitua um verdadeiro processo. Na realidade, o Direito brasileiro desconhece regra equivalente ao art. 101 do CPC italiano, segundo a deliberação do juiz sobre a demanda depende do chamamento a juízo do réu, e que, consagrando o princípio do contraditório, induziu os processualistas italianos – Chiovenda e Calamandrei à frente – a verem o processo necessariamente angularizado. Diz Liebman, p. ex., que a demanda se propõe com o ato de citação, lição inconciliável com a letra do art. 263, primeira parte, do CPC. Respeitadas, então, as diferenças de sistema, nada impede a relação linear.

Se o artigo 593, inciso II, diz “[...] corria contra o devedor demanda [...]”, deve-se interpretar tal locução como sendo a existência de uma demanda em tramitação, e a demanda inicia-se, segundo o nosso sistema, a partir do seu despacho ou distribuição.²⁴¹

Mas há também na jurisprudência posicionamentos no sentido da caracterização da fraude somente a partir da citação válida do réu, uma vez que só a partir desse ato é que a coisa se torna litigiosa.²⁴² Além do mais, só se passa a ter o requerido efetivamente ciência da demanda a partir da citação formalmente cumprida. Não há legislação determinando e nem faz parte dos hábitos brasileiros que uma pessoa, antes de qualquer transação no mercado, requeira certidões junto aos cartórios distribuidores judiciais da localidade.

240 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 34.

241 RTs n.ºs 543/196; 601/222; 609/107; 613/117; 659/196 e 709/101.

242 “Agravo Interno. Pretensa configuração de fraude à execução antes da citação. Não-ocorrência. Precedentes. Em consonância com o entendimento esposado no presente voto, as Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção deste Sodalício têm decidido que a alienação de bens após o ajuizamento de ação fiscal não configura fraude à execução enquanto o devedor não tenha sido citado. Paradigmático, nesse sentido, v. acórdão da lavra do Min. Milton Luis Pereira, no qual se lê que ‘os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante’ (EREsp 31.321/SP, 1.ª Seção, DJ 3.11.1998). Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, AGA 493916-MS, 2.ª T., j. 16.3.2004, rel. Min. Franciulli Neto, *in DJ* 28.6.2004, p. 246). No mesmo sentido, RTs n.ºs 470/78 e 594/138.

Enfim, em que pese as divergências sobre a questão, à luz dos artigos 263, 2.^a parte, combinado com o 219, além dos argumentos já aduzidos, parece-nos bem mais conveniente que seja caracterizada a fraude à execução na hipótese do artigo 593, inciso II, quando a alienação ou oneração ocorra a partir da citação devidamente cumprida. Tal posição nos parece estar bem mais em consonância com o sistema, mas para a produção de resultado, carece ser muito diligente o credor à materialização mais célere possível do ato de comunicação.

O inciso III do artigo 593 do CPC prevê: “[...] nos demais casos expressos em lei.”

A previsão do inciso relaciona-se com o escopo do legislador em disciplinar outras hipóteses não contempladas nos incisos do artigo 593.

José Sebastião de Oliveira²⁴³ assevera que:

[...] o próprio Supremo Tribunal Federal já admitiu isso, ao decidir que o art. 895 (atual 593) do Código de Processo Civil não esgotava os casos de fraude à execução, optando pelo entendimento de que os casos ali indicados são aqueles que constituíram prova *juris et de jure* da fraude, nada impedindo, porém, a verificação de outros casos fora dos previstos na lei processual.²⁴⁴

O inciso sob análise vai mais além e abarca tanto as hipóteses externadas pela legislação ou que poderão vir a ser, como outras não previstas, mas que caracterizam a fraude à execução, como o relatado por Cândido Rangel Dinamarco.²⁴⁵

Perfeitamente amoldável ao inciso III sob estudo, por exemplo, a seguinte circunstância: um menor propõe ação de alimentos em relação ao pai biológico,

243 OLIVEIRA, José Sebastião. *Op. cit.*, p. 73.

244 STF, RE 18.087-SP in DJU 15.9.1952, p. 4283.

245 “[...] o réu em litígio para ressarcimento de danos casou na vigência da lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio) optando pelo regime da comunhão universal de bens e celebrando, para isso o indispensável pacto antenupcial (art. 50). Depois, vencido na causa e condenado a ressarcir. Opôs embargos de terceiro em defesa da meação. Os embargos foram rejeitados pelo mérito, com meu voto vencedor proclamando: na medida em que qualquer transferência por ato voluntário entre vivos seja apta a frustrar a expectativa dos credores, ela é equiparada em seus efeitos, à fraude contra estes ou mesmo à execução, caso não haja outros bens no patrimônio e ele, com isso, se reduza à insolvência; e isso porque, se no momento da comunicação de bens do marido à mulher a demanda já pendia, o natural é que se recebesse a meação sobre cada um dos

filho este decorrente de um relacionamento extraconjugal por parte do alimentante. Depois de citado validamente o réu, dispõe este de todo o seu patrimônio em favor da esposa em ação de separação consensual, frustrando, por conseguinte, o direito do autor em promover a penhora de seus bens, considerando não ter o requerido qualquer renda mensal.

Frederico F. da Silva Cais, em sua obra *Fraude de Execução*, cita que:

[...] um determinado réu, em litígio de cobrança que, em trama com a esposa, é citado em processo de divórcio litigioso e abre mão de seus bens, a fim de obstar o recebimento do crédito por parte do autor da demanda de cobrança.²⁴⁶

Podem ser encontrados casos de fraude à execução, ainda, no artigo 240 da Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973); no processo do trabalho, artigo 889 da CLT; no artigo 30 da Lei de Execução Fiscal (Lei n.º 6.830/1980); no artigo 52 da antiga Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661/1945); e no artigo 2.º do Decreto n.º 22.866/1933.²⁴⁷

O artigo 672, § 3.º, do Código Processual Civil, também expressa uma outra hipótese que pode ocorrer a fraude. Observa-se quando terceiro obtém quitação de uma obrigação, em conluio com o devedor, nas constrições de créditos vinculados à apreensão de títulos.²⁴⁸

3.5 A fraude contra credores

Difere da fraude à execução, considerando tratar-se de um instituto de

bens e também sobre os encargos que, sob a forma de responsabilidade patrimonial, pesavam sobre todo o patrimônio do marido” (*Op. cit.*, p. 293).

246 CAIS, Frederico Fontoura da Silva. *Fraude de execução*, p. 166.

247 OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.*, p. 73.

248 Para apuração desse tipo de fraude, o artigo 672, § 4.º do CPC, prevê: 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.

direito material e que se caracteriza pela transferência intencional de bens por parte do alienante, levando-o ao estado de insolvência, impedindo a satisfação de um crédito.

O instituto está contemplado nos artigos 158 ao 165 do Código Civil brasileiro, na parte geral. Talvez estivesse mais bem posicionado no Código Civil junto aos efeitos e garantias das obrigações. É o que pensa Humberto Theodoro Júnior.²⁴⁹

A fraude em relação a credores é o efeito, e a medida jurídica prevista para combater esse tipo de fraude é a ação pauliana, também conhecida por ação revocatória. Uma vez procedente, desconstitui a eficácia do ato fraudulento cometido.

Os requisitos para a caracterização da fraude contra credores são os seguintes: a) a existência de um crédito; b) que esse crédito seja anterior ao ato reputado fraudulento; c) a insolvência do réu decorrente da transferência do bem de sua propriedade, o *eventus damni*; e d) o *consilium fraudis*, que é a mais absoluta consciência do prejuízo por parte do devedor-alienante.²⁵⁰

Importante salientar que apenas aqueles que já eram credores no momento das transferências indevidas é que poderão pleitear a anulação dos atos por meio da ação pauliana, conforme preconizado pelo artigo 158, § 2.º, do Código Civil.

O prejuízo, *eventus damni*, é outro elemento essencial para a efetivação da fraude contra credores, ou seja, em decorrência do ato de alienação, tornou os bens do devedor insuficientes.

Mas não é suficiente o elemento dano para a ocorrência da *fraus pauliana*. Carece, fundamentalmente, da mais completa e inequívoca ciência por parte de terceiro, acerca da impossibilidade de o alienante honrar seus compromissos ou do desequilíbrio patrimonial verificado, o que se denominou de *consilium fraudis*.

249 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fraude contra credores - a natureza da sentença pauliana, p. 124-125.

250 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 93.

O artigo 159 do Código Civil combinado com o artigo 334, inciso I, do Código Processual Civil, autoriza a dispensa da prova na revocatória, quando houver razões claras para se concluir que o adquirente tinha conhecimento do ato, ou se foi notória a insolvência do alienante.

O que se deseja é que as pessoas, quando forem realizar negociações no mercado, sejam diligentes e solicitem informações antecipadamente do outro contratante.²⁵¹

Já se tem assentado que a fraude contra credores é de natureza pessoal, e não real, e essa distinção é de capital importância porque repercute no âmbito da competência do juízo, conforme as regras a respeito previstas no Código de Processo Civil.²⁵²

Efetivamente não é muito simples produzir prova para caracterizar a fraude contra credores, principalmente no que tange ao *consilium fraudis*, que se relaciona com o aspecto subjetivo da questão.

Ao autor precisa demonstrar a ciência da insolvência por parte do adquirente (artigo 333, inciso I, CPC) e, sendo não onerosa (doação ou remissão de dívida, por exemplo) a transferência fraudulenta, o *consilium fraudis* prescinde de comprovação, uma vez que a própria lei assim leciona (artigos 158 e 159, CC).²⁵³

A ação pauliana deve ser proposta por todos aqueles que já eram credores de obrigações não cumpridas, no momento da transferência fraudulenta.

Referentemente à legitimidade passiva, a revocatória poderá ser proposta em face do obrigado insolvente e de terceiros adquirentes (artigo 161, CC).²⁵⁴

251 CAIS, Frederico Fontoura da Silva. *Op. cit.*, p. 74.

252 PAES, Paulo Roberto Tavares. *Fraude contra credores*, p. 39.

253 “FRAUDE CONTRA CREDITORES – Caracterização – Devedor que aliena imóvel a irmão e cunhada, não demonstrada a existência de outros bens que não os já alienados, obstando o registro da penhora efetivada nos autos da execução – Presunção de insolvência estabelecida e reforçada pela existência de outras demandas em face do réu – Inteligência do art. 107 do CC.” (TJSP, Ementa n.º 248680, *in* RT 794/249).

254 Artigo 161 do Código Civil: A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

Há divergências no que tange à participação como réus nas contendas paulianas. Particularmente entendemos que não há dúvidas da possibilidade da figuração no pólo passivo tanto dos adquirentes como do devedor, principalmente porque se questiona um ato que teve a efetiva participação do alienante, e que nada teria ocorrido sem o(s) adquirente(s).

No entanto, o sistema pátrio conclui que, se porventura for proposta ação sem que o transmitente seja conclamado ao pólo passivo, deverá o terceiro denunciá-lo à lide, garantindo nos mesmos autos, título em que possibilite ao lesado adquirente o ressarcimento do prejuízo experimentado, em conformidade com o artigo 70, inciso III, do Código Processual Civil.

Mesmo como todas as posições acerca da questão, o artigo 161 do Código Civil não deixa dúvidas, exigindo que figure no pólo passivo o alienante e todos os adquirentes, formando-se um litisconsórcio necessário.²⁵⁵

Frederico Fontoura da Silva Cais²⁵⁶ teceu severas críticas em relação à natureza jurídica anulatória da sentença proferida na ação pauliana, mas o Código Civil preferiu mesmo o termo “anulação”.

Parece-nos consistente a posição crítica à denominação, uma vez que a decisão prolatada na revocatória está muito mais para tornar apenas ineficaz a alienação do devedor ao terceiro, fazendo retornar o patrimônio ao domínio daquele, domínio esse vinculado a garantir o débito inadimplido. Não tem, efetivamente, o condão de anular a negociação como um todo, com efeito *erga omnes*, até porque, se assim fosse, não haveria como evitar o cancelamento do registro imobiliário.

Sob uma outra ótica, deve ser salientado que, se se atribuir à decisão pauliana natureza declaratória, uma vez proferida, somente tornaria ineficaz a

255 Se o devedor for casado, também o seu cônjuge deverá ser citado. Assim tem sido o entendimento do 1.º Tribunal de Alçada de São Paulo (AC 0663195-6, 10.ª CC, j. 20.8.96, rel. Antonio de P. F. Nogueira).

256 Não obstante o Código Civil utilize o termo “anulação” dos atos fraudulentos, a ação pauliana não é anulatória, porquanto apenas tem o condão de retirar parte da eficácia do ato de transmissão, qual seja, a de excluir a responsabilidade do bem pelas obrigações de quem o aliena (eficácia secundária). Caso tolhesse

transferência entre o alienante-devedor. Já se for tratada como de natureza constitutiva negativa, todos os atos alienatórios seriam como se nunca tivessem existido, ou seja, não teria validade a primeira alienação, do devedor para o adquirente, e nem as subseqüentes aquisições dos eventuais subadquirentes.

A verdade é que a doutrina e os posicionamentos jurisprudenciais estão longe de pacificar posição a respeito, talvez pela excepcionalidade da contenda pauliana, considerando a dificuldade da produção de provas no que se refere ao *consilium fraudis*, ou quiçá pela exigência do mundo moderno da utilização, cada vez mais, das providências acautelatórias.

A origem da palavra, revocar, de ação revocatória (que tem rito comum do processo de conhecimento), conota retorno, volta, chamar para trás, portanto, apenas com a desconstituição de todos os atos de alienações indevidas é que se obterá o efeito almejado, ou seja, garantir o patrimônio ao devedor a fim de possibilitar a satisfação creditícia do credor.²⁵⁷

Pode-se concluir, portanto, que a ação pauliana ou revocatória não é um mecanismo simples de obtenção de tutela jurisdicional. As provas nela produzidas são ao mesmo tempo substanciais para a procedência do pleito e difíceis de se fazer evidenciar a fraude nos mais diversos atos de alienação, o que torna complexo, dispendioso e moroso o procedimento judicial.

O que se recomenda, isso sim, além da utilização das medidas cautelares nominadas ou inominadas visando prevenir situações ou evitar desventuras no mercado, é a investigação prévia. Antes de toda aquisição de bem, que o interessado avalie meticulosamente a situação patrimonial do vendedor-alienante no comércio, nas instituições de proteção ao crédito, verificando, principalmente, se não há, nos cartórios judiciais, ações tramitando em relação ao alienante.

também o efeito do ato de transmitir o domínio do bem (eficácia primária), seria, então, anulatória (CAIS, Frederico Fontoura da Silva. *Op. cit.*, p. 85).
257 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar, p. 191

Caso não seja suficiente todo escrúpulo empreendido pelo credor, só mesmo com a propositura da ação revocatória, que é de criação romana e que o pretor Paulo denominou de ação pauliana.

3.6 Semelhanças e diferenciações básicas entre os institutos da fraude contra credores e fraude de execução

Apesar das semelhanças entre os institutos quanto aos efeitos produzidos, é inquestionável a existência de inúmeras diferenças entre a fraude contra credores e a fraude de execução. Enquanto o primeiro é instituto típico do Direito Civil, o segundo é regulamentado pelo Direito Processual Civil. Tais institutos são preventivos de fraudes em relação àqueles detentores de direitos, praticados pelos respectivos devedores.

Os institutos jurídicos têm por escopo alcançar alienações ou onerações fraudulentas, sejam onde estiverem os bens e na posse de quem quer que seja, resultando, eventualmente, tanto em um como em outro, sem qualquer efeito o negócio fraudulento efetivado.

Enquanto a fraude contra credores se destina exclusivamente à proteção do particular, a fraude à execução é mais abrangente, pois além da proteção do credor, durante a pendenga judicial, é um instrumento de proteção, preponderantemente, à credibilidade das funções jurisdicionais.²⁵⁸ A primeira leva à anulabilidade da(s) alienação(ões), e a segunda, à ineficácia do ato de disposição ou oneração.

258 SOUZA, Gelson Amaro. Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente, p. 92.

A caracterização da fraude à execução pode se dar por uma simples petição no curso de qualquer processo, não carecendo de ampla produção de prova e nem ser demonstrado o aspecto subjetivo do devedor, considerando a gravidade da circunstância e o interesse do Estado. Não protegeu o adquirente de boa-fé, podendo ser decretada a prisão civil e criminal do devedor fraudador. Diferentemente, a fraude contra credores apenas pode se efetivar por intermédio da ação judicial revocatória ou pauliana, e os mecanismos de provas devem ser direcionados à comprovação do elemento objetivo *eventus damni*, e do elemento subjetivo, bem mais dificultoso a ser aclarado, denominado *consilium fraudis*.

4 OS INSTITUTOS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

4.1 Síntese histórica acerca da imprevisibilidade

As duas grandes guerras mundiais, a primeira iniciada em 1914 e a segunda, eclodida em 1939, fizeram surgir o instituto sob análise, dando-lhe relevo.

Esses catastróficos eventos levaram a preocupantes desequilíbrios da economia do mundo, fragilizando todas as relações obrigacionais, compelindo os contratantes a repensarem e a rediscutirem os compromissos assumidos.

A discussão que pairava nessa época centralizava na pergunta de que se era justo ou não um determinado contratante suportar prejuízos por não ter previsto o imprevisível. Tais discussões afrontavam, na época, disposições do Código Civil francês, porque nesse repositório se contemplava o princípio da irretratabilidade das convenções.

As idéias de flexibilização dos compromissos surgiam não só em razão dos inúmeros problemas causados pelas guerras, mas, sobretudo, em decorrência das circunstâncias históricas que buscavam soluções mais equânimes nos relacionamentos obrigacionais.²⁵⁹

Nesses momentos históricos, as imprevisibilidades floresceram em todos os níveis das relações. Assim, relevar tais fatos passou a ser uma necessidade.

Com o passar das décadas, diante dos desequilíbrios financeiros, econômicos e sociais que ocorreram no mundo, não havia mais como refutar as circunstâncias das imprevisões.

259 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão, p. 13-20.

Simultaneamente a esses fatos, surgia uma tendência que naturalmente despontava, provavelmente num ímpeto inconsciente de contraposição às guerras, da humanização da lei, relevando-se a dignidade dos cidadãos.²⁶⁰

Foi na Idade Média que ocorreram os primeiros espectros da doutrina canônica relativos à cláusula *rebus sic stantibus* que, em determinadas circunstâncias, surgia com força relativizadora da avença contratual, o *pacta sunt servanda*.

Mas foi efetivamente após a primeira grande guerra mundial que a relativização dos pactos contratuais ganhou contornos mais definidos, renascendo a partir do século XX.²⁶¹

O código de 1916 nada previa acerca da imprevisibilidade ou onerosidade excessiva, no entanto, os tribunais brasileiros recepcionam a tese desde há muito.²⁶²

4.1.1 A onerosidade excessiva no atual Código Civil

A contemporânea teoria da imprevisão (artigo 478²⁶³ e seguintes), positivada pelo legislador de 2002 com o título “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”, teve origem na medieval cláusula *rebus sic stantibus*.

Obviamente que não poderia o legislador material ter deixado de prever na novel legislação aquilo que, em tempos de humanização na aplicação das legislações, já estava se realizando.

260 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 16

261 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 497.

262 “Cessão de terreno para construção de apartamentos. Aumento do preço de material. Aplicação da Teoria da Imprevisão” (STF, RE 55516/GB – Guanabara, 1.ª T., rel. Min. Cândido Motta, v.u., in DJ 18.06/964).

263 Artigo 478 do CC: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A propósito, vale transcrever a profecia de Arnold Wald:

[...] num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição de sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia, e da imprevisão institucionalizada.²⁶⁴

O Código Civil de 2002 foi pródigo em fazer menção à questão da imprevisibilidade. Tratou do assunto também nos artigos 317, 620 e 625 e 1.699.²⁶⁵⁻²⁶⁶⁻²⁶⁷⁻²⁶⁸

Quando então, uma determinada circunstância imprevisível e excepcional, acaba por interferir diretamente na relação contratual, dificultando o cumprimento obrigacional por uma das partes e estabelecendo claro desequilíbrio entre a prestação e contraprestação, com prejuízo considerável a um contratante e proporcionando vantagem excessiva ao outro, estaremos diante da onerosidade excessiva.²⁶⁹

A preocupação do legislador pátrio é com a manutenção do equilíbrio nas relações contratuais, procurando evitar prejuízo excessivo para uma parte, mediante o locupletamento injustificado da outra.²⁷⁰

264 WALD, Arnold. O contrato: passado, presente e futuro, *in* Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 127.

265 Artigo 317 do CC: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

266 Artigo 620 do CC: Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada.

267 Artigo 625 do CC: Poderá o empreiteiro suspender a obra: II. quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços.

268 Artigo 1.699 do CC: Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

269 “Possibilidade, Revisão, Preço, Produto Estrangeiro, Objeto, Contrato Administrativo, Hipótese, Ocorrência, Desvalorização Real, Janeiro 1999, Caracterização, Fato Superveniente, Necessidade, Manutenção, Equilíbrio Econômico-Financeiro, Contrato Administrativo, Inadmissibilidade, Transferência, Contratado, Integralidade, Risco Contratual, Aplicação da Teoria da Imprevisão” (STJ, RMS 15154/PE, ROMS 2002/0089807-4, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *in* DJ 02.12.2002, v.u., p. 222).

270 Prevê o artigo 1.467, parte final do Código Civil italiano: A parte contra a qual for pedida a resolução poderá evitá-la oferecendo modificações equitativas das condições do contrato.

A reestruturação contratual foi a tônica, sugerindo a legislação, em princípio, uma readaptação aos seus termos, podendo culminar, eventualmente, na resolução contratual. Ou amenizam-se os efeitos

Não nos parece nem mesmo razoável estabelecer restrição acerca da aplicação da teoria pela cláusula contratual, não só porque tal previsão é de ordem pública, mas, sobretudo, porque se atentaria à garantia do propósito social do contrato, previsto no artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil.

4.1.2 *A teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor*

Além da legislação regulamentadora dos pactos locatícios (Lei n.º 8.245/91, artigo 19), que previu explicitamente a possibilidade de se proceder à revisão contratual nas relações locatícias, atualizando-o ao preço de mercado, após três anos de vigência do contrato ou do acordo realizado,²⁷⁵ o Código de Defesa do Consumidor não teve outra conotação.

Essa legislação, diferentemente do disposto no artigo 478 do Código Civil, não exige o elemento imprevisibilidade, razão pela qual, no dizer de Gagliano e Pamplona Filho,²⁷⁶ “[...] preferem a doutrina e a jurisprudência especializada denominá-la de teoria da onerosidade excessiva.”²⁷⁷

Autorizou a Lei n.º 8.078/90 a todo consumidor²⁷⁸ pleitear pela

275 “AÇÃO REVISIONAL EM LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. CONTRATO VENCIDO PRORROGADO POR TEMPO INDETERMINADO. Possibilidade da revisional de aluguéis por aplicação analógica do art. 49, § 4.º, da Lei 6.649/79, substituído pelos arts. 17, § 1.º, da Lei 8.178/91. Homenagem do legislador ao princípio do equilíbrio das prestações entre pactuantes nas locações comerciais residenciais, ensejando a revisão de aluguéis desde que haja alteração das condições econômicas de sorte a provocar defasagem do valor locativo. Recurso conhecido e provido (STJ, Resp 462937/SP, REsp 2002/0111754-8, 5.ª T., j. 10.02.2004, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., in DJ 15.03.2004, p. 291).

276 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 304.

277 “CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. Art. 6º, V, do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, PRECEDENTE DA CORTE. 1. Precedente da Corte assentou que o aumento do dólar americano no mês de janeiro de 1999 representa fato superveniente capaz de ensejar a revisão contratual, nos termos do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, já que, de modo indubitoso, onerou excessivamente, a prestação contratual, devendo ser repartidos os ônus gerados, na forma do precedente da 2.ª Seção (Resp 472.594/SP, 2.ª Seção, rel Min. Aldir Passarinho Junior). 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (STJ, REsp 4681/SP, REsp 2002/017562-6, 3.ª T., DJ 23-6-2003, p. 358, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, data da decisão 13-5-2003).

278 “DIREITO DO CONSUMIDOR. LEASING. Contrato com cláusula de correção atrelada à variação do dólar americano. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Revisão da cláusula que prevê a variação cambial. Onerosidade excessiva. Distribuição dos ônus da valorização cambial entre arrendante e

modificação da previsão contratual quando se sentir prejudicado (*vide* artigo 6.º, inciso V da referida lei), visando reequilibrar a relação contratual em razão de circunstâncias que possam ocorrer. Uma vez diagnosticada cláusula abusiva, obscura, tendenciosa ou dúbia que desestabilize a relação de consumo instaurada, poderá tal previsão ser anulada.

Atuou o legislador consumeirista realmente com muita audácia,²⁷⁹ quando possibilitou a rediscussão dos pactos independentemente da existência de fatos imprevisíveis, bastando a onerosidade ou a mera insatisfação em determinado momento, como a venda em domicílio, via reembolso postal, por telefone e outros casos análogos.

A propósito, importante relembrar as noções da boa-fé objetiva, que estão obviamente relacionadas com a onerosidade excessiva, instituto previsto no inciso V, do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor, e no artigo 478 do Código Civil.

O princípio da boa-fé objetiva, informado pelo artigo 422, está ligado à obrigatoriedade dos contratantes, quando da conclusão do contrato bem como quanto à sua execução, aos princípios da probidade e da boa-fé.

Obviamente que a pressuposição é de que os contratantes devem sempre ingressar nas negociações jurídicas imbuídos de boa-fé (boa-fé subjetiva) e esse é o mandamento inserto no artigo 422, reitera-se.

Portanto, a boa-fé objetiva é o direcionamento jurídico para que o magistrado se oriente, hermeneuticamente, em face das circunstâncias concretas, mantendo equilibradas as partes nos negócios jurídicos entabulados, inclusive nas tratativas consumeiristas.²⁸⁰

arrendatários. Recurso parcialmente acolhido” (STJ, Resp 437660/SP, REsp 2002/00560-9, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJ 08.04.2003, p. 306, v.u).

279 GRINOVER, Ada Pellegrini et al., Código brasileiro de defesa do consumidor, p. 483.

280 Demais dispositivos do Código Civil que preconizam a boa-fé objetiva: artigos 113 (interpretação); 187 (limites de direito) e 421 (função integrativa) (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 410).

A proibição de que fala o propalado artigo 422 se refere à interpretação, um instrumento de sustentação intelectual para o magistrado. Nesse sentido, preconiza Orlando Gomes:

Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade.²⁸¹

Portanto, se a onerosidade excessiva surgiu para autorizar a reestruturação das negociações jurídicas, sob prismas mais equânimes, ou até mesmo ensejando a resolução contratual (artigo 478, CC), é porque houve acentuado desequilíbrio entre as partes contratantes, o que contraria o mandamento genérico e direcionador da boa-fé objetiva.

É de se observar, assim, a fraterna ligação do instituto da onerosidade excessiva com dispositivo norteador, previsto no artigo 422.

Assim, retomando o enfoque das relações de consumo, todo e qualquer tipo de venda ao consumidor efetivada fora do local ordinário de mercancia ou da prestação de serviço autoriza o adquirente a desistir do negócio dentro dos sete dias subseqüentes, obviamente mediante a devolução dos valores eventualmente pagos, devidamente corrigidos (artigo 49, CDC).

Inegavelmente que, qualquer circunstância de negociação, pretendendo o consumidor adquirir uma determinada mercadoria por amostragem ou por intermédio de catálogos, não tem, comumente, a oportunidade de examinar e questionar o produto pretendido.

São as circunstâncias concretas que fornecerão um diagnóstico, autorizando ou não o consumidor a desistir do negócio entabulado. Portanto, não há que se falar em situações fechadas ou rol taxativo para a autorização de tais circunstâncias.

281 GOMES, Orlando. Contratos, p. 43.

A preocupação da aludida lei foi dar o amparo necessário ao obrigado em quaisquer relações contratuais de consumo, quando pouco refletivas tais aquisições ou ofertados os produtos ou serviços sob pressão, especificamente nas relações formalizadas pelos contratos de adesão.

4.2 O caso fortuito ou força maior

4.2.1 Breves abordagens históricas e aspectos gerais

Debatem-se, durante séculos, critérios para a conceituação do caso fortuito e da força maior, chegando-se à corrente objetiva e subjetiva. A primeira relacionada com os elementos decorrentes dos acontecimentos, sem a interferência humana, a segunda, relativa à ausência de culpa.

Com dedicação da escola de Bolonha, desde o século XII, no estudo do Direito Romano, época coincidente com o renascimento da Itália, várias posições surgiram a respeito dos institutos sob estudo.

Primeiramente, os glosadores procuraram identificar o sentido das expressões força maior e ausência de culpa. Sustentavam que não havendo culpa, mesmo levíssima por parte do devedor, era de se considerar evidenciado o caso fortuito e o conseqüente afastamento da responsabilidade obrigacional (*Nam si nec levíssima intervenit, ergo fuit casus fortuitus et sic non tenetur*).

Firmou-se, então, a partir desse posicionamento dos glosadores, a equivalência entre o caso fortuito e a força maior.

Mais tarde, como assevera Arnaldo Medeiros da Fonseca,²⁸² “Bartholo haveria de atenuar mais o rigor primitivo, quanto à responsabilidade do estalejadeiro, exigindo apenas a prova de se haver conduzido como um diligente *pater familias* e da ausência de culpa leve de sua parte para sua liberação.”

Mas, vale ressaltar, que entre os glosadores não houve unanimidade acerca da sinonímia preconizada.

Três correntes, então, formaram-se: ou se atribuía ao caso fortuito um enfoque objetivo, independentemente da inexistência de culpa; ou se sustentava um conceito subjetivo, fazendo-o começar onde cessasse responsabilidade por *culpa omnes*; ou, finalmente, admitia-se a figura da responsabilidade por culpa levíssima, aferindo-se subjetivamente a eventual isenção da obrigação por essa atitude culposa.²⁸³

Há muito se pretende distinguir os binômios.

Clovis Bevilacqua²⁸⁴ lecionou que “[...] não é a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e sim, a inevitabilidade”. Lacerda de Almeida,²⁸⁵ diferentemente, preconiza a sua ocorrência como “[...] um sucesso previsto, mas fatal, como a morte, a doença, etc.”

Delineando uma distinção entre caso fortuito e força maior, argumenta Arnaldo Rizzardo:²⁸⁶

O primeiro assenta na idéia da imprevisibilidade: o fato não se pode prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto, como inundações, incêndios, morte, uma longa seca, a desativação da empresa que fornece a matéria-prima. A segunda corresponde a todo acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pode evitar, nem em si mesmo, nem nas suas conseqüências: a doença, a morte. Naquele, realça-se mais a imprevisibilidade, enquanto na última desponta a inevitabilidade. Mas revelam-se tão precárias as distinções que alguns autores colocam as exemplificações invertidas. Importa a superveniência de um fato ou acontecimento que

282 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 34.

283 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 35.

284 BEVILAGUA, Clovis. Código Civil, p. 216.

285 ALMEIDA, Lacerda de. Efeitos das Obrigações, p. 346.

286 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos, p. 280.

impede o natural desenrolar do contrato, realçando as notas de imprevisibilidade e inevitabilidade.

Não se verificam, entre os binômios, diferenciações substanciais, até porque o Código Civil de 2002, no artigo 393, utiliza a disjunção “ou”. Afirma Sílvio de Salvo Venosa²⁸⁷ que, “de todas as distinções feitas, concluímos que entre ambos os fenômenos há apenas uma diferença de grau, com idênticas conseqüências”.

No Direito Brasileiro, a responsabilidade civil é de natureza eminentemente patrimonial, respondendo o devedor com o seu patrimônio presente e futuro (artigos 591, 646, CPC, e artigo 391, CC).²⁸⁸⁻²⁸⁹⁻²⁹⁰

Assim, conclamado o devedor ao pagamento da obrigação vencida e não o fazendo, poderá responder a um processo de cobrança ou de execução, com o comprometimento dos seus bens para que respondam pelo inadimplemento.

Em verdade, o propósito maior da legislação é que o devedor honre especificamente aquilo que se comprometeu, no prazo e em condições avençadas.²⁹¹ No entanto, quando isso não for possível, a lei autoriza a concessão de um resultado prático que seja equivalente e, em último caso, a condenação do inadimplente às perdas e aos danos.

O vocábulo “mora” não se traduz como o inadimplemento completo da dívida. Mora é simplesmente a desatenção ao cumprimento da obrigação pelo devedor no prazo estabelecido, mas pode este, mesmo a destempo, cumprir a *obligatio*, somados todos os acréscimos inerentes ao atraso, eventualmente existentes.

O descumprimento injustificado do avençado ou daquilo que foi judicialmente determinado reflete a mais caracterizada atitude de indisciplina

287 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 356.

obrigacional. No entanto, o devedor se vê, por vezes, liberado justificadamente do vínculo que o prende com o credor. Isso pode se dar, por exemplo, pela decadência, prescrição, onerosidade excessiva, pela não-observância da condição nos compromissos sinalagmáticos, e também pelo caso fortuito ou força maior.

4.2.2 *O caso fortuito ou a força maior*

O Código Civil, no artigo 389, referente ao inadimplemento das obrigações, diz: “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.”

Para que seja, entretanto, devida a indenização na hipótese de não ser cumprido especificamente o que se pactuou, necessário se faz que esteja presente o elemento culpa. O devedor tem que ser o responsável pelo inadimplemento para que emergja a obrigação subsidiária. Se, por outro lado, o devedor deparar-se, no momento do vencimento do débito, com circunstância de força imprevisível e intransponível ao cumprimento da obrigação, não estará a esta obrigada. É o que preconiza o artigo 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.”

Primeiramente, se faz necessário tecer breves comentários sobre o binômio “caso fortuito” ou “força maior”.

O Código Civil contempla esses institutos como excludentes de responsabilidade, porque não são possíveis de serem evitados. Não há como se negar a existência de forças maiores que não se derrotam, que assim carecem ser reconhecidas porque estão acima da capacidade humana.

Existem várias teorias procurando explicar quais as circunstâncias em que pode se dar o caso fortuito ou a força maior.

Absolutamente descabida a discriminação de um rol hermético para tais circunstâncias, salientando-se, porém, que não pode ser arbitrária a concepção jurídica acerca das excludentes estudadas.

Também não se pode aferir as situações excludentes isoladamente. Necessário se faz, contudo, que se avalie o surgimento de tais circunstâncias em relação aos institutos, à luz do princípio da razoabilidade, “[...] cujos efeitos não seriam dado a nenhum homem prudente prevenir ou obstar. Tal é concepção tradicional adotada também pelo nosso Código Civil. Verifica-se no fato necessário – diz o Código – cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”, nas palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca.²⁹²

Obviamente que cabe àquele que não honrou a obrigação o ônus de provar a impossibilidade ou inevitabilidade do cumprimento, e o elemento externo, ou seja, a ausência de culpa.²⁹³

Não basta. O elemento interno, a inevitabilidade, é o requisito nuclear para a caracterização da excludente. Trata-se de situação inusitada, diferente da realidade comum, de forma que não seria possível qualquer pessoa precaver-se ou oferecer resistência. Devem ser relevadas, ainda, as circunstâncias temporais, de meio, econômicas e culturais relacionadas ao devedor.

Por vezes, é absolutamente possível asseverar que a inevitabilidade pode decorrer da imprevisibilidade do acontecimento. Vezes outras, o acontecimento é previsível, mas a irresistibilidade da circunstância o torna inevitável.²⁹⁴

292 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 146-147.

293 “Há dois elementos a serem provados, um de índole objetiva, que é a inevitabilidade do evento, e outro de índole subjetiva, isto é, ausência de culpa. Deve o devedor provar que o evento surpreendente não poderia ter sido previsto ou evitado.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 356).

294 Comenta Fábio Ulhoa: “Assim, nem todo fortuito é imprevisível, mas sempre será inevitável. A inevitabilidade do dano pode originar-se da impossibilidade de antecipar-se a ocorrência do evento desencadeador ou da de obstar seus efeitos. A queda de um cometa na Terra pode ser evento previsível, mas, por enquanto, é totalmente inevitável. Em ocorrendo, os danos que provocar não serão indenizáveis.” (Curso de direito civil, p. 387).

Considerando a sinonímia dos binômios, é correta a expressão de qualquer um deles, dando significação genérica.

Por vezes, as excludentes são de origem natural, vezes outras, promanam da atividade humana.²⁹⁵

empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido. É a Lei n.º 8.078, em decorrência desse princípio, estabeleceu o sistema de responsabilidade civil objetiva, conforme vimos no início desta seção. Portanto, trata-se apenas de questão de risco do empreendimento. Aquele que exerce a livre atividade econômica assume esse risco integral.²⁹⁷⁻²⁹⁸

À luz dessa teoria, há sim responsabilidade do fornecedor em indenizar os danos que possa vir a causar o produto ou serviço disponibilizado no mercado (artigo 931, CC), mas a lei especial excepciona a responsabilidade objetiva em casos predeterminados (art. 12, § 3.º, incisos I, II e III, CDC).²⁹⁹⁻³⁰⁰

Há situações em que o dano é causado por terceiro.³⁰¹ Nessa circunstância, há que ser excluída a responsabilidade do agente causador, podendo ser responsabilizado aquele. Mas, para tanto, carece evidenciar-se o nexo de causalidade.

A relação de causalidade é circunstância absolutamente decisiva para o surgimento de determinada obrigação reparatória.³⁰²

297 NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 175.

298 No mesmo sentido (SAAD, Eduardo Gabriel et. al. Código de Defesa do Consumidor Comentado, p. 267-311).

299 Entendeu a respeito, o TJRS: “O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, § 3.º e incisos, exclui a responsabilidade do fabricante, por culpa objetiva, apenas quando este comprovar que não colocou o produto no mercado, que inexistiu o defeito, ou ainda, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. Tais situações aqui não se verificam, porquanto não se desincumbiu o demandado de tal ônus. Não há prova de que o autor tenha ocasionado o evento. Não é caso de automóvel em mau estado de conservação ou manutenção deficiente. O veículo apresenta o desgaste normal para seu tempo de uso (9 anos). Não se verifica, ainda, indícios de colisão grave a ponto de justificar o acionamento do sistema, por elementos diversos (o motorista não se machucou em outro local do corpo, o passageiro saiu ileso, o automóvel não apresentou qualquer deformidade de relevo). Portanto, não foram apresentadas razões plausíveis para o acionamento do air bag.” (Apelação Cível 70008964207, 10.ª CC, in DJ 10.12.2004).

300 Vide entendimento reconhecendo responsabilidade objetiva em Recurso Especial não conhecido (STJ, REsp 2002/0149538-4, 4.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, in DJ 8.3.2004).

301 “Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1.363 do Código Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo Autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudiciais. Recurso conhecido em parte provido” (STJ, Ac. Resp. 148897/MG, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar j. 10.2.98, v.u.).

302 Hipótese do pedestre que é atropelado por uma motocicleta que trafegava em regular mão de direção e em velocidade compatível, porque é colhida por um caminhão e lançada sobre o pedestre, motorista este embriagado e que transitava em alta velocidade. Não há qualquer relação de causalidade entre o pedestre e o motociclista, ressalte-se, não tendo este que obrigar-se à reparação.

Terceiro é qualquer pessoa, que não a vítima e nem o causador do dano. Ressalvam-se as pessoas por que o agente responde legalmente, tanto no campo criminal (filhos, tutelados, prepostos, aprendizes, etc.) como no contratual (encarregados da execução do contrato em geral). Trata-se de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Estes não são terceiros, no sentido de serem estranhos à relação que ora se analisa.

O que se deseja concluir³⁰³⁻³⁰⁴ é o fato de a ação do terceiro encontrar-se ao lado do caso fortuito ou da força maior e, por isso, descaracteriza qualquer relação de conexão entre causador do dano e da vítima, excluindo a responsabilidade. A eventual culpa de terceiro³⁰⁵ pode se dar total ou parcialmente, na proporção de sua participação nos danos causados.

Pode acontecer, ainda, de o evento ser causado pela vítima, por sua exclusiva culpa. Nesse caso, não há que se falar em relação de causalidade. Deve, assim, a vítima suportar plena e exclusivamente o dano, sem qualquer direito à indenização pela circunstância danosa surgida.³⁰⁶

O artigo 393 do Código Civil, segunda parte, diz não responder o devedor pela obrigação nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, “se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Já se comentou que a mora não significa inadimplir a obrigação. Trata-se apenas, isso sim, de inobservância ao momento previsto de honrá-la.

303 DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil, p. 218.

304 “Depositário judicial infiel – Força maior – Não havendo indícios de que o depositário tenha dado causa ao perecimento do bem penhorado, restando incontestes a alegação de força maior, tem-se por afastada a possibilidade de prisão civil.” (1.º TACSP, HC 351.165, 8.ª C, rel. Juiz Costa de Oliveira, j. 6.2.86, *in* RT 611-107).

305 *Vide* Súmula 187 do STF; RT 806/193 e 816/232.

306 Fábio Ulhoa leciona que, “mesmo se objetiva a responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima é excludente”. Assim, se foi seriamente lesada por mordidas de ferozes cães de guarda ao adentrar sem autorização em imóvel alheio, não terá direito à indenização porque foi exclusivamente dela a culpa (RT, 787/229). Da mesma forma, se as informações prestadas pelo empresário acerca dos riscos oferecidos por seus produtos ou serviços são adequadas e suficientes, e o consumidor sofre danos por ignorar as recomendações de segurança, não haverá acidente de consumo por periculosidade (*Op. cit.*, p. 393).

Entretanto, a mora tem um efeito punitivo àquele que estiver em atraso com a obrigação, desabrigando-o das excludentes, caso sobrevenha circunstância ensejadora.³⁰⁷

Mesmo o Código Civil fazendo menção ao caso fortuito ou à força maior, tal regra, sendo de natureza dispositiva, pode ser alterada por convenção das partes. O próprio artigo 393 ressalva a não-aplicação das excludentes, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. É o que a doutrina denomina de “cláusula de não indenizar”.

Poderá ser avençada a total ou parcial responsabilidade pela obrigação, independentemente da ocorrência excludente.

Há muita polêmica nessas cláusulas de responsabilização total ou parcial da obrigação, independentemente de qualquer situação.³⁰⁸

Nas relações de consumo, por exemplo, quanto aos contratos de adesão, não é bem recepcionada tal posição, artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Menos problemático no âmbito dos contratos paritários, desde que não venha de encontro com as normas de ordem pública.

Em algumas outras situações, não é de se admitir a cláusula de exclusão ou de responsabilização total, independentemente de qualquer coisa.

Imagine-se confiar o veículo ao motorista do estacionamento de um *shopping center* para manobra. Qualquer acidente que possa ocorrer, a reparação é de inteira e inequívoca responsabilidade do *shopping*, mesmo o serviço sendo gratuito, independentemente da existência de cláusula limitativa ou de exclusão.

307 Artigo 667, § 1.º do CC: Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido o substabelecimento.

308 Sustenta Sílvio Venosa: “Nem sempre a cláusula de total irresponsabilidade é bem vista e aceita na doutrina e na jurisprudência”. O código português proíbe a renúncia antecipada à indenização no art. 809. Só depois de adquirido o direito à indenização é que pode ser renunciado (cf. Telles, 1982:338). O mesmo não se afirma a respeito da limitação da responsabilidade. Tal limitação é útil em muitos pactos, quando uma das partes não pretende assumir um risco exagerado em uma situação sujeita a situações perigosas ou arriscadas.” (*Op. cit.*, p. 358).

Nesse caso, há um verdadeiro contrato de depósito, e o veículo deve ser devolvido como entregue foi ao manobrista.³⁰⁹

Outra argumentação em prol da responsabilidade pela coisa, nas hipóteses de depósito mesmo graciosamente, é que o oferecimento da guarda pelo veículo nos supermercados, por exemplo, é um contrato acessório do principal que o consumidor pactua com o estabelecimento.

Não há como negar a existência da cláusula de exclusão do caso fortuito ou da força maior, prevista no artigo 393 do Código Civil, segunda parte. No entanto, tal estipulação, para ter validade, deve ser analisada caso a caso e desde que não infrinja previsões do direito comercial e princípios de ordem pública.

As obrigações específicas, obviamente, são as mais freqüentes à caracterização do caso fortuito ou da força maior. Mas, não se pode descartar a incidência dos institutos excludentes das obrigações em dinheiro.

Por vezes, a expedição de uma determinada medida econômica pelo governo federal pode efetivamente comprometer o cumprimento de uma obrigação pecuniária. Vezes outras, em razão de uma patologia animal surgida em determinada região, passa a ser rejeitada completamente a aquisição do único produto de venda do criador, ainda que temporariamente. Ou, na hipótese do fechamento abrupto de um banco por irregularidades, são retidos todos os valores dos clientes que têm compromissos pecuniários a serem saldados.

Como obrigar um devedor³¹⁰ a honrar uma grande dívida pecuniária de trato sucessivo, se em razão de um acidente rodoviário, por exemplo, torna-se

309 Artigo 583 do Código Civil: Se, ocorrendo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

310 “Processual civil e civil. Agravo nos embargos no recurso especial. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Transporte de mercadoria. Roubo. Responsabilidade da transportadora. O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria” (STJ, AgRg nos EDcl no Resp 772620/MG. REsp 2005/0131869-0, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06.12.2005, DJ 19.12.05, v.u.).

tetraplégico e absolutamente impossibilitado de continuar a exercendo o seu trabalho?

Que dirá da situação de um pequeno agricultor que contrai empréstimo de uma instituição bancária para um plantio e, mesmo tomando todas as precauções necessárias à produção, é vítima de uma nova e resistente praga que avassala a sua lavoura?

4.3 Conclusão parcial

O que é irresistível aos limites humanos é inumano e, portanto, não há regramento que possa coagir nem comprometer alguém, de alguma forma, à sua transposição.

A inevitabilidade ou impeditividade preconizada no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil deve ser interpretada de forma mais abrangente possível. Sobrevindo tais circunstâncias, passa a competir ao devedor a demonstração cabal da sua mais plena isenção de culpa e que forças extraordinárias impossibilitaram o cumprimento da obrigação.

É importante diferenciar³¹¹ também o não pagamento puro e simples daquilo que se entabulou ou o que determinado na sentença, de uma execução obrigacional defeituosa ou parcial. O cumprimento da obrigação, após o prazo

311 Sustenta o professor português Fernando Pessoa Jorge, diferenciando inexecução total e parcial e esclarecendo sobre execução defeituosa: “I. A inexecução é total se o devedor nada faz para cumprir, é parcial, se realiza apenas parte da prestação, como sucede quando o devedor de dívida pecuniária entrega ao credor quantia inferior à devida. Só as obrigações de prestação divisível são susceptíveis de execução parcial (8), que, aliás, o credor pode recusar sem se constituir em mora (art. 763º do Cód. Civ.). II. A execução parcial é distinta da execução defeituosa (9), em que o devedor realiza a totalidade da prestação (ou parte dela, visto poder verificar-se uma execução parcial e defeituosa), mas *cumpré mal, sem ser nas condições devidas*. Assim sucede quando o devedor entrega uma máquina que não funciona bem, ou um animal doente, ou constrói a casa com materiais impróprios ou sem obedecer ao projecto” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, p. 25-26).

previsto, é caracterizadamente uma execução imperfeita. A mora reflete apenas a idéia de atraso obrigacional, não de inadimplemento.

O que importa saber, para que se possa aferir se o inadimplente pode ser agraciado com alguma excludente obrigacional, é se não honrou o determinado ou o avençado porque não quis ou porque não pôde. Uma vez alegada, carece ser verificado por todos os meios de provas apropriados se referida alegação é plausível ou não. Essa é a questão.

O inadimplemento que nos interessa neste estudo é o superveniente, ou seja, aquela impossibilidade insuperável do devedor ocorrente quando do vencimento do débito. Tal inadimplência pode se dar pela imprevisibilidade, caso fortuito ou força maior. Todas essas forças que extrapolam os limites da espécie humana tornam justificado o inadimplemento total ou parcial do obrigado, diz a lei, desde que clarividenciada a absoluta intransponibilidade das circunstâncias surgidas.

A aferição das excludentes deve ser sopesada pelo juiz à luz do bom senso, da razoabilidade e, sobretudo, do princípio da dignidade humana. Considerando, por um lado, que a responsabilidade do devedor é de natureza estritamente patrimonial, por outro, não se pode exigir nem admitir qualquer deslocamento coercitivo patrimonial do inadimplente para o detentor do crédito, quando o não-cumprimento da obrigação decorreu de força invencível, devidamente comprovado.

O ordenamento jurídico não admite que alguém responda com os seus bens pelo incumprimento de um débito, se não concorreu para que tal fato ocorresse.

A lei, quando trata das excludentes do artigo 393, bem como dos acontecimentos extraordinários que trata o artigo 478, não discrimina um rol de circunstâncias, momentos ou locais em que elas podem ser enfocadas.

Portanto, o melhor alvitre é que o caso fortuito ou força maior e a onerosidade excessiva ou a imprevisibilidade possam surgir e ser debatidos em quaisquer situações, inclusive no próprio processo de execução.

O artigo 478 do Código Civil confere legitimação ao devedor, textualmente previsto na segunda parte do dispositivo, para pedir a resolução do contrato, o que poderá perfeitamente ser pleiteado em sede de embargos à execução e de impugnação.

Enfim, é de se concluir que, surgindo as circunstâncias excludentes ou resolutorias do contrato nas discussões executivas, o que será objeto de estudo mais detido no capítulo 7 deste trabalho, o magistrado deverá possibilitar a cognição necessária, analisando o debate à luz das provas e principalmente de laudos periciais, se necessário for, e decidir fundamentalmente à luz do princípio da dignidade da pessoa e da proporcionalidade.

5 A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE

5.1 Generalidades

O sistema jurídico brasileiro é formado pela multiplicidade de legislações, um complexo de regramentos, talvez dos maiores conhecidos, estruturados a partir de uma norma hierarquicamente superior que é a Constituição Federal. É correto asseverar, portanto, que a Constituição é o paradigma para o legislador ordinário, devendo todo corpo legislativo ser elaborado absolutamente em conformidade com os ditames constitucionais.

Da principiologia constitucional devem emanar todas as orientações e os limites imprescindíveis a todos os níveis legislativos.

Não só o legislador, no exercício das suas funções, mas todo hermenauta, operador do direito, deve obediência à Constituição. A elaboração legislativa que não tenha por base a normatização magna, ou pensamento jurídico que não estiver subsumido a tal mandamento, é suscetível de questionamentos. Assim o sistema pátrio foi idealizado, não se admitindo releituras a esse respeito.

Não se quer dizer com isso que as interpretações constitucionais não devem estar em consonância com a revolução dos costumes, com a dinâmica dos acontecimentos sociais, políticos, culturais e, principalmente, tecnológicos.³¹²

Para o acompanhamento dessas naturais evoluções, tornou-se indispensável, no mundo moderno, interpretações mais abertas das

312 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, p. 188.

constituições, mesmo na utilização dos métodos tradicionais interpretativos, como o literal, teleológico, sistemático, históricos e outros.³¹³

A melhor interpretação constitucional não pode se desprender dos aspectos sociológicos e do bem comum, devendo prevalecer sempre o interesse público sobre o particular.

Mas, para se chegar à propalada “melhor interpretação dos preceitos”, deve-se ter em vista as noções axiológicas. Só com tais considerações poder-se-á chegar à utilização dos dispositivos da Constituição Federal direcionado ao bem comum, centralizado na pessoa humana e às suas necessidades existenciais. O texto constitucional traduz, mostra a direção interpretativa à harmonia social e à felicidade da espécie, centralizado na mais ampla proteção das pessoas e sempre voltado para a preponderância do princípio mor, que é o da dignidade.

Encontrando-se no corpo legislativo constitucional disposições genéricas e abstratas, todo escrúpulo interpretativo é pouco, até porque a extração do melhor significado normativo está ligada ao conteúdo axiológico empregado.

A Constituição Federal é composta de preceitos objetivos, aplicáveis especificamente a determinados casos, e de princípios, genericamente considerados. Estes, vivificados a partir das concepções axiológicas que podem ser encontrados implicitamente no texto.

Os princípios, assim, encontram-se no ápice da pirâmide hierárquica normativa. Quando algum deles tem em seu conteúdo informativo necessidade humana genericamente considerada, deve prevalecer sobre outros princípios, se não for possível coexistirem.

Rizzatto Nunes³¹⁴ sustenta o seguinte:

Ora, como a interpretação “conforme” a Constituição busca apontar as opções valorativas básicas do texto Máximo, os princípios tornam-se importantíssimos no trabalho do intérprete, não só porque são, de fato, superiores às normas, ainda que constitucionais, mas especialmente

313 HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e processual da Constituição*, p. 144.

314 NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 33.

porque, ao contrário das normas, que ao se chocarem geram antinomias, eles são compatibilizáveis. É claro que, mesmo assim, essa compatibilização deverá pôr em relevo aquele princípio mais influente no contexto analisado – como, da mesma forma, deve-se dar sempre maior importância aos princípios mais fundamentais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

O vocábulo “princípio”, segundo De Plácido e Silva,³¹⁵ provém do latim *principium*, conotando começo, origem.

Trata-se de um conjunto de regras axiologicamente estabelecidas, que orienta o operador a toda e qualquer conduta jurídica. Princípio é mandamento, determinação, é o cerne de todo um sistema, direcionando o hermenêuta à melhor interpretação das normas.

Portanto, transgredir um princípio é algo absolutamente grave e viola o próprio sistema vigente.³¹⁶

Com isso, razoável a conclusão de que os princípios são parâmetros, dispositivos de segurança aos padrões legais estabelecidos, sempre com observância à proporcionalidade ou razoabilidade. A partir daí, acredita-se, deve-se traduzir o exato propósito do legislador, sempre aferido com vistas ao melhor equilíbrio interpretativo.

Assim como os princípios constitucionais informam os valores substanciais, vetorizando a melhor utilização do regramento infraconstitucional, o princípio da proporcionalidade deve sempre ser considerado, entrelaçando-se harmonicamente com todos os outros, sinalizando a melhor utilização principiológica.³¹⁷

315 SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico, p. 639.

316 “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer [...] porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 545-546).

317 “É verdade, ainda, que o realce de um princípio, usualmente, se dá na comparação com outro. No entanto, isso também não impede que se tomem uns como mais destacados que outros, sempre. Dentre o mais importante estão, claro, o da dignidade da pessoa humana, que abordaremos ao final, e um outro, que precisa ser ainda bastante estudado e compreendido, que é o da proporcionalidade. Como se verá, o princípio da proporcionalidade é implícito no sistema constitucional brasileiro e tem caráter instrumental, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo nele seu limite e voltando a ele – em proposta que faremos – num segundo grau, quando surgir um conflito concreto de dignidade” (NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 34-35).

O princípio da proporcionalidade traduz ponderação, equilíbrio interpretativo em qualquer nível legislativo. O hermeneuta, quando se serve desse princípio, em verdade avalia dois ou mais posicionamentos, prioriza um deles, inclinando-se à solução mais condizente com os padrões do que possa ser mais justo.³¹⁸

Proporcionalidade relaciona-se com posicionamentos equalizados e, portanto, com o princípio da isonomia. A aplicação desse princípio é absolutamente variável e deve ser aferida à luz de vários dados e várias circunstâncias, objetiva e subjetivamente considerados. Não há que se falar, obviamente, em qualquer padrão valorativo para manejá-lo.

Não há temor em afirmar que o princípio da proporcionalidade é o instrumento ideal para aplicação do princípio da igualdade, e ambos deverão estar presentes em todos os momentos interpretativos. Nas hipóteses de exame de conflitos ligados ao princípio da igualdade, invocar o princípio da proporcionalidade é o melhor alvitre.³¹⁹

É preciso que se torne patente que, se o artigo 1.º da Constituição Federal releva o princípio da dignidade como princípio fundamental do Estado de Direito, não é de se admitir qualquer comportamento, nem mesmo jurisdicional, que possa vir a atentar contra ele.³²⁰

É de se ressaltar, no entanto, que não se pode atribuir a paternidade do princípio da dignidade da pessoa humana ao legislador constitucional de 1988, este apenas o reconheceu.

O projeto original da Constituição Federal de 1988 previa textualmente, no artigo 37, *caput*, o princípio da razoabilidade. Não permaneceu ao final da redação, mas, mesmo figurando apenas implicitamente, não há que ser desconsiderado em momento algum.³²¹

318 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 158, 161 e 171.

319 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 353.

320 CRETTELA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988, p. 139.

321 STJ, Resp 664856, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 06.04.2006, in DJ 02.05.2006, p. 253.

honra, autoridade, nobreza; qualidade do que é grande, nobre, elevado; respeito aos próprios sentimentos, valores.³²⁶

Trata-se de um atributo, uma qualidade própria e inata do ser humano, mas que pode também ser adquirida.

O tema dignidade foi tratado, pela primeira vez, pela Constituição de 1934, no artigo 115, explicitando que a ordem econômica deveria ser organizada de modo a possibilitar “[...] a todos existência digna”.³²⁷

O princípio da dignidade foi tratado, pela Constituição Federal de 1988, como um dos mais importantes.³²⁸⁻³²⁹

A dignidade é um atributo inato à pessoa, mas é possível a sua construção e o seu aperfeiçoamento a partir dos seus mais diversos elementos formadores, como a liberdade, a imagem, intimidade e outros dotes.³³⁰

Com a predominância do sistema capitalista em praticamente em todo o mundo, a preocupação com a dignidade da pessoa humana tem sido relegada a um plano inferior, variando a sua importância segundo o desenvolvimento e as circunstâncias sociocultural e econômica dos países.

pode ser utilizado como instrumento de pressão para impor sacrifícios pessoais ao devedor e seus familiares, ante a ausência de patrimônio disponível para garantir o resgate da obrigação.”

Entretanto, a partir do surgimento das democracias do século XX,³³¹ a dignidade passou a ser objeto de maior preocupação, decorrência imediata, sobretudo, do amadurecimento político das pessoas nas sociedades.

Indiscutivelmente, a dignidade é uma lei fundamental e natural, absolutamente intangível que precede o próprio direito, e que, quando contemplada nas legislações, reflete apenas a formalização de um direito preexistente.

A Constituição brasileira está repleta de menções ao princípio estudado, por vezes com alusões diretas. No seu artigo 3.º, talvez o de maior amplitude, juntamente com o artigo 1.º, reza, como propósito fundamental da República Federativa do Brasil: “I. constituir uma sociedade livre, justa e solidária.” Detecta-se, assim, pelo inciso transcrito, toda preocupação do legislador constitucional com as desigualdades sociais.

Essa gama de disposições constitucionais acerca do princípio da dignidade³³² não pode ser vista apenas como uma premissa genericamente considerada. Deve ser fonte informativa fundamental para a resolutividade das discussões judiciais especificamente consideradas, graduando os valores existenciais da pessoa acima ou ao lado de qualquer outro princípio.³³³

331 ARAUJO, José Antonio Estévez. La Constitución como proceso y la desobediência civil, p. 97.

332 Outra preocupação explícita relativa ao respeito à dignidade humana encontra-se no dispositivo que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Art. 5.º, inciso III). Trata-se de preceito novo, que não constava expressamente do rol de direitos fundamentais da Constituição anterior, mas que se revelou imprescindível para exorcizar os espectros que violentaram a dignidade e a integridade física de tantos brasileiros durante o período da ditadura militar. Ainda uma novidade importante, inserida expressamente como direito fundamental da pessoa humana, é o direito à indenização por danos morais (Art. 5.º, inciso V), preservando-lhe a imagem e a intimidade. Salienta-se, assim, como o expresse reconhecimento da indenizabilidade do dano moral, uma proteção à dimensão espiritual e existencial do indivíduo, sem perder de vista o tradicional direito à indenização por danos de ordem material e econômica. Nessa mesma linha, situa-se o instituto-garantia do habeas data (Art. 5.º, inciso LXXII), destinado a proteger a esfera íntima dos indivíduos, evitando que seja indevidamente manipulada por terceiros (ALVES, Cleber Francisco. *Op. cit.*, p. 140-142).

333 Entendeu o STJ: “Legitimidade ativa, sócio cotista, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, oposição, embargos de terceiro, com, pretensão, desconstituição da penhora, sobre imóvel, propriedade, empresa comercial/hipótese, utilização, imóvel, com, objetivo, residência, família, sócio, cotista/decorrência, existência, interesse, sócio, reconhecimento, impenhorabilidade, bem de família; observância, artigo, Código de Processo Civil. Impossibilidade, âmbito, execução fiscal, penhora, único imóvel, propriedade, sociedade por cotas de responsabilidade limitada/hipótese, sócio, utilização, imóvel, objetivo, residência, família, por período, superior, oito anos; ocorrência, destruição, anterior, imóvel, residência, família, motivo, acidente, com, explosivo/decorrência, caracterização, sociedade familiar; inexistência, outro, imóvel, propriedade,

Não há mais como dissociar a pessoa humana do núcleo da Constituição de 1988, o que, obviamente, reflete um amadurecimento da sociedade brasileira.

Preocupou-se, ainda, o legislador constitucional, sob a ótica da dignidade, em proteger a mais sutil intimidade da pessoa, quando fez prever a reparação por dano moral e o *habeas data*, levando os interessados a tais pleitos a confortos até mesmo de dimensão emocional e espiritual. Da mesma forma agiu o legislador em relação aos direitos sociais, artigo 7.º e respectivos incisos, não descuidando das devidas proteções aos trabalhadores.

Há um outro princípio, ligado propriamente ao funcionamento processual e que também está relacionado com a dignidade da pessoa humana, que é o do devido processo legal, artigo 5.º, inciso LIV.³³⁴

Nelson Nery Junior³³⁵ argumenta a respeito:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorresse todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie.

O princípio insculpido no artigo 5.º, inciso LIV, denota a idéia de proteção ao indivíduo na sociedade, por um processo judicial que deve ter, por essência, uma tramitação ordenada, de amplas manifestações contraditórias.³³⁶ Essa dialética processual lhe assegura o direito à liberdade e à propriedade, garantindo-lhe o direito à própria vida e, assim, prestigiando-lhe o atributo inerente que é a dignidade.

família, sócio cotista; necessidade, interpretação, artigo, Lei Federal, 1990, com, observância, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; necessidade, proteção, habitação, família. (voto vencido) (Min. Francisco Falcão). Possibilidade, penhora, imóvel, propriedade, empresa comercial, independência, sócio, utilização, bem, com, objetivo, residência, família / decorrência, registro, imóvel, nome, empresa comercial; inaplicabilidade, Lei Federal, 1990.” (REsp 621399-RS, 1.ª T., rel. Min Luiz Fux, j. 19.04.2005, in DJ 20.02.2006, p. 207).

334 Art. 5.º, inciso LIV, da CF: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

335 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 32.

336 PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil, p. 145-147.

Obviamente que não teria cabimento tantas previsões enaltecidas do princípio da dignidade, se não fosse possível a sua aplicabilidade. Até mesmo os menos favorecidos economicamente devem ter o amparo judicial por meio das defensorias públicas, artigo 5.º, inciso LXXIV.

Em termos práticos, carece ser sacramentado que nenhuma iniciativa legislativa, nenhum pleito ou posicionamento doutrinário e muito menos decisão judicial, deve prescindir da observância do princípio da dignidade, em concomitância ao princípio da proporcionalidade.

É de se concluir, por fim, que, após tanto tempo de vigência da Constituição Federal brasileira, tardou àqueles que operam o direito a inafastável obrigação de sustentarem os seus posicionamentos, no mais pleno e inflexível respeito à dignidade das pessoas.

5.3 Princípios da execução

Já se comentou que os princípios são vetores, diretrizes preliminares direcionadores da sistemática normativa.

Os processos previstos no nosso sistema são orientados por princípios genéricos, comuns a todos os tipos, assim como por princípios específicos, individualizados a cada espécie processual. Com o processo de execução não é diferente.

Os genéricos aplicáveis às execuções são, entre outros, princípio da iniciativa ou dispositivo, do impulso oficial, do contraditório, da livre convicção motivada, da publicidade, da lealdade e da oralidade, todos estes decorrentes, obviamente, do *due process of law*, matriz de todas as orientações principiológicas ligadas ao processo.

Os princípios estão presentes em todos os ordenamentos e sistemas normativos, e surgem traçando linhas interpretativas reveladoras dos valores que devem ser atribuídos pelo hermenêuta.³³⁷

Vejam agora os princípios informativos específicos das execuções:

5.3.1 *Princípio específico maior: o título executivo (artigo 583 do CPC)*

Diz-se magno porque é previsto na lei, e sem o qual não há execução – *Nulla executio sine titulo*. O título executivo é a base do processo executório, porque expressa a obrigação a ser exigida.

Apenas o crédito inserto no título, que preencha determinadas formalidades, é suscetível de instruir um pleito executório, porque só dessa forma a lei lhe atribui eficácia executiva.

5.3.2 *Princípio da realização da execução em prol do interesse do credor (artigo 612 do CPC)*

Apenas e tão-somente aquele que for titular de um crédito é que poderá pleitear a tutela executiva, coagindo o devedor ao adimplemento. As execuções prestam-se exatamente a isso, pelos agressivos e sucessivos atos processuais, levarem a mais plena satisfação o credor de obrigações.

337 Empreende a doutrina brasileira distinção entre princípios informativos e fundamentais: aqueles são de ordem técnica e universal, insuscetíveis de variações socioeconômicas; estes, ao contrário, carregados ideologicamente, comportam balanceamento em cada ordenamento concreto (ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 112).

Importante ficar patente que o processo de execução deve ser o mais equilibrado possível. O CPC está repleto de disposições nesse sentido, preconizando por uma execução absolutamente eficaz em favor do credor, mas com limitações bem delineadas no sentido de que não se deve comprometer o patrimônio do devedor, além do estritamente necessário à satisfação do exeqüente.³³⁸

5.3.3 *Princípio da patrimonialidade ou de que toda execução é real*

O princípio da patrimonialidade ou de que toda execução é real pode ser encontrado no artigo 591, do Código de Processo Civil, e traduz a possibilidade do comprometimento patrimonial do devedor pelos seus débitos inadimplidos, tanto os bens presentes como os futuros, mas excepciona os bens protegidos por lei.

Não há, em regra, no processo de execução pátrio, punição corporal por inadimplemento, com exceção dos casos contemplados e admitidos pela Constituição, como a segregação no caso de inadimplemento alimentar e depositário infiel.³³⁹

Entretanto, a existência de patrimônio disponível é de tamanha importância nas execuções que, certificando o oficial de justiça não existir bens do devedor suscetível de constrição, o processo deverá ser suspenso (artigo 791, inciso III, CPC) até que o executado venha a adquirir e o exeqüente os indique onde podem ser encontrados.

338 GRECO, Leonardo. O processo de execução, p. 305-306.

339 Artigo 5.º, inciso LXVII – não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

5.3.4 *Princípio da disponibilidade da execução*

Esse princípio informa que o detentor de título executivo não está obrigado a executar o seu crédito, e também nada lhe obriga a prosseguir na execução, após a instauração do processo.

Diferentemente do processo cognitivo, que possibilita ao autor desistir da ação depois de instaurado, e após a citação do réu, apenas com a anuência deste (artigo 267, § 4.º, do CPC), no de execução não há tal condição.

A independência do exequente está na possibilidade da desistência de todo o processo executivo ou de alguns atos. Apenas se houver discussão no âmbito dos embargos, ficará o embargante, na hipótese de desistência, obrigado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, até porque a natureza dos embargos do devedor é cognitiva.

Com a Lei n.º 11.232/2005, alterou-se substancialmente a ritualística da execução por quantia certa, definindo-se apenas como uma fase da cognição, ulterior à prolação da sentença. O legislador possibilitou ao devedor de quantia certa, originária de título judicial, o direito de defesa em relação à execução proposta (artigo 475-L, CPC), mas limitado aos seguintes temas:

I. falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia; II. inexigibilidade do título; III. penhora incorreta ou avaliação errônea; IV. ilegitimidade das partes; V. excesso de execução; VI. qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição desde que superveniente à sentença.

O artigo 475-L não se diferenciou substancialmente do artigo 741.³⁴⁰ O

340 Previa o revogado artigo 741 do CPC: Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

diferencial entre ambos os sistemas situa-se na forma da interposição da defesa. Pela legislação revogada, o executado só poderia defender-se pela ação de embargos do devedor (artigo 736 e seguintes, CPC), que era efetivado em apenso aos autos com a imediata suspensão da tramitação da execução. Agora, pelo formato implantado pela Lei n.º 11.232/05, a impugnação é interposta no bojo dos autos da execução, que não mais necessariamente será suspensa. Deverá ser suspensa, entendemos, a critério do magistrado, quando vislumbrar este a possibilidade de causar dano de difícil reparação ao executado, acaso tenha prosseguimento a discussão executória.

Os embargos do devedor, a partir da propalada reforma, ficaram restritos às execuções fundadas em títulos extrajudiciais (artigo 585 combinado com artigo 745, CPC).³⁴¹

É o artigo 569 do CPC que trata da disponibilidade executória, total ou parcialmente.³⁴²⁻³⁴³

5.3.5 *Princípio da especificidade da execução*

A ação de execução deve possibilitar ao credor exatamente aquilo que avençou ou que obteria caso a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente,

341 MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, p. 550-552.

342 “O regime do art. 569, *caput*, tem lugar em qualquer procedimento executivo. Por tal motivo, admite-se a desistência da prisão (infra, 393.5.4), ou da *astreinte* (infra, 157.6), e adimplindo o obrigado, porque o art. 581 só veda ao credor prosseguir a execução nesta contingência. Entretanto, a faculdade instituída no art. 569, *caput*, repousa na inexistência de prejuízos – ao contrário, somente trará benefícios ao devedor – e, talvez, a execução se encontre em estágio tão avançado que sua extinção envolva terceiros. Por exemplo, o auto de arrematação já se encontra assinado (art. 694, *caput*) ou a obra adjudicada, por termo, ao empreiteiro (art. 634, § 4.º, *in fine*). Nessas hipóteses, a desistência dependerá do consentimento desses terceiros ou o órgão judiciário ressalvará seus direitos (v.g., mantendo a arrematação e indenizando o empreiteiro)” (ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 118).

343 Entendeu a 4.ª Turma do STJ, REsp. 75.056-MG, j. 13.05.96, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 17.6.96, p. 21.495: “A desistência da execução não implica extinção da ação de embargos quando nestes forem suscitadas questões de direito material e a executada-embargante não concorda com a extinção dos embargos”.

conforme descrição do título exequendo. O direito do credor relaciona-se com os exatos limites obrigacionais insertos no título judicial ou extrajudicial.

O Estado deseja exatamente isso, que o credor possa obter o que obteria com o cumprimento voluntário por parte do devedor.

Mas a lei prevê alternativas não sendo possível o devedor honrar exatamente aquilo que está obrigado. A substituição em dinheiro é uma opção prevista, por exemplo, para as hipóteses de impossibilidade de o credor receber a coisa que esperava receber (artigo 627, CPC). Também se confere essa alternativa para o credor, no recebimento de perdas e danos, se o devedor não satisfizer a obrigação de fazer (artigo 633, CPC).

O instituto da adjudicação de bens é uma outra opção ao detentor do crédito, quando não houver lançador em primeira ou segunda hasta (artigo 714, CPC).

O princípio sob estudo suavizou-se por ocasião dos artigos 461 e 461-A. Não sendo possível a obtenção exatamente do que se avençou, autorizou o artigo 461, alternativamente à tutela específica da obrigação, providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Determina o artigo 461-A, no que tange às hipóteses das obrigações que tenha por objeto a entrega de coisa, a aplicação subsidiária dos incisos do artigo anterior.

Na verdade, o legislador de 1994 (Lei n.º 8.952), assim como o de 2002 (Lei n.º 10.444), idealizadores dos artigos 461 e 461-A, respectivamente, preocuparam-se, fundamentalmente, com a necessidade de tornar os préstimos jurisdicionais mais efetivos, outorgando alternativas de resolutividade para o magistrado, quando não for possível a outorga da tutela específica ao credor.

O legislador processual brasileiro continua incomodado com o problema da efetividade dos préstimos jurisdicionais, razão pela qual instituiu o recente artigo 475-J, promulgado pela Lei n.º 11.232/05. O preceito deu consistência aos pleitos e facilitou para o credor de valores certos ou fixados em liquidação, o

recebimento da cifra com aplicação de multa de dez por cento. Deveras, uma grande iniciativa.

5.4 Princípio da efetividade X princípio da dignidade

Talvez um dos maiores desafios da seara jurídica brasileira da atualidade, seja tornar mais efetivo o préstimo jurisdicional.

Algumas iniciativas recentes têm sido muito bem-vindas, mas sem que haja um sério incentivo por parte dos Poderes Executivos, na canalização de verbas específicas, não serão sensíveis as mudanças tão almejadas pela sociedade brasileira.

O problema se agrava mais ainda no processo executivo, que é de natureza absolutamente satisfativa, mas que na prática não tem demonstrado a necessária eficiência, ao contrário, é morosa na dinâmica dos seus atos, não é razoável economicamente e de eficácia coativo-expropriatória regular.

A preocupação do legislador processual brasileiro com a efetividade dos préstimos, especialmente o do processo executório, tem sido tão propalada que carece ser tomado muito cuidado por conta das garantias que o próprio Código de Processo Civil conferiu ao executado. Garantias estas, por exemplo, das impenhorabilidades, a absoluta prevista no artigo 649, a relativa no artigo 650, a oriunda da Lei n.º 8.009, e principalmente o artigo 620 do Código Processual Civil.³⁴⁴ Essas garantias encontram sustentação no próprio direito à dignidade, que se posicionam bem acima das regras de pressão inerentes às execuções,

344 Artigo 620 do CPC: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

vedando terminantemente qualquer vilipêndio e opressão à pessoa do executado.³⁴⁵

É preciso que seja dito que as execuções apresentam problemas tanto em relação aos instrumentos conferidos aos exequentes, mas também aos executados. Em relação àqueles, comumente ineficazes e absolutamente morosos à obtenção de suas pretensões, em relação a estes, acuados em determinados momentos da tramitação, vitimados pela coercitividade exacerbada de algumas decisões, mesmo, por vezes, tendo se dado o inadimplemento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Indiscutivelmente, o processo de execução deve ser implacável para com o devedor, reitera-se, no sentido de imprimir toda coatividade em prol da mais plena satisfação ao exequente. No entanto, deve se ter muito escrúpulo na realização dos atos processuais, expedindo a magistratura determinações sempre com observância ao princípio da proporcionalidade, para que não se extrapolem as estritas delimitações dos direitos do executado, à sua dignidade e da sua família.

Esse é o ponto de equalização que pretende demonstrar este estudo.

5.4.1 *A efetividade, questões de ordem técnica e política*

Não são poucos os problemas que acometem o Poder Judiciário.

Dentre inúmeros, pode ser verificada a falta de material humano, tecnológico, espaço físico para os trabalhos das serventias e sérias dificuldades de acesso dos menos abastados, até propriamente imperfeições na realização dos

³⁴⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo VIII: Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

atos processuais, que por vezes refoge ao controle das partes e dos respectivos patronos.

Tais distorções já são crônicas, e todas as iniciativas têm-se mostrado paliativas, porque se distanciam do real problema, que é, verdadeiramente, a falta de aparelhamento ao Judiciário, para o aperfeiçoamento da sua estrutura.

Necessitam, então, urgentemente, ser tomadas posições de ações conjuntas e simultâneas, no sentido de se iniciar pressões sistemáticas para que os governos priorizem essa necessidade premente, a fim de que, a partir daí, inicie a correção e resolução dessas distorções.³⁴⁶

Há grandes problemas também para a obtenção dos préstimos jurisdicionais céleres, notadamente no campo executório, o que é mais preocupante, até porque se trata de um processo que se caracteriza essencialmente pela satisfatividade.

Movimentações legislativas de ordem técnica têm sido implementadas, visando à minoração dos problemas que acometem a máquina judiciária.

Foram concretizadas reformas consideráveis nos últimos dez anos, no âmbito processual civil. A sociedade brasileira presenciou recentemente a promulgação das Leis n.ºs 11.187, 11.232, 11.276, 11.277 e 11.382, entretanto, torna-se mais que evidente que os maiores problemas não são de ordem técnico-legislativa.

Temos, em regra, um bom Código Processual Civil, com previsões amplas, meticulosas e teoricamente de grande eficácia para os pleitos e a entrega dos préstimos almejados, mas tais virtudes não se fazem sensíveis na prática judiciária cotidiana.³⁴⁷

Tornar mais efetivas as tutelas pleiteadas àqueles que delas precisam ainda é um dever ser, e que poderá sim ser gradualmente solucionada se forem resolvidos vários outros problemas concomitantemente.

346 CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam, p. 105-117.

347 COUTURE, Eduardo J.. Introdução ao estudo do processo civil, p. 62-76.

Especificamente nas discussões executórias, estamos longe de algo razoável em termos de eficácia. O rompimento com o atual sistema de legado romano-germânico é uma medida que se impõe, porque tal estrutura só é funcional e satisfatória com substanciais reformulações administrativas. O arcaísmo de alguns pontos do regramento executivo, a lentidão das tramitações intra e extraproceto e a sobrecarga dos magistrados têm levado a profundas iniquidades e inoperâncias.

Criou-se, é uma verdade, uma nova sistemática de sumarização e terceirização de alguns atos processuais executórios (Lei n.º 11.382/06), como os de preparação e expropriação patrimonial nas execuções contra devedor solvente.

Toda preocupação tem sido no sentido de restabelecer a necessária credibilidade ao Poder Judiciário e, para tanto, precisa ser outorgado à sociedade um outro modelo jurídico-administrativo, para a mais eficaz e célere satisfação das obrigações inadimplidas insertas nos títulos extrajudiciais ou decorrentes de sentenças condenatórias.³⁴⁸

O legislador processual conseguiu dar um excelente passo para o necessário aperfeiçoamento, com a unificação do processo de conhecimento e do executório, instrumentalizando as obrigações de fazer e não fazer, de entrega de coisa certa e incerta e de pagar quantia, alcunhados de processos sincréticos.

Entretanto, não caminhou bem promulgando a Lei do Agravo (Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005), que retirou da parte o direito de se voltar imediatamente contra as interlocutórias, naquelas circunstâncias em que entendesse necessárias. Houve uma limitação funesta ao direito das partes de requerer a reformulação de determinados posicionamentos, por vezes extremamente prejudicial a mais salutar trilha procedimental.

348 CARAM JÚNIOR, Moacyr. O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório, p. 71-74.

Não nos parece ter sido vedada a interposição do agravo de instrumento em face de interlocutórias proferidas nas execuções.³⁴⁹ Nestas, não há decisão meritória, não se justificando, portanto, apelação com pedido preliminar de apreciação de agravo retido. Nas execuções, realizam-se apenas atos coativos, bruscos, que podem gerar danos imediatos, e nesses casos estaria a parte prejudicada autorizada ao agravo de instrumento (artigo 522, CPC).

Ademais, a Lei n.º 11.187/05 violou o inciso LV do artigo 5.º da Constituição, uma vez que os direitos assegurados nesse inciso magno são absolutamente amplos. Ei-lo: “LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” A ressalva do artigo 522 do CPC – “[...] salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” – não foi suficiente, no nosso entendimento. Primeiramente, parece-nos haver um flagrante conflito à ressalva em relação ao inciso constitucional, que não admite qualquer limitação. Segundo, que o critério de avaliação pode causar divergência acerca da locução “decisão suscetível de causar à parte lesão e de difícil reparação”. Tal assertiva quer nos fazer concluir que decisão interlocutória que possa causar pequena lesão não comportaria correção imediata pela interposição do agravo de instrumento.

constitucionais, procurando justificar, apenas posteriormente, a legalidade da iniciativa.³⁵⁰

O Poder Legislativo tem se preocupado em demasia com a lei processual, como se esta fosse a única responsável pelas mazelas jurisdicionais, o que não é verdade. É preciso, isso sim, se estabelecer políticas claras no sentido de que os Poderes Executivos efetivamente fiquem obrigados à canalização de todos os recursos imprescindíveis com a mais ampla reforma administrativa no Poder Judiciário.

350 SANTOS, Ernane Fidélis. Manual de direito processual civil, p. 637-709.

6 ABORDAGENS SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO

6.1 O Direito uruguaio

No Direito Uruguaio, o procedimento executório é exercido diretamente por um juiz, ou seja, só se instaura o procedimento executório por iniciativa da parte interessada, artigo 371 do *Codigo General del Proceso (CGP)*, como no Direito Brasileiro, artigo 262 do Código Processual Civil.

Como meios de coação sobre o executado, há as medidas patrimoniais e pessoais. Quanto àquelas, existe a previsão das *astreintes (astricciones)*, conforme artigo 374.1 do CGP que, quando cobradas, revertem em benefício de um fundo judicial administrado pela Suprema Corte, salvo na execução de obrigação de fazer, em que o beneficiário é o próprio exequente.

O magistrado uruguaio, em conformidade com cada caso, poderá majorar, minorar ou simplesmente suprimir as *astreintes*, quando previstas, tanto a requerimento como de ofício. A mesma liberdade também é outorgada ao magistrado brasileiro, quanto a esse mecanismo de coerção.³⁵¹⁻³⁵²⁻³⁵³⁻³⁵⁴

Já no que se refere às coações pessoais previstas no processo uruguaio, podem ser citadas a condução compulsória à presença do juiz, aplicável às testemunhas e aos encarregados judiciais e à prisão, por prazo não superior à 48

351 O artigo 461, § 4.º do CPC brasileiro reza: O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

352 “A doutrina brasileira tem admitido que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC constituem exceções à regra geral de que a sentença não pode fugir do pedido. Arruda Alvim, por exemplo, referindo-se à multa prevista no art. 84 do CDC, afirma que ‘a possibilidade de imposição desta multa diária independe de pedido do autor, o que é novidade. Não se segue a regra geral (principalmente, arts. 128 e 460, primeira frase, do CPC), de que qualquer decisão, ordem ou sentença, sempre depende de pedido da parte e haverá de a este se cingir para o respectivo acolhimento, ou não’” (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória, p. 121).

353 O artigo 461, § 6.º do CPC brasileiro prevê: O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

354 VIEIRA, Luis Alberto. La ejecución forzada em el CGP. In: Curso sobre el Codigo General del Proceso, p. 150-151.

horas para a entrega do que for necessário e importante ao processo executório.³⁵⁵

Nos procedimentos em que o devedor é conclamado a pagar quantia líquida e exigível (artigo 353), deverá fazê-lo no prazo de três dias. Na hipótese de penhora de bens, o devedor poderá aduzir qualquer defesa em relação à demanda, podendo apresentar documentos e indicar as provas que eventualmente pretenda produzir (artigo 355.1). Vale lembrar que as decisões no processo de execução do país vizinho são irrecorríveis (artigo 373.3).

Curioso é que, nesse formato executório, faculta-se ao exeqüente, logo na inicial, requerer os provimentos acautelatórios que entender convenientes à garantia do seu direito (artigo 379.1), sobre patrimônio específico.

Tais provimentos podem ser específicos, quando incidentes sobre determinados bens, ou genéricos (artigo 380.2, parte final). Havendo a indisponibilidade genérica de bens, passa a carecer de individualização para o prosseguimento dos atos executórios.

Após tal providência e a conseqüente formalização da penhora, será cientificado o devedor à apresentação de defesa no prazo de dez dias, juntamente com o requerimento de provas (artigo 379.2).

Como na legislação brasileira (artigo 685, inciso II, CPC), poderá ser ampliada a penhora, havendo necessidade (artigo 380.3 do CGP), assim como qualquer ato de alienação ou oneração dos bens penhorados posteriormente à efetivação da penhora poderá ser considerado ineficaz (artigo 380.6.), no mesmo sentido prevendo a legislação processual brasileira (artigo 593, CPC).

O artigo 381 da legislação processual uruguaia diz ser impenhoráveis: a remuneração dos empregados públicos e privados, pensões, aposentadorias, salvo por dívidas de tributos e alimentos; bens de uso pessoal do devedor e sua família; móveis e utensílios domésticos, salvo se a dívida resultou da sua

355 SIMÓN, Luis Maria. Ejecución de sentencia de condena a pagar sumas de dinero, p. 156 e seguintes.

aquisição ou de aluguéis de residência ou se se trata de bens suntuosos e de grande valor; livros relativos à atividade laboral; máquinas e instrumentos de ensino ou de exercício profissional, ressalvada a circunstância de bens empenhados para garantir o preço da aquisição; alimentos e combustíveis para o consumo de três meses; direitos cujo exercício é pessoal, como uso e habitação; bens de raiz doados com cláusula de impenhorabilidade, sempre que seu valor tenha sido estimado judicialmente, mas que poderão ser penhorados pelo valor adicional que depois adquiriram; propriedades e rendas públicas municipais; bens de culto religioso; e direitos funerários.

Em relação à questão alimentar, admite-se a constrição salarial até um terço dos vencimentos líquidos do devedor, podendo, em caso de pensões de menores e incapazes devidas por ascendentes, alcançar até 50%.

Não agiu o legislador alienígena como o brasileiro, que previu a dicotomia entre bens absolutamente impenhoráveis (artigo 649, CPC) e relativamente impenhoráveis (artigo 650, CPC), ambos do Código de Processo Civil.

Inovou o legislador uruguaio de 1988, fazendo prever, pelo artigo 398.4, a obrigação de prestar escritura pública quando, vencido o prazo conferido ao devedor para o cumprimento do devido, o próprio Judiciário determinará a outorga de escritura, efetivando transcrição. Preceito esse já previsto pelo legislador processual pátrio (artigo 641, CPC).³⁵⁶

Verifica-se que as regras uruguaias guardam acentuada semelhança com a legislação brasileira, no âmbito da questão executório-patrimonial.

6.2 O Direito espanhol

³⁵⁶ Reza o artigo 641 do CPC: Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

A legislação processual civil espanhola é denominada de *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*, novas regras que passaram a vigorar a partir de 2000.

Essa novel codificação utiliza a nomenclatura *De La Ejecución Forzosa, de Los Títulos Ejecutivos* (v. Livro III) de *Las Sentencias y demás Títulos Ejecutivos*, a partir do artigo 517.

Referida *Ley de Enjuiciamiento* não deu os contornos necessários às questões ligadas aos sujeitos da execução, ao seu objeto e acerca dos bens (artigo 538). Agiu o legislador processual espanhol como extrema simplicidade, imaginando, quiçá, fossem tais questões melhor cuidadas no âmbito do direito material, o que não ocorreu.³⁵⁷

A competência para o procedimento executório da sentença condenatória inadimplida é do próprio magistrado que acompanhou a discussão, o que pode se dar logo após o trânsito em julgado, em conformidade com os artigos 525 e 526 da codificação espanhola. No que tange aos demais títulos, prevalecem as regras gerais de competência objetiva e territorial, originária da própria lei ou de regras especiais.

A execução é sempre patrimonial, ou seja, o direito processual espanhol não cogita punição corporal, mas previu a imposição de *astreintes*.

O tribunal poderá ainda, entendendo necessário, de ofício ou por meio de requerimento, impor multas coercitivas periódicas ao executado, forçando-o ao adimplemento. Os valores das multas deverão ser proporcionais à possibilidade de resistência do devedor e à sua capacidade econômica, podendo ser modificados em conformidade com alterações dessas circunstâncias posteriormente, em conformidade com os artigos 589, item 3, em combinação com o artigo 554.

357 FERNANDIZ, Leonardo Pietro-Castro y. Tratado de Derecho Procesal Civil, p. 649-650.

Vigorante o princípio dispositivo, o procedimento executório sob comentário inicia-se sempre pela provocação, pressupondo-se título líquido e certo (artigo 517 – rol exemplificativo de títulos judiciais; artigo 549 – que versa sobre o conteúdo da demanda executiva; e artigo 550 – documentos que acompanham a execução). Não difere tal preceituação processual da brasileira (artigos 262 combinado com o 598).³⁵⁸⁻³⁵⁹

É cabível a execução provisória, mesmo que contra a sentença tenha sido interposto recurso de apelação em ambos os efeitos (artigos 526, 527 e 535), desde que o prejuízo eventualmente emergido não seja irreparável, independentemente de caução. Para essa possibilidade, não pode a causa versar sobre paternidade, maternidade, filiação, divórcio, capacidade, estado civil ou direitos honoríficos (artigo 525).³⁶⁰

Quando houver o procedimento executório de sentença condenatória, o magistrado, ao despachar a inicial, determina ao oficial de justiça que se busque, apreenda e deposite os bens encontrados do executado, constituindo-se, assim, a penhora. Primeiramente se efetiva a constrição patrimonial, para só ulteriormente manifestar-se o executado em contraditório (artigo 553 – conteúdo do auto de execução; artigo 556 e seguintes – oposição à execução; e artigo 587 – momento dos embargos).

A legislação processual sob estudo passou a prever a possibilidade do credor indicar bens a serem penhorados logo com a inicial (artigo 54, item 3), faculdade essa também deferida ao exequente pátrio, em conformidade com o § 3.º do artigo 475-J.³⁶¹ O sistema brasileiro, anterior à Lei n.º 11.382/06, previa o prazo de 24 horas para que o executado nomeasse bens à penhora.³⁶²⁻³⁶³⁻³⁶⁴

358 Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

359 Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

360 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 105.

361 Art. 475-J, § 3.º: O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

362 Redação antiga do artigo 655: Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I, II, III...

363 Redação antiga do artigo 652: O devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro horas), pagar ou nomear bens à penhora.

364 FERNÁNDEZ, Leonardo Prieto-Castro y. *Op. cit.*, p. 708.

Encontra-se previsto na *Ley de Enjuiciamiento Civil* (artigo 592, itens de 1 a 9 do número 2) um critério hierárquico de constrição patrimonial, questão que não era tratada na legislação processual anterior dos espanhóis, apenas nas leis materiais eram previstas.

Tratou o legislador alienígena, por outro lado, dos bens impenhoráveis; por exemplo: os declarados inalienáveis; todos os bens que careçam, por si só, de conteúdo patrimonial; os que a própria lei considera não embargáveis; os que guarnecem a residência; as roupas do executado e de sua família, além de outros vários, todos previstos nos artigos 605 a 607 da codificação).³⁶⁵⁻³⁶⁶

A redação dos artigos 590 e 591 da LEC contemplou que a falta de indicação de bens suficientes pelo executado autoriza o magistrado, assim pleiteando o exequente, a investigar a situação patrimonial do devedor, por meio de ofícios a todos os tipos de instituições públicas e privadas.

Iguala-se o preceito espanhol (artigo 592), reitera-se, ao brasileiro (artigo 655, CPC), quando estabelece uma ordem de preferência legal para a indicação, logo na inicial, de bens à penhora.

Poderá haver, sendo o caso e a pedido do credor, ampliação, redução ou modificação da penhora (artigo 626),³⁶⁷⁻³⁶⁸ cabendo ao exequente a designação de depositário (artigo 626).

A lei espanhola possibilita que os bens constritos sejam avaliados por perito que preste serviço na administração da Justiça, dois designados pelas partes e um terceiro, nomeado pelo magistrado (artigo 637 e seguintes), podendo ser recusado pelos litigantes. Sendo aceito, a valoração será entregue na hasta no prazo de oito dias (artigo 639, item 2).

365 CASTRO-Prieto. Derecho Procesal Civil, p. 708 e seguintes.

366 Artigos relativos da legislação processual brasileira são os 649 e 650.

367 Art. 685, inciso II: ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito.

368 Art. 651: Antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

Exige a LEC que os interessados na hasta devem depositar previamente 20% do valor dos bens, como requisito à licitação e uma forma de garantir a seriedade do ato (artigos 647 e 652). Até o início do processo arrematatório, poderá o devedor remir seus bens, depositando o valor principal mais as custas processuais (artigo 650, item 5).³⁶⁹ Não será mais possível tal procedimento depois da arrematação.

Os espanhóis fizeram prever, no que se refere ao momento da hasta, que, na hipótese de não haver licitante, poderá o credor adjudicar os bens por 30% do valor da avaliação (artigo 651). Prevê ainda o artigo 651, 2.^a parte, que não fazendo uso da faculdade de adjudicar os bens por 30% do valor, o executado pode requerer o levantamento da penhora.³⁷⁰

Estabelece o artigo 228 da codificação em pauta que é inadmissível o incidente de nulidade de resoluções judiciais. Os vícios dessa natureza poderão ser alegados pelo recurso denominado de Reposição (artigos 451 a 454), e o de Apelação (artigo 455 e seguintes), estes sempre sem efeito suspensivo, conforme preconiza o artigo 456, sendo possível proceder-se à execução provisória (artigo 456, itens 2 e 3).

Efetivada a penhora, será o devedor citado para defender-se em dez dias (artigo 556, item 1), diferentemente da legislação brasileira, como passou a preceituar o artigo 738 do Código de Processo Civil.³⁷²

Os problemas da morosidade e ineficácia dos préstimos também acometem o judiciário espanhol, razão pela qual, nas matérias competentes, os juizados especiais executórios ocuparam o seu espaço – *procesos de pequeña y mínima cuantía*.

Previu o artigo 552, item 3, que a sentença dos processos executórios não faz coisa julgada, possibilitando, com isso, o direito às partes de promover rediscussão acerca da mesma questão.

Entretanto, o Tribunal Supremo da Espanha tem atenuado essa possibilidade, limitando a rediscussão, admitindo apenas no juízo ordinário determinadas alegações.³⁷³

6.3 Direito norte-americano

Nos Estados Unidos, as regras executórias são predominantemente estadualizadas. Há sim um regramento federal, a *Federal Rules of Civil Procedure*, mas sem que haja interferência na autonomia conferida aos Estados, salvo quando houver uma regra federal aplicável ao caso concreto, prevalecendo, nesse caso, a norma maior.

A sanção prevista no processo executório, em razão de inadimplemento de obrigações pecuniárias, restringe-se à penhora. Esse instituto é efetivado pelo

372 Prevê o artigo 738 do CPC: Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados: [...].

373 FERNANDIZ, Leonardo Prieto-Castro y.. *Op. cit.*, p. 128.

agente público denominado *sheriff*, quando as discussões forem de âmbito estadual, e o *United States Marshal*, nos processos federais.³⁷⁴

Considerando ser a legislação processual dos norte-americanos estadualizada, torna-se difícil um estudo uniformizado, no entanto, algumas considerações mais importantes devem ser feitas.

Em alguns Estados, como na Califórnia, a execução prescreve em dez anos, e em Dakota do Sul, em vinte anos.

No Arizona, por exemplo,³⁷⁵ o credor é que indica o bem suscetível de penhora, podendo obter uma ordem judicial para a efetivação da constrição patrimonial. O bem penhorado é vendido em leilão público, procedimento esse muito assemelhado com o da legislação processual brasileira.

Há uma tendência da legislação americana, particularmente em alguns Estados, em proteger a pessoa do devedor, não só durante o procedimento judicial,³⁷⁶ mas prevendo a intocabilidade de certos bens seus. Objetivam tais normas proteger a família do executado, preservando a necessária dignidade para a subsistência. Há previsão de impenhorabilidade, por exemplo, de roupas, móveis, bens de utilização doméstica, alimentos, instrumentos de trabalho, combustíveis, veículos, assim como a própria residência do devedor.³⁷⁷⁻³⁷⁸

A lavratura da penhora pelo *sheriff* torna o patrimônio indisponível, levando o devedor que violar a constrição ao *contempt of court* (infringência ou desacato à corte).

374 BIERBRAUER, Gunther; FALKE, Josef; KOCH, Klaus-Friedrich. Conflict and its settlement: an interdisciplinary study concerning the legal basis, function and performance of the institution of the schiedsmann. *In: Access to justice. Promising institutions*, p. 51-63.

375 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 94.

376 O artigo 620 do CPC tem esta feição: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

377 MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin P.; SHERMAN, Edward F.. *Civil Procedure – A Modern Approach*, p. 64.

378 A lei brasileira de n.º 8.009/90, no artigo 1.º prevê: O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges e pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nessa Lei.

Na maioria das legislações processuais da América, admite-se a possibilidade de ser o exeqüente responsabilizado por eventual nulidade da arrematação, *conversion*, na hipótese de ter conhecimento de algum vício e sobre ele silenciar.

Se o devedor inadimplente não tiver patrimônio na jurisdição da Corte, o exeqüente poderá promover outra ação na localidade onde for encontrado seu patrimônio. Não tem competência a corte de um Estado para determinar a realização de um ato executório em outro.³⁷⁹

Há nos Estados Unidos, no entanto, um sistema federal cooperativo de registro, que autoriza, em determinadas circunstâncias, que a decisão de um juízo seja executada por outro.³⁸⁰

Objetivando o combate à transferência fraudulenta de bens, as cortes criaram, pelo que se denominou de *equity*, dois institutos: o *Uniform Fraudulent Conveyance Act*, com força anulatória das transações do devedor e que causam a sua insolvência; e outro instituto que submete o devedor a juramento, para que este revele onde os bens desaparecidos podem ser encontrados, o que os norte-americanos chamam de *examination under oath*.³⁸¹

Se, porventura, o devedor obstruir ou dificultar a localização de bens, pode padecer da *injunction*, que é a determinação imediata para que o réu deixe de agir obstruindo ou dificultando, exeqüível pela *contempt of court*.

Para imposição da sanção, deve ser observado o contraditório, podendo também ser designada audiência.

Os americanos têm se preocupado demasiadamente com a efetividade dos préstimos jurisdicionais, e por essa razão as Cortes permitiram que os juízes tivessem toda discricionariedade no sentido da escolha do melhor instrumento

379 FRIEDENTHAL, H. Jack; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R..Civil procedure, p. 714.

380 O artigo 53 das *New Civil Law and Rules* que é citado como *Uniform Foreign Country Money Judgements Recognition Act*, com requisitos análogos aos da nossa homologação de sentença estrangeira.

381 FRIEDENTHAL, H. Jack; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R.. *Op. cit.*, p. 715.

executivo para assegurar a mais eficaz atuação do direito substancial, o *specific performance* – perdas e danos, por exemplo.³⁸²

O Direito Norte-americano contempla muitos recursos como, por exemplo, o *Motions for new trial*, que objetiva a correção de erros de julgamento, a ser proposto dentro de dez dias da prolação da decisão. O *Motions to alter the judgement*, é destinado à correção de erros materiais e de forma. Em alguns Estados existem o *Motions for relief from the judgment*, que tem por escopo anular o julgamento por fraude.

Há previsão recursal ainda em relação ao julgamento final em alguns casos, como na hipótese de erro ou negligência escusável, novas provas, fraude, julgamento nulo, julgamento cumprido, revelia e recurso para que a penhora seja suspensa, todos com prazos diferenciados.³⁸³

6.4 O Direito italiano

O Processo de Execução encontra-se no Livro III da codificação italiana, e prevê que a execução forçada pressupõe um título executivo representativo de um direito certo, líquido e exigível.

Praticamente em todo o continente europeu se encontra, nas codificações processuais, a exigência de um título como condição imprescindível às execuções.³⁸⁴⁻³⁸⁵

Na execução forçada italiana, primeiramente o devedor deve ser notificado pessoalmente para pagar o débito no prazo mínimo de dez dias,

382 SMIT, Hans. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America, *apud* CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. Fundamental guarantee of the parties civil litigation, p. 201.

383 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 101-102.

384 LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução, p. 8.

385 LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado, p. 85.

cientificação essa com a advertência de que, não o pagando, proceder-se-á à execução, artigos 479 e 480 do código.

Tal notificação objetiva conclamar o devedor ao pagamento, e não o fazendo, constituí-lo em mora, prefixando um prazo dilatatório para o voluntário adimplemento da obrigação inserta no título.³⁸⁶

Essa determinação perde o seu efeito se não for iniciada dentro de 90 dias da sua notificação, conforme o artigo 481.

O legislador italiano permite que o magistrado autorize a execução imediata, com ou sem caução, evitando que o devedor se desfaça de seus bens, dentro dos dez dias preliminares.

Como não poderia deixar de ser, a execução de crédito em dinheiro ocorre pela expropriação, mas os procedimentos se diferenciam, conforme recaiam sobre dinheiro ou outros bens móveis, sobre créditos do executado ou outros bens móveis ou imóveis a ele pertencentes.

No processo executório italiano, as decisões do juiz não precluem, podendo ser revogadas ou modificadas enquanto não efetivadas (artigo 487).

O magistrado tem a faculdade de designar audiência sempre que entender necessário ouvir as partes ou outros interessados, procedendo às suas intimações (artigo 485).

A fase expropriatória pode iniciar se não for atendida a notificação, diligenciando o oficial judiciário à efetivação da penhora, em conformidade com os artigos 491 e 492.³⁸⁷

Leciona Leonardo Greco³⁸⁸ que

[...] o oficial judiciário italiano é um serventuário público, com funções jurisdicionais e administrativas definidas, que assim podem ser sintetizadas: 1) o poder-dever de verificar preliminarmente e de ofício, a qualquer momento, se subsistem os pressupostos de legitimidade das atividades executivas, que lhe são requisitadas pelo

386 GIORGIANNI, Michele. Inadempimento, p. 888.

387 CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile, p.70.

388 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 57.

credor; 2) o poder autônomo e instrumental de procurar imperativamente as coisas móveis a penhorar; na casa do devedor e nos outros locais a ele pertencentes, recorrendo, quando necessário abrir portas, grades ou recipientes e vencer resistências, a medidas de arrombamento, coação e repressão, com a eventual assistência da força pública; 3) o poder de busca das coisas penhoráveis sobre a própria pessoa do devedor, com a observância de todas as cautelas necessárias a salvaguardar-lhe o decoro, independentemente de autorização do juiz (art. 513)³⁸⁹; 4) o poder discricionário de escolher os bens a penhorar, respeitadas as indicações do devedor e do credor e as preferências legais, efetivando o ato de penhora.³⁹⁰

No direito italiano, assim como no brasileiro, o instituto da penhora tem efeito vinculativo, individuando e indisponibilizando determinados bens que se prestarão à satisfação do credor, tornando ineficaz qualquer transferência ou disposição. Esse ato processual construtivo pode perder a eficácia se no prazo de 90 dias não for requerida a adjudicação ou a venda, em conformidade com o artigo 497.

O devedor poderá evitar a constrição patrimonial se depositar o dinheiro nas mãos do oficial, como garantia (na pretensão de continuar discutindo a execução), ou pagar o débito (circunstância que levaria à extinção do procedimento), conforme artigo 494.

O legislador italiano não deixou de prever proteção a determinados bens e créditos, conferindo impenhorabilidade absoluta (artigo 514) às coisas sagradas e de culto, ao anel nupcial e aos bens que guarnecem a moradia, ao salário, às indenizações trabalhistas e ao crédito alimentício, estes três últimos com exceção dos débitos de natureza alimentar. Tais previsões têm o mesmo propósito do legislador brasileiro (artigos 649 e 650, CPC, assim como a Lei n.º 8.009/90), atento à dignidade do devedor e de sua família.

Excluiu o codificador alienígena da impenhorabilidade, no entanto, os combustíveis e comestíveis para um mês, os móveis, menos as camas, que sejam

389 Por decisão de 9 de junho de 1967, a Corte Constitucional italiana rejeitou a inconstitucionalidade da busca pessoal pelo oficial judiciário (v. Luigi Paolo Comoglio, “La Corte Costituzionale ed il processo civile (Rassegna di giurisprudenza 1956-1968)” *in*: Revista di Diritto Processuale, p. 766 e seguintes.

390 COMOGLIO, Luigi Paolo. L'individuazione dei beni da pignorare, p. 92.

de grande valor econômico, artístico e de antiguidade, as cartas, os registros e escritos de família, bem como manuscritos, salvo se formarem uma coleção, e outros de não menos importância.

Normalmente não se realiza avaliação, não se admitindo que os objetos de ouro e prata sejam alienados por preço inferior ao seu valor intrínseco. Não sendo arrematados, serão adjudicados pelos credores (artigo 539).

No que tange aos imóveis, o valor de oferta em hasta é o cadastral (artigo 568). Sendo a cifra tributária sensivelmente inadequada, o juiz pode nomear um perito para avaliá-lo.

Procedendo-se ao leilão e resultando negativo, nos dez dias subseqüentes, quaisquer dos credores poderá requerer a adjudicação por preço não inferior ao mínimo (artigos 588 e 589).

O procedimento executório italiano não disponibiliza aos devedores meios específicos de elidir a eficácia do título ou de demonstrar eventuais injustiças ou irregularidades da execução.³⁹¹

Como no direito brasileiro, a legislação italiana possibilita atividade

prevendo que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.”

A legislação processual italiana contempla que o processo executório pode ser extinto atipicamente, se se constatar a inexistência de bens suscetíveis de constrição e expropriação. Poderá também ser extinto tipicamente quando o patrimônio do devedor encontrado, indisponibilizado e expropriado, for suficiente para saldar o débito para com o credor.³⁹⁴⁻³⁹⁵

6.5 O Direito português

Em conformidade com a atual codificação processual, o Direito Português contempla dois tipos de tutelas jurisdicionais, as declarativas, obviamente destinadas à obtenção de tutelas meramente de declaração, e as executivas, que se destinam às reparações de direitos violados.

Esse código regulamenta, dentre outros institutos, a execução singular a partir do artigo 801.º, e a denominada execução universal falimentar, antes regulada pela codificação portuguesa, Livro IV, hoje disposta em legislação própria.

Como os procedimentos executórios brasileiros, os portugueses também têm como requisito título executivo (artigo 45.º),³⁹⁶ mas não exigem a presença de advogado representando interesses em todas as execuções (artigo 60.º).

394 CORRÊA TELLES, José Homem. Doutrina das ações, p. 15 e seguintes.

395 BUCOLO, Francisco. Problemi di pratica giudiziaria esecutiva, p. 272.

396 Espécies de títulos executivos previstos no Art. 46.º: 1. as sentenças condenatórias; 2. os documentos exarados ou autenticados por notário que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação; 3. os documentos particulares assinados pelo devedor, que importem reconhecimento ou constituição de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável, de obrigação de entrega de coisas móveis ou de prestação de fato; 4. os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva.

Apenas se faz imprescindível a figura do causídico quando o valor da causa extrapola a alçada do tribunal competente de 2.º grau.

O Ministério Público tem uma posição de destaque no processo executório lusitano sendo legitimado para pleitear, como exequente, a cobrança por custas e multas impostas em qualquer tipo de processo (artigo 59.º). O revogado artigo 927.º outorgava competência ao MP para executar os débitos não pagos, a requerimento dos vencedores de ações sumaríssimas.

Quanto às competências, as execuções com base em sentenças tramitam nos mesmos autos em que foram prolatadas, e em relação aos títulos extrajudiciais, é competente o tribunal do local de cumprimento da obrigação (artigo 94.º). Apenas na hipótese de obrigação de entrega de coisa certa ou de crédito com garantia real, a competência é a do foro da situação do bem.

No que se refere ao processo ordinário da execução por quantia certa, o obrigado é conclamado através da citação para, em vinte dias, pagar ou nomear bens à penhora (artigo 811.º).

Também se preocupou o legislador processual português com a dignidade do devedor, prevendo bens absolutamente impenhoráveis,³⁹⁷ relativamente impenhoráveis³⁹⁸ e parcialmente penhoráveis.³⁹⁹

Da mesma forma que o artigo 598 do Código de Processo Civil brasileiro contempla o Código Português a aplicabilidade subsidiária das regras do processo de declaração ao de execução.

Curioso entre os portugueses é que, efetivada a penhora, há a perda do poder de gozo do bem pelo devedor, que é transferido ao tribunal, permanecendo sob a guarda de um depositário.⁴⁰⁰

397 São bens absolutamente impenhoráveis, artigo 822.º: os inalienáveis; os do domínio público do Estado; os bens cuja apreensão é ofensiva aos bons costumes e os de diminuto valor; os objetos de culto; os túmulos; os bens da economia doméstica, salvo para pagamento da sua aquisição ou reparo; os objetos de uso necessário para deficientes e doentes.

398 São bens relativamente impenhoráveis, artigo 823.º: os instrumentos de trabalho ou profissão, salvo se dados à penhora pelo executado, para pagamento de sua aquisição ou reparo, ou penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial.

399 São bens parcialmente penhoráveis, artigo 824.º: 2/3 de salários, aposentadorias ou pensões.

400 LEBRE DE FREITAS, José. A ação executiva à luz do código revisto, p. 214.

O procedimento de depósito exige a entrega efetiva do bem ao depositário, se necessário com auxílio da força pública, lavrando-se a ocorrência. Quando a diligência deva efetuar-se em casa habitada, só é possível ser realizada entre às 7 e às 21 horas (revogado o inciso 4 do artigo 840.º do código português).

O instituto da penhora externa um direito real de garantia em favor do exeqüente, outorgando-lhe preferência sobre qualquer outro que não tenha garantia do mesmo nível, excepcionando as hipóteses de falência ou insolvência, como prevê o artigo 822.º-1 do Código Civil português.

Para o exercício do direito de seqüela sobre o bem penhorado, por parte do exeqüente, imprescindível que o registro da penhora tenha se efetivado anteriormente ao da transmissão.

Se, no prazo de 30 dias a contar das notificações referidas no n.º 1 do artigo 832.º, ou no de 10 dias da indicação de bens pelo exeqüente, não tiver penhorado bens suficientes, o agente de execução entrega ao exeqüente um relatório de todas as diligências efetivadas e do motivo da penhora, conforme prevê o artigo 837.º (revogado o artigo 837.º-A).

Na esteira dos nossos artigos processuais 600, inciso IV, combinado com o 601, os preceitos 456.º e 457.º do Código Processual Português sustentam poder o magistrado exigir que o executado forneça ao tribunal as informações que se fizerem necessárias à realização da constrição judicial, sob pena de ser considerado litigante de má-fé, com a conseqüente aplicação de indenização e multa.

As defesas oponíveis em relação à penhora se processam em apenso aos autos e apenas sobrestam o procedimento executório se o obrigado prestar caução, assim lecionado por Lebre de Freitas.⁴⁰¹

401 LEBRE DE FREITAS, José. *Op. cit.*, p. 223-227.

Efetivada a constrição judicial, deverão ser citados os cônjuges, os credores com garantia real, a Fazenda Nacional e os credores desconhecidos, com prazo de 20 dias, para habilitarem os seus créditos, podendo impugnar, nessa mesma oportunidade, o direito do exeqüente (artigo 864.º).

Prevê, também, a legislação portuguesa, a remição de bens, instituto muito polêmico entre nós, figurando como legitimados ao pleito o cônjuge, ascendente ou descendente (artigo 912.º).

O processo de execução lusitano é disponível, ou seja, pretendendo o exeqüente desistir dele, independerá de aquiescência do devedor, diferentemente em sede de embargos (artigo 918.º).

O artigo 802.º prevê que a execução principia pelas diligências, a requerimento do exeqüente, destinadas a tornar a obrigação certa, exigível e líquida, se não o for em face do título executivo (artigos 924.º e 925.º revogados).

Proposta a execução, deverá o exeqüente expor sucintamente os fatos, indicando, sempre que possível, dados sobre o empregador do executado, das contas bancárias de que o executado seja titular e dos seus bens, bem como dos ônus e encargos que sobre estes incidam (artigo 810.º, letras “b” e “d”).

Nas execuções com base em sentença para entrega de coisa certa (artigo 928.º), o executado será citado para, no prazo de 20 dias, fazer a entrega ou opor-se à execução, podendo o obrigado promover oposição (artigo 929.º). Eventualmente efetuada a entrega da coisa reclamada, se a decisão que a decretou for revogada ou se, por qualquer outro motivo, o anterior possuidor recuperar o direito a ela, pode requerer que se proceda à respectiva restituição (artigo 930.º).

Não sendo encontrada a coisa, poderá o exeqüente exigir o valor correspondente, que será aferido após regular processo liquidatório. O procedimento será convertido em execução para pagamento de quantia certa (artigo 931.º).

Já nas obrigações de prestar um fato, não honrando o estabelecido, conforme o avençado (artigo 933.º), o detentor do crédito poderá atribuir a incumbência a terceiro, não sendo infungível a obrigação, cobrando pecuniariamente o custo do devedor inadimplente.

A legislação, dando preferência à obrigação específica, possibilita ao devedor-executado que cumpra o que especificamente pactuou, independentemente da opção externada pelo credor-exeqüente, seja para o cumprimento do encargo por terceiro ou para o pleito indenizatório.

Referentemente às obrigações de não fazer, o procedimento executório deve iniciar-se por uma fase preliminar de aferição da violação que, se reconhecida, será ordenado o desfazimento do que se realizou indevidamente, fixando-se o valor dos prejuízos a serem ressarcidos (artigo 942.º).

O devedor poderá alegar, nos embargos previstos na codificação portuguesa (artigo 813.º),⁴⁰² quando a execução tenha por base sentença, muitas das matérias previstas no artigo 475-L do Código de Processo Civil.

Em relação às execuções embasadas em títulos extrajudiciais, o executado poderá refutar, da mesma forma preconizada pelo artigo 745 do nosso código, quaisquer matérias que poderia aduzir em processo cognitivo, conforme mandamento do artigo 815.º.

O diploma processual lusitano contempla, também, a possibilidade de rejeição dos embargos se não houver adequação às previsões legais (artigo 817.º), ou faltante as condições genéricas e específicas formais, ou seja, pressupostos processuais e condições da ação.

Igualmente ao novo artigo 739-A (de acordo com a Lei n.º 11.382/06) do Código de Processo Civil, o artigo 818.º português não autoriza a suspensão da tramitação executiva com a propositura dos embargos.

Há apenas um caso em que se admite a suspensão da execução: quando o embargante argumenta falsidade da assinatura do título em escrito particular.

Inegavelmente a codificação pátria sofreu grande influência da lusitana, havendo entre elas inúmeros pontos em comum, como se pode observar nos aspectos processuais pesquisados.

6.6 Direito alemão

No direito processual alemão, há dois tipos de execução forçada: a execução de sentença, e o processo documental e cambiário, referente a títulos extrajudiciais.

O processo documental e cambiário tem o fito de exigir o cumprimento de obrigação em dinheiro ou a prestação de coisas fungíveis, apenas e tão-somente quando puder ser provado pronta e documentalmente. Estando mal fundamentado o pleito, torna-se suscetível de indeferimento, ficando a critério exclusivo do magistrado essa aferição (§ 597 da codificação processual alemã).

A ação executória deverá ser proposta instruída com o título executivo, originalmente ou com cópia, como reza o § 593, combinado com o § 597, ambos da ZPO (*Zivilprozessordnung*).

A execução com base em sentença é regulamentada na ZPO nas seções 704 a 945, estabelecendo critérios executórios de créditos pecuniários sobre bens imóveis, podendo ser dinamizada em razão de sentença definitiva transitada em julgado.

A legislação processual alemã admite o *pactum executivum*, disposto no § 794.5, que é previsão expressa em um documento público, relativo à obrigatoriedade do devedor de submeter-se ao processo de execução.⁴⁰³

Há ainda as sentenças provisoriamente executáveis⁴⁰⁴ (§ 708), e outros casos como as decisões de despejo, causas trabalhistas, contratos de transporte e causas de pequeno valor, manejáveis pelo mesmo procedimento de força (§ 709).

O disposto no § 750 da ZPO determina que se notifique o devedor, procedimento a ser efetivado antes da propositura da execução, visando informá-lo do conteúdo sentencial, possibilitando-lhe, mais uma vez, honrar a obrigação voluntariamente no prazo de duas semanas.

Os alemães chamam de tribunal de execução o juízo monocrático especializado (*Amtsgericht*), competente em razão da matéria para processar esses pleitos.

A competência territorial, que é de natureza absoluta, também é um outro critério e que determina a localidade para o andamento da execução, em conformidade com os dispositivos § 802 e § 764.⁴⁰⁵

Se, eventualmente, um terceiro, pretendendo discutir ou impedir a transferência do patrimônio do executado para garantir-lhe o crédito, deverá interpor ação aduzindo a sua oposição perante o mesmo tribunal que tem andamento o procedimento executório, assim traduzido pelo § 771 da ZPO.

O legislador alemão também se preocupou com a efetividade do processo executório. Assim, autorizou o exeqüente, caso demonstre a insuficiência patrimonial do executado, exigir deste o elenco de seus bens, mediante o que se denominou de juramento de manifestação (*Eidesstttiche Versicherung*), em

403 ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, p. 519 e seguintes.

404 a) as sentenças condenatórias resultantes de renúncia ou reconhecimento do pedido; b) as sentenças resultantes de revelia; c) as sentenças em processos documentais e cambiários; d) as sentenças que levantem um embargo ou uma medida cautelar; e) as sentenças de alimentos, sempre que estes correspondam a um período posterior à demanda ou aos três meses a ela anteriores.

405 ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 63.

consonância com o § 900, obrigando-se o devedor à descrição fiel do rol patrimonial, sob o perigo de ser determinada a sua prisão (§ 901).⁴⁰⁶

O patrimônio penhorado do devedor, assim como no Direito brasileiro, é levado à hasta pública e ofertado a quem se interessar, arrematando-o o que pagar o melhor preço. Havendo várias penhoras sobre o mesmo bem, terá a preferência o credor que primeiramente efetivou a constrição, segundo parágrafos 814, 827 e 826.

Não há como o devedor se manifestar antes da lavratura da penhora (§ 834).

Não prevalecem os preceitos acerca da impenhorabilidade de bens quando a execução for para a entrega de coisa móvel, obviamente (§ 883). Há, porém, um limite, que é a proibição de atos executórios que contrariem os bons costumes (§ 765a), o que ficará a cargo do magistrado tal avaliação.

Não sendo eventualmente encontrada a coisa, o credor requererá que preste juramento o devedor, asseverando não possuir o bem ou que não pode precisar o seu paradeiro.

Parece-nos extremamente profícuo, entre os alemães, o que chamam de juramento de manifestação, que leva o devedor a dizer a verdade e a agir segundo os padrões estabelecidos em prol de uma melhor administração jurisdicional.

O código germânico, nas obrigações de fazer fungíveis (§ 887), e nas infungíveis (§ 888), muito se assemelha ao Código de Processo Civil. Para estas, a ZPO prevê a aplicação de reiteradas multas, sendo necessário, visando

406 Não são suscetíveis de penhora, § 811: a) os vestidos, as camas, os utensílios caseiros e de cozinha, fogões e chaminés, indispensáveis ao devedor, a sua família e a seus criados; b) os comestíveis e combustíveis necessários para duas semanas; c) uma vaca leiteira ou, em seu lugar, dois porcos, duas cabras ou duas ovelhas com as forragens e a palha necessários para duas semanas, desde que indispensáveis à alimentação; d) objetos e instrumentos indispensáveis ao exercício de arte ou profissão de artistas, artesãos, diaristas e operários de fábricas, assim como das parteiras; e) arados, animais e material de cultivo, produtos de agricultura indispensáveis para continuar o cultivo até a próxima colheita; f) objetos necessários ao exercício de profissão; g) uma parte dos salários de trabalhadores, funcionários militares, ministros de culto e professores, até o próximo pagamento; h) utensílios, vasilhas e mercadorias indispensáveis à exploração de uma farmácia; i) livros que usem o devedor e sua família na igreja e na escola.

pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação. Para aquelas, a legislação autoriza o credor a realizar ou determinar a terceiro a execução da obrigação à expensas do obrigado.⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸

Na impossibilidade do pagamento das multas impostas ao devedor, a ZPO prevê pena de prisão até seis meses (§ 913).

Para as obrigações de não fazer, também se contemplou punição pecuniária, e não havendo o cumprimento obrigacional, a prisão de até seis meses ao violador é autorizada.

Essa pena-multa prevista na ZPO é predeterminada pelo Estado, enquanto as *astreintes* francesa e brasileira competem exclusivamente ao magistrado a sua fixação.

6.7 Conclusão relativa ao direito estrangeiro

De tudo que se expôs acerca do direito estrangeiro, é de se concluir que todas as legislações das nações pesquisadas têm a mesma preocupação, a efetividade que deve revestir as providências executórias, sem cerrar os olhos para a dignidade da pessoa do devedor e da sua família.

Verificou-se essa dupla preocupação nas codificações pesquisadas. O legislador uruguaio, por exemplo, previu as *astreintes*, a fim de compelir o devedor ao cumprimento obrigacional, além de tornar ineficaz todas as transações efetivadas de bens já penhorados. Legislou também no sentido de proteger o executado em face de eventuais constrições indevidas de seu patrimônio (item 6.1).

407 CARNELUTTI, Francesco. Título Ejecutivo, p. 313-320.

408 SHIMURA, Sergio. Título Ejecutivo, p. 112 e seguintes.

A legislação processual portuguesa autorizou punição ao executado, se este não prestar todas as informações necessárias à efetivação do ato construtivo, mas também previu a impenhorabilidade absoluta e parcial.

Talvez a melhor iniciativa tenha sido do legislador processual alemão (item 6.6), no tocante à efetividade do processo de execução, fazendo prever na *ZPO* o que chamaram de *Juramento de Manifestação* (§ 900), que compele o devedor com a mais fiel descrição do rol patrimonial, sob pena de prisão (§ 901). Encontra-se também, entre os germânicos, o *pacto executivum* (§ 794.5), que é a formalização de documento público que o devedor faz com o credor, obrigando-se aquele a se submeter ao processo de execução. Mas, objetivando a menor onerosidade àquele que deve, prevê a *ZPO* que o executado seja informado do débito antes da propositura do processo executivo, conclamando-o ao cumprimento obrigacional no prazo de duas semanas.

O direito espanhol, por exemplo, autorizou o credor à indicação de bens para garantia da obrigação exequiênda, mas ao mesmo tempo protegeu alguns bens do devedor como absolutamente impenhoráveis, asseverando a necessidade de uma ordem de preferência.

Preocupado também o legislador italiano com a efetivação dos préstimos, preconizou que, antes de qualquer medida judicial e visando evitar o eventual desfazimento de bens por parte do devedor, pode o credor, aduzindo razões plausíveis, promover de imediato a execução, com ou sem caução. A regra processual italiana determina que primeiro se proceda à notificação ao devedor, para só após promover-se o processo executivo. Também versou sobre a impenhorabilidade absoluta de bens, sensível à dignidade do inadimplente.

Entre os americanos não foi diferente, mesmo sendo estadualizadas as legislações processuais, todas as codificações externaram grande preocupação com a efetividade das tutelas jurisdicionais e também com a dignidade da pessoa.

Há que ser ressaltado ainda que em todas as legislações pesquisadas no direito comparado se previu direito de defesa, preocupando-se demasiadamente com a efetividade das tutelas almejadas sem qualquer prejuízo aos princípios da menor onerosidade e da dignidade do devedor.

A legislação brasileira não é diferente, e o nosso operador já tem consciência, mesmo ainda não plena, da necessidade de uma visão mais

7 O PROCESSO DE EXECUÇÃO, A RELATIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR PELA INCIDÊNCIA DAS EXCLUDENTES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE

7.1 Aspectos sociológicos e a função delegada jurisdicional

As pessoas vivem em sociedade e buscam diuturnamente a satisfação de suas pretensões. Viver é a eterna busca cotidiana ao atingimento das suas necessidades ou interesses, sejam eles materiais, morais ou espirituais. Segundo Carnelutti,⁴⁰⁹ interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade.

A predominância do capitalismo no mundo tem levado as pessoas à busca insana à obtenção de bens materiais, desvencilhando-se, passo a passo, dos demais valores existentes.⁴¹⁰

É preciso que fique claro que o consumo capitalista, fomentado pela grande mídia massificadora, induz a sociedade a buscas infindáveis. Tais atitudes consumistas têm se tornado absolutamente compulsivas, uma vez que as necessidades das pessoas, cada dia mais, tornam-se ilimitadas.

Se as pretensões às satisfações aumentam cotidianamente, evidente que as coisas almejáveis diminuem na proporção dessa procura.

Assim, impõe-se concluir que se as buscas são as mesmas entre a maior parte dos cidadãos, os interesses inevitavelmente entram em conflito.

A partir desse raciocínio é que chegamos à conceituação técnica de conflito de interesses nas sociedades.

409 CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto processuale civile, p. 13.

410 HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem, p. 167 e seguintes.

Não há como negar a existência de grandes e insolucionáveis conflitos no mundo, o que não deveria ser próprio ou inerente ao convívio social.

Surge, a partir daí, a necessidade de, na hipótese da não-dissolução plena de tais inconvenientes entre as pessoas, ao menos minorá-los. Nesse sentido deve ser o comando, estabelecendo regras para a resolutividade das divergências verificáveis.⁴¹¹

Para a efetivação desse regramento, surgiu então a atribuição delegada jurisdicional que se presta à intermediação dos problemas emergidos nas sociedades pela outorga das tutelas jurisdicionais.

Interessa-nos, no presente trabalho, especificamente, a tutela executiva que se materializa pela externalização de atos processuais de mecânica coativa.

7.2 O processo de execução

O Estado atua como intermediador na resolução dos conflitos de interesses, na função substitutiva, realizando uma atividade que competia, na verdade, ao devedor voluntariamente realizar. Não se dispondo então o obrigado, no cumprimento de uma determinação judicial ou acerca do pactuado com o credor, pode este se socorrer da execução forçada no sentido de compelir aquele ao adimplemento.

As execuções são instrumentos essencialmente coativos e, em determinados casos, de argumentações limitadas. É de índole agressiva e de atos externos que, por vezes, recaem sobre a pessoa do devedor, além de promover

411 Preconizou Araken de Assis: “O importante serviço público mantido pelo Estado para solucionar conflitos se designa de *jurisdição*. A causa da atividade jurisdicional do Estado é o conflito. Ninguém expressou-o melhor do que Galeno Lacerda: ‘a jurisdição’, acentua o insigne jurista, ‘como atividade específica do Poder Judiciário, existe por causa do conflito e para solucioná-lo’. Da mesma forma que a febre, sintoma comum da doença, auxilia o diagnóstico da patologia, a presença de questões revela a presença do conflito, a separar os figurantes do processo (*Op. cit.*, p. 72).

transferências patrimoniais, sempre objetivando a mais plena satisfação aos credores.

A mecânica prevista na estrutura executória é variada, por vezes comprometendo o patrimônio do devedor, levando-os à hasta, vezes outras dando consistência ao pleito com a afixação das *astreintes* visando pressionar o executado ao cumprimento obrigacional, ou até mesmo segregando o obrigado nos casos de inadimplemento alimentar, além das demais medidas previstas nos denominados provimentos sincréticos.⁴¹²⁻⁴¹³

Para iniciar o processo de execução, preenchidos os requisitos necessários, é preciso que o exeqüente requeira a sua instauração, conforme informa o princípio dispositivo, exigência dispensada nas obrigações de fazer, não fazer e de dar (artigos 461 e 461-A).^{414- 415-416}

Mas o juiz deve também velar pelo bom andamento do procedimento executório, respeitada a predominância do interesse do credor, porém atento à garantia preconizada pelo artigo 620 do Código de Processo Civil e demais questões de ordem pública.⁴¹⁷

O que precisa ser salientado, sobretudo, é que a tutela jurisdicional executiva se presta à efetiva resolução de um problema instaurado, ou seja, a existência de um crédito inadimplido. O credor espera, pela realização de atos processuais próprios, pelo equacionamento de uma pendência, obtendo, em decorrência, a satisfação do seu direito. Pelo processo de execução é que o

412 Leciona Humberto Theodoro Júnior: “Não há, nessa ordem de idéias, decisão de mérito na ação de execução. A atividade do juiz é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo. No processo de conhecimento, o juiz julga (*decide*); no processo de execução o juiz realiza (*executa*)” (Curso de Direito Processual Civil, p. 7).

413 ALVIM, Carreira J. E. *Op. cit.*, p. 25-34.

414 MARQUES, Frederico. Manual de direito processual civil, p. 11-12.

415 Artigo 262 do CPC: O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

416 Artigo 614 do CPC: Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial [...].

417 Comenta a respeito Araken de Assis: “Em todas as hipóteses, haja vista a preponderância do interesse do credor, descabe impulso oficioso contrário aos anseios do credor, sob pena de infringir o princípio heurístico da execução” (*Op. cit.*, p. 314).

Estado, realizando atos concatenados e utilizando os instrumentos disponibilizados pela lei, faz valer a sanção inerente ao título executivo.⁴¹⁸

Avançou o legislador, estabelecendo tipologias diferenciadas ao processo executório, separando as execuções decorrentes dos títulos judiciais daquelas promovidas em razão dos títulos extrajudiciais. Estas, manejáveis como processo autônomo, regulamentadas no Código de Processo Civil nos artigos 621/631 (obrigações de entrega de coisa certa e incerta), nos artigos 632/643 (referentes às obrigações de fazer e de não fazer), e a partir do artigo 646, regrido o tipo executório por quantia certa em face de devedor solvente. Aquelas, diferentemente, caracterizam-se por um modo executório sincrético, condensado, de força executiva autêntica, mas exclusivamente decorrente das decisões judiciais. Estas estão previstas nos artigos 461 (executivas de fazer e de não fazer), 461-A (executivas de entrega de coisa), e, mais recentemente, acrescentado pela Lei n.º 11.232/05, o artigo 475-I e seguintes, que regulamentaram o cumprimento da sentença, tratando-se de obrigação por quantia certa.⁴¹⁹

7.3 Os mecanismos executivos

O que atribui consistência ao processo de execução são os seus meios, armamentos esses que viabilizam as pretensões daqueles que querem ver satisfeitos os seus créditos.

No que se refere, por exemplo, às obrigações de fazer de natureza infungível, o processo de execução é dotado de medidas coercitivas apropriadas,

418 SANTOS, Amaral Moacyr. *Op. cit.*, p. 205.

419 Sustenta Marcelo Lima Guerra: “A Lei 10.444/2002 veio a generalizar a adoção do modelo do ‘processo sincrético’, ou ‘processo com predominante função executiva’ para a tutela executiva das obrigações de

uma vez que essa espécie não é passível de sub-rogação. Diferentemente ocorre nos créditos fungíveis, estes sim suscetíveis de sub-rogação, e, portanto, mais simples para proceder-se ao seu cumprimento. No entanto, tem se apresentado absolutamente moroso e dispendioso. Para o exequente, a necessidade de antecipação das despesas visando à realização da obrigação, para só após pleitear o ressarcimento, é inconcebível e desmotivador.⁴²⁰

Parece-nos razoável, entretanto, que fique à disposição do exequente a utilização de um meio ou outro para exigir obrigação de fazer fungível. Aliás, essa alternativa é prevista no artigo 633 do Código de Processo Civil. Sendo fungível (artigo 634 e parágrafo único, CPC), poderá o credor pleitear a realização por terceiro, se ainda lhe interessar. Por vezes, o interesse na consecução da obrigação está absolutamente ligado ao prazo. Ultrapassado este, pode não mais interessar o seu cumprimento, como no clássico exemplo dos músicos que não compareceram para animar uma celebração de casamento.

Tratando-se de inadimplemento de obrigação infungível (artigo 638 e parágrafo único, CPC), a imposição das *astreintes* é um elemento fundamental à realização da *obligatio*, mas assim não ocorrendo, a questão há que ser resolvida em perdas e danos, obviamente.

Se o que deve prevalecer, acima de tudo, é a satisfação plena da obrigação mediante um mecanismo eficaz, deve ficar a critério do exequente de obrigação fungível a escolha de uma medida ou outra, ou seja, a realização por terceiro da obrigação ou pleitear diretamente perdas e danos.⁴²¹

entregar coisa, fazer e não fazer, que já não estivessem consagradas em títulos executivos extrajudiciais” (Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, p. 34-35).

420 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer fungíveis e de não fazer *in* Revista de processo v. 79, p. 70.

421 Posicionando-se Marcelo Lima Guerra na mesma linha de raciocínio: “Assim, se no caso das obrigações fungíveis, só o caso concreto irá revelar qual tipo de meio executivo, se coercitivo ou sub-rogatório, é o mais apto a prestar tutela executiva de modo mais eficaz, pois tanto é possível que a esse resultado ótimo chegue-se através de um como de outro dos meios executivos mencionados, devem ser categoricamente rejeitadas quaisquer tentativas de fundamentar uma ordem de prioridade previamente estabelecida entre ambas as modalidades de meios executivos” (*Op. cit.*, p. 43).

No que se refere aos mecanismos para entrega de coisa, na execução com

Há, sim, preocupação quanto aos limites, se é que eles existem, com a amplitude diagnosticada no *caput* do artigo 461, quando leciona “[...] o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Poderia o magistrado conceder um “resultado prático equivalente” sem que tal resultado tenha sido pleiteado? Ou conceder resultado diverso daquele especificamente requerido, em face da impossibilidade da tutela específica? E a necessária adstrição do decisório aos limites do pleito, conforme preconiza o artigo 460 do Código de Processo Civil?

Afirma Carreira Alvim:⁴²²

Forçoso é reconhecer que a tutela equivalente só entra em linha de conta quando impossível a obtenção da tutela específica, dada a sua natureza de providência substitutiva, tendente a proporcionar o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Não se pode desconhecer, em conformidade com os artigos 461, § 3.º e § 5.º do Código de Processo Civil, que o cumprimento de tais medidas não dependem de requerimento, característica principal das executivas *lato sensu*. No entanto, interpretando-se literalmente o *caput* do artigo 461, conclui-se que, se o autor tiver pedido a outorga liminar de tutela *específica*, não pode o juiz impingir-lhe a tutela *equivalente*, em razão da expressão *se procedente o pedido*. Pela clareza da expressão, é de se concluir que apenas na sentença tem o juiz o poder de conceder um resultado prático equivalente ao do adimplemento. É o que se interpreta da redação.

O *caput* do artigo 461 efetivamente foi mal redigido, porque não teria cabimento que não pudesse o magistrado deferir, no âmbito da antecipação de

422 ALVIM, J.E. Carreira. *Op. cit.*, p. 68.

tutela, resultado prático equivalente. Feriria a própria razão de ser do instituto, que nasceu para sublimar a efetividade do préstimo.⁴²³

Há várias considerações a serem feitas quanto às propaladas ações sincréticas ou executivas *lato sensu*, também conhecidos por *processos com predominante função executiva*, mas não é aqui a sede adequada para tais considerações.

Por fim, é de ser ressaltado que, para que o credor possa receber um determinado crédito, seja ele de obrigação de entrega de coisa certa ou de fazer, seja utilizando-se das medidas sincréticas ou dos provimentos autônomos próprios para os títulos extrajudiciais, tudo se resolverá em pecúnia ao final se não for honrado especificamente o débito.

Nos créditos de quantia certa, não havendo o cumprimento voluntário da obrigação, o patrimônio do devedor deverá ser indisponibilizado, avaliado e levado à hasta visando, preponderantemente, à entrega em espécie ao credor.

Há que se perceber que, afora os casos permitidos pela lei de coerção pessoal,⁴²⁴ todas as relações de débitos e créditos, não sendo possível a concessão específica da tutela, ao final resolvem-se em pecúnia, considerando a discutível dogmática da intocabilidade da vontade das pessoas, o que é um assunto que necessita ser melhor avaliado.

Se a presteza das tutelas jurisdicionais, visando ao cumprimento das obrigações, é temática atual de maior preocupação entre os pensadores do

423 Imagine-se, por exemplo, o credor de obrigação de fazer exigindo, pela executiva *lato sensu*, que o devedor honre o compromisso (pintura de um quadro). Requerendo a antecipação de tutela o credor, e não atendendo o devedor à determinação de fazer (artigo 461, § 3.º, CPC), inconcebível, diante de uma situação de urgência evidenciada, não possa o magistrado determinar a entrega de um quadro semelhante e já pronto para venda na galeria (resultado prático equivalente) de propriedade do devedor inadimplente, assim anuindo o credor.

424 Sustentou Araken de Assis em seu manual: “O advento do Código Civil francês consagrou o adágio *nemo potest cogi ad factum*, principio ideológico basilar daquele ordenamento, o qual vedou, na execução do *facere*, o emprego de constrições pessoais sobre o devedor. Em consequência, a efetivação específica desta classe de obrigações restou inviabilizada. O inadimplemento do obrigado gerava apenas perdas e danos. Entre nós, seguiu-lhe a trilha do art. 880 do CC de 1916, segundo o qual o obrigado indenizará perdas e danos pelo descumprimento de “prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”. Como assinala Carvalho Santos, “não tolera a lei que possa o devedor ser forçado, por qualquer meio de violência à sua pessoa, a cumprir a obrigação”. Infelizmente, o art. 247 do CC de 2002 nada inovou, ignorando a disciplina do processo, sacrificando a tutela específica do credor” (*Op. cit.*, p. 545-546).

processo, não devem estar, tais idéias, exclusivamente jungidas à capacidade econômica do devedor.

Assim, em termos de coercitividade, inegavelmente, a sanção pecuniária, como meio de pressão psicológica, é de grande eficácia; no entanto, o atingimento da medida estaria também diretamente ligado ao potencial econômico do inadimplente. Portanto, não tendo recursos e nem patrimônio o obrigado, não teria, tal instrumento, o condão de intimidá-lo suficientemente e nem mesmo esperar pela satisfatoriedade ao cumprimento do avençado.

Na mesma esteira de pensamento, na hipótese de hipossuficiência, nenhuma medida disciplinar-processual, tal qual a condenação do devedor como litigante de má-fé (artigos 16; 17; 18; 14, V e parágrafo único; e 601, todos do CPC), seria pedagógica o necessário para fazer valer o propósito jurisdicional de retidão de conduta das partes e eficácia de provimento. Quem não tem, não há o que temer, porque nada há a perder.

Não se concebe, para tornar profícuos os provimentos jurisdicionais, a utilização apenas e tão-somente de medidas coercitivas de natureza patrimonial. Verifica-se, no cotidiano brasileiro, que o emprego de tais medidas não tem atingido a sua finalidade na maior parte das vezes. O país é carente e a maioria absoluta das pessoas é dotada de poucos recursos e, por conseguinte, não se intimidaria com eventuais determinações judiciais porque não teria o que perder, reitera-se.

Para o efetivo cumprimento dos provimentos jurisdicionais, há a necessidade da adoção de um conjunto de medidas específicas de natureza patrimonial, prescindindo, decorrentemente, da utilização de medidas de ordem criminal, defende Proto Pisani.⁴²⁵

Data vênia, não se amolda a sugestão do jurista italiano à nossa realidade, primeiro porque já temos na legislação brasileira um sistema que prevê

425 Processo e tecniche de atualzione dei Diritti, Salvatore Mazzamuto *apud* PISANI, Andrea Proto, L'attuazione dei provvedimenti di condanna, p. 39-62.

genericamente a possibilidade da fixação de medidas coercitivas pecuniárias, podendo o magistrado, visando tornar efetivo o provimento, até mesmo determiná-las de ofício, majorá-las ou minorá-las. Segundo porque, pelos aspectos culturais da sociedade brasileira, a coerção pessoal, em determinados casos e cuidadosamente sopesados, seria a única forma de tornar bem mais eficientes as determinações judiciais.

Se o grande desafio é tornar realmente efetivos os préstimos jurisdicionais, já é hora de se discutir firmemente um sistema de obediência às manifestações da magistratura, por meio da criminalização de atos mais graves de indisciplina cometidos pelas partes.

Inegavelmente, o prestígio do Poder Judiciário tem sido extremamente abalado nos últimos anos, o que não é de se tolerar. Torna-se forçoso concluir, portanto, que a reversão progressiva dessa situação está relacionada com a implantação de sérias e novas políticas. Especificamente no que se refere à eficácia das tutelas, carece ser estudada uma legislação que possibilite aos magistrados uma postura mais contundente no campo obrigacional e, em casos extremos de reincidência e resistência injustificada às determinações da autoridade, até mesmo a possibilidade da punição de restrição da liberdade, como última e única forma de melhor administrar os atos processuais.

7.4 As obrigações e os instrumentos executórios, o devedor, as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade

7.4.1 As obrigações e os instrumentos executórios

Em tempos de procura por maior efetividade das tutelas jurisdicionais, pode parecer inoportuno qualquer preocupação com a pessoa do devedor. Mas não o é.

No que tange ao aspecto patrimonial, as obrigações são contraídas para serem cumpridas, evidentemente. Assim, quando o Direito considerar duas partes vinculadas, asseverando que uma deva honrar um compromisso em relação à outra, passa o credor a ocupar uma posição de favorecimento.

Derivando um determinado tipo obrigacional do pacto entre duas ou mais pessoas, as regras a respeito obviamente serão consequência de uma avença formalizada (artigo 585, CPC). De outro lado, exarada a obrigação do Judiciário, deve vigorar aquilo que fizer parte do conteúdo sentencial, que reflete nada mais do que a convicção do juiz em face das ponderações produzidas na cognição (artigo 475-N, CPC).

Enfim, as obrigações existem e precisam ser satisfeitas, o que é uma exigência de ordem pública. Mas é importante que se diga que nem sempre o devedor se torna responsável intencionalmente por uma obrigação. Fábio Ulhoa⁴²⁶ sustenta, nesse sentido, que nem sempre o objetivo da obrigação corresponde ao querido pela parte. Se o motociclista atropela culposamente o pedestre, surge entre eles uma obrigação em razão da qual o primeiro se torna devedor da indenização dos danos que causou ao segundo. A finalidade dessa obrigação é, aqui, fixada pela lei: recomposição dos danos do ato ilícito, com a reparação da vítima e a punição do culpado. É irrelevante se o motociclista quer ou não pagar perdas e danos sofridos pelo pedestre derivados do atropelamento. Provavelmente não. Mas, torna-se indiferente que queira ou não. Terá que cumprir a obrigação de modo a se realizar a finalidade buscada pela ordem jurídica.

426 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 6.

É preciso que se entenda que o surgimento de uma obrigação representa uma restrição à liberdade do obrigado. De um lado figura alguém compromissado, com autonomia limitada em função de uma obrigação existente, de outro, a lei, outorgando direitos ao credor para ver satisfeito o seu crédito, o que vem ao encontro do interesse público e em prol da estabilidade das relações sociais.⁴²⁷

O que se espera é que todas as obrigações sejam saldadas espontânea e especificamente, fixado o seu conteúdo pela lei ou pela avença. Essa expectativa é não só do credor, mas também da sociedade.

Entretanto, por vezes, os débitos não são cumpridos voluntariamente e, assim sendo, a lei defere ao credor o direito de peticionar para a obtenção forçada da tutela a que entenda ter direito.

Havendo necessidade, então, de o credor exigir a obrigação pendente, servirá este dos instrumentos que o Estado dispõe, a fim de forçar o devedor ao cumprimento.⁴²⁸

Tais instrumentos estão insertos nos sistemas processuais denominados processo de execução ou nas providências de forças executivas (também conhecidas por ações sincréticas ou executivas *lato sensu*), bastando que o crédito seja representado por um título⁴²⁹ para que o credor possa fazer valer a força coativa daí originária.⁴³⁰

Na verdade, esses instrumentos de força são a essência das execuções, desenvolvidas com o fito de obter, independentemente da vontade do devedor, o resultado prático da relação jurídica de direito material.⁴³¹

427 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 24.

428 RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 3-11.

429 PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações*, p. 83-90.

430 Artigo 580 do CPC: A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada no título executivo.

431 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 4.

Com a implantação das ações sincréticas previstas no Código de Processo Civil (artigos 461, 461-A e 457-J), foram ampliados consideravelmente os instrumentos coercitivos à consecução dos fins almejados pelo credor.⁴³²

Conclui-se, assim, que o novo modelo legislativo que se apresenta, no que se refere às tutelas procedimentais de satisfação, tende ao desprendimento, cada vez mais de um formato inflexível, sublimando-se a aplicação interligada de toda a mecânica de coerção e sub-rogatória previstas. Se a ordem é que os provimentos sejam aperfeiçoados e revestidos de efetividade para atingirem o seu mister na sociedade, isso ocorrerá se houver criatividade no manejo dos atos pelos operadores do direito, possibilitando ao juízo, na resolução das questões, a necessária intercomunicação e aplicação concomitante de todas as medidas disponibilizadas na codificação.

7.4.2 *O devedor e as excludentes de responsabilidade*

O devedor, tanto sob a ótica material como processual, é aquele que se vinculou a um tipo obrigacional, seja proveniente de negócio jurídico formalizado, seja decorrente de determinação judicial. Estritamente no campo processual, é bom lembrar que nem sempre o responsável por um determinado débito é aquele que se obrigou. Estaríamos aí diante da denominada responsabilidade secundária, conforme leciona o artigo 592 do Código de Processo Civil.

432 À margem do processo, a sociedade já se incumbiu de criar meios de constrição bastante eficazes sobre os maus devedores, haja vista as instituições de proteção ao crédito, como o Serasa e o SPC. Ao mesmo tempo, legislações esparsas previram outras tantas restrições para aqueles em atraso com suas obrigações, mormente no âmbito de débitos tributários. A dúvida agora está em saber se é útil a previsão de meios coercitivos judiciais para emprego na própria execução por quanta certa, bem como em determinar, caso se conclua pelo proveito da iniciativa, que tipos de medidas seriam essas. (BRITO NETTO, Eduardo Gusmão Alves de. Execução, Novas Tendências, Velhos Problemas – Uma *Never Ending Story*, apud Sérgio Shimura e Daniel A. Assunção Neves. Execução no processo civil – novidades e tendências, p. 85).

As relações obrigacionais exercem, efetivamente, grande influência no âmbito econômico, proporcionando, com isso, a necessária circulação de riquezas. Pelas relações interpessoais de débitos e créditos que o sistema econômico de um país se estrutura.⁴³³⁻⁴³⁴

Deve ser extirpado do ordenamento a arcaica concepção do comprometimento absoluto obrigacional.

Se circunstâncias extraordinárias surgem e impossibilitam absolutamente o obrigado de honrar o determinado judicialmente ou o avençado, depois de detida aferição nesse sentido, não deve prosperar o procedimento executivo, por mais efetivo que ele deva ser.

Essa é uma questão imperiosa a ser devidamente avaliada e sublimada, principalmente em momentos de intempéries de toda ordem que se tem verificado no país.

A preocupação com a efetividade dos préstimos jurisdicionais não pode prevalecer sobre uma outra, tão importante quanto, que é da atuação de forças invencíveis aos cumprimentos obrigacionais. Tais preocupações devem ser consideradas concomitantemente.

Ousamos sustentar que o cerne do dever jurídico, em uma avaliação sistêmica de predominância humanista, localiza-se não necessariamente no cumprimento obrigacional, mas sim no empenho, na abnegação do devedor em honrar o débito que o vincula, tudo envolto à boa-fé de comportamento devidamente evidenciado.⁴³⁵⁻⁴³⁶

Forças contrapostas se fazem presentes quando deseja o exequente ver satisfeito o seu crédito, mas depara-se com o inadimplemento por conta de uma circunstância imprevisível ou, se previsível, irresistível que acomete o devedor, que acaba por tornar justificável a desonra. Portanto, o comando passa a ser a exclusão do devedor da responsabilidade obrigacional porque impossível de ser satisfeita.

435 BARASSI, Lodovico. Se e quando lo sciopero sia forza maggiore *in* *Traité théorique et pratique de Droit civil*, de Baudry-Lacantinerie, v. 22, p. 27 e seguintes.

436 GIOVENE, Achille. La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione, p. 306 e seguintes.

Se uma determinada obrigação de trato sucessivo, por exemplo, tornou-se absolutamente excessiva e, por conseguinte, extrapolou as forças do devedor, apesar de todo empenho deste e boa-fé em manter-se fiel ao compromisso mensal, impossível o seu comprometimento patrimonial. Para tanto, obviamente que não poderá o devedor ter contraído a obrigação além de suas forças, e nem de assumir um débito se houver, minimamente, possibilidade de vir a inadimplir tal obrigação. O procedimento expropriatório, prestando-se à produção de resultados injustos, afronta dogmas constitucionais, portanto, não pode prosperar.

O critério da impossibilidade econômica, defendido pelo italiano Achille

Por vezes, a responsabilidade objetiva se torna ainda mais evidente. Pode ocorrer, por exemplo, quando um determinado devedor taxista, que até então vinha honrando rigorosamente os seus compromissos, e, em uma determinada viagem contratada, sem que tenha dado causa, é vítima de um violento acidente que o obriga a passar o restante de sua vida em uma cadeira de rodas.

Tendo tal circunstância relação direta com a impossibilidade de continuar o acidentado a honrar as prestações faltantes do veículo, não é razoável que seja este coagido, de alguma forma, ou tenha comprometido os seus bens.⁴³⁷

Verifica-se aí a ocorrência de uma circunstância absolutamente fortuita, não passível de sobreposição, que impede plenamente o devedor de dar seqüência ao seu trabalho e, conseqüentemente, continuar honrando os compromissos mensais.

O magistrado deverá ter a mais ampla liberdade para avaliar de forma ampla as situações que permeiam o caso concreto.⁴³⁸⁻⁴³⁹ Poderá, para tanto, servir-se de todos os mecanismos de provas permitidos e necessários ao esclarecimento dos aspectos objetivos e subjetivos.⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹

Quando a alegação de impossibilidade do cumprimento obrigacional for de ordem subjetiva, intrínseca, como os casos de constrangimento moral ou temor de certo perigo, diagnóstico deveras bem mais dificultoso, poderá o magistrado conclamar o devedor ao comparecimento, questionando-o acerca das

437 Arnaldo Medeiros Fonseca expõe o seguinte caso: “Sem dúvida que haverá casos em que não se poderá abstrair da pessoa do devedor, das suas condições pessoais. Mas, isso se sucederá apenas quando tais condições tenham uma relação de conexidade necessária com a própria prestação em si, como no caso da doença do pintor, impedido por tal fato de executar a encomenda de um quadro; o que constitui também impossibilidade objetiva” (*Op. cit.*, p. 115).

438 Artigo 332 do CPC: Todos os meios de provas, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

439 Artigo 131 do CPC: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

440 “Como casos fortuitos e ou de força maior não podem ser consideradas quaisquer anormalidades mecânicas, tais como a quebra ou a ruptura de peças verificadas em veículos motorizados” (RF – 161/249).

441 “Defeitos mecânicos em veículos, como o estouro de pneus, não caracterizam caso fortuito ou força maior para a isenção da responsabilidade civil” (RJTJSP 15/118).

circunstâncias que envolvem o problema.⁴⁴² Deverá ainda, para o descobrimento da verdade, nesses casos mais complexos que abarquem vários aspectos do conhecimento, servir-se de comprovações periciais, interdisciplinarmente consideradas.

É absolutamente possível e recomendado que o julgador se sirva de vários laudos periciais, das mais diversas áreas, o que a legislação autorizou a partir da Lei n.º 10.358/2001, artigos 431-B⁴⁴³ e 429 do Código de Processo Civil, além de outros meios de provas que repute também necessários, visando melhor orientar-se para proferir julgamento, eventualmente extintivo da obrigação.

Coerente a posição de que não é a imprevisibilidade que deve caracterizar o caso fortuito ou força maior, mas sim a inevitabilidade. E esta pode surgir a qualquer momento, mesmo sendo possível a previsão de tal circunstância maior e irresistível. Tal afirmação está mais relacionada com a força maior, como uma inundação, uma tempestade ou um terremoto, que podem ser previamente detectados, mas não evitados. Mas a exclusão também pode ocorrer por consequência do caso fortuito, como um eventual embargo da autoridade pública responsável pela mercancia aeronáutica, que impede um avião cargueiro de decolar, de onde partiria carga perecível, por exemplo.⁴⁴⁴

No que se refere à onerosidade excessiva (artigo 478, CC), verificada após a propositura da ação executiva, o devedor deverá alegá-la na oportunidade dos embargos do devedor ou da impugnação. O fundamental é que das circunstâncias decorra, comprovadamente, a impossibilidade total e evidente de o devedor continuar honrando a obrigação, em face de uma abrupta medida

Se a impossibilidade for completa, assim devidamente comprovada nos autos, poderá o exequente, a fim de evitar a resolução contratual, concordar em modificar equitativamente as condições do pacto exequendo, em conformidade com o artigo 479 do Código Civil.⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶

O que precisa ficar patente é que, alegada ou detectada pelo juízo a onerosidade excessiva, o caso fortuito ou força maior, há o surgimento de circunstâncias que se divorciam do escrúpulo humano, em que a pretensão do indivíduo não tem qualquer influência na culpabilidade.

Contrário senso, é de se compreender que é possível a ocorrência de tais institutos, sem que se justifique a exclusão de responsabilidade discutida. A questão também é de grau e o magistrado precisará analisá-la à luz do princípio da razoabilidade.

É preciso que a ocorrência de forças estranhas e inusitadas impeditivas sejam reais, graves e prementes. Não bastam, para justificar a inexecução obrigacional, meras fragilidades pessoais ou pânicos casuístas extremados.

Faz-se necessário, em termos de excludentes de responsabilidade obrigacional, que não seja analisada individualmente a circunstância excludente,⁴⁴⁷ mas, sim, se era possível ao devedor ter ou não evitado o não-cumprimento do compromisso.⁴⁴⁸

Um outro critério que deverá o julgador atentar-se é o que, no momento da constituição da obrigação, tinha o devedor como prever a circunstância

445 Artigo 479 do CC: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

446 Artigo 125 do CPC: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV – tentar a qualquer tempo, conciliar as partes.

447 Exemplificando: Tendo sido celebrado um contrato de depósito de determinada coisa móvel, vem a verificar-se a destruição desta em resultado de incêndio ocorrido na casa onde estava guardada. A circunstância de o incêndio, provocado por hipótese por uma trovoada, ter em si mesmo caráter casual, não é suficiente para assim qualificar o incumprimento: bastava que o depositário pudesse ter salvo a coisa depositada para já não ser lícito falar de impossibilidade de cumprir. O incêndio, em si, é um caso fortuito ou de força maior (e se a casa era arrendada dá-se a caducidade do arrendamento, nos termos do artigo 1051, f, bem como se desencadeia por exemplo a obrigação de a seguradora do mobiliário pagar o valor seguro contra fogo), mas o depositário não poderá dizer que foi impossibilitado de cumprir.

448 Se João, por exemplo, obrigou-se a guardar para José em sua residência alguns valores, representados por cédulas e diamantes, e ladrões invadem o local mediante grave ameaça e furtam tais valores, não se pode

excludente. Se assumiu o compromisso e tinha como antever a possibilidade de inadimplir ou a ocorrência impeditiva obrigacional, não há qualquer isenção de responsabilidade. De outro lado, se o obrigado não podia antever a circunstância fortuita no momento da vinculação, mas poderia ter evitado a excepcionalidade, também não há que se falar em excludente.

Sempre que o julgador for analisar as excepcionalidades na discussão executória, deverá ter como parâmetro um modelo de devedor diligente e empenhado, de atitudes medianas razoavelmente consideradas.

Não há qualquer óbice de tal discussão se dar no âmbito executório, obviamente. Apesar de essa modalidade de tutela não ter a amplitude probante natural da cognição, não se pode extrair do devedor o direito de nele aduzir forças estranhas, insuperáveis e irremovíveis ao cumprimento obrigacional.

Não seria razoável que houvesse limitação de âmbitos e momentos devidos para se alegar circunstâncias tão importantes e decisivas ao deslinde de uma questão em análise. Além do mais, quando a Constituição assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5.º, inciso LV, CF), não faz qualquer restrição a um ou a outro processo ou procedimento. Portanto, o melhor alvitre é a possibilidade de se afirmar que o processo de execução comporta perfeitamente esse tipo de discussão, principalmente pela sua atuação coativa própria em face de situações que se posicionam apartadamente do controle racional humano, e que pode levar à não-exigibilidade obrigacional.

Portanto, afora os casos expressamente previstos no Código Civil que impedem a escusa fundada no caso fortuito ou força maior,⁴⁴⁹ torna-se sempre possível travar-se discussão acerca da caracterização de tais excludentes.

invocar a excludente de caso fortuito, pois razoável que João pudesse prever a ocorrência e tivesse melhor guardado os pertences de José junto a uma agência bancária.

449 Arnaldo Rizzardo elenca os casos de impossibilidade para alegar a escusa. Diz o autor: “Pelo artigo 246 (art. 877 do Código anterior), referente ao comodato: ‘não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito’. Ordena o art. 583 (art. 1.253 do Código anterior), referente ao comodato: ‘Se, correndo risco do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior’. Na locação, conforme o art. 575 (art. 1.196 do Código anterior), ‘se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locatário

7.4.3 O devedor no processo de execução e as excludentes

Um dos elementos que constituem as obrigações são os sujeitos, ao lado da prestação devida e do vínculo jurídico. Em todas as relações obrigacionais existem pelo menos duas partes, um sujeito ativo e um passivo, ou seja, um credor e um devedor. Portanto, sempre que houver um crédito não honrado, seja de pagar quantia, fazer ou não fazer, dar coisa certa ou incerta, emergirá para o credor o direito de exigi-lo pelos mecanismos jurisdicionais disponibilizados.

Sílvio Rodrigues⁴⁵⁰ argumenta:

[...] que na espécie surge uma limitação à liberdade do devedor, que deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem. Mas tal limitação ou adveio de sua vontade, ou de seu comportamento desastrado (hipótese do ato ilícito), ou derivou de imposição legal.

Pelos meios de que o Estado dispõe, poderá o credor exigir do devedor que honre a obrigação, sob pena do comprometimento do seu patrimônio (artigo 591, CPC). Essa é a regra.

Mas deve ser ressaltado que não terá o credor sucesso em qualquer procedimento judicial se o devedor cumprir voluntariamente a obrigação. Nesse caso, a lei não autoriza o credor o manejo das regras obrigacionais e processuais concernentes.

É possível, ainda, figurar no pólo passivo das relações jurídicas mais que um devedor, circunstância ocorrente e denominada pela doutrina civilista de

arbitrar, e responderá pelo dano, que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito'. Segundo o art. 667, § 1.º (art. 1.300, § 1.º do Código anterior) 'se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento'. Prevê o art. 862 (art. 1.332 do Código anterior): 'Se a gestão for iniciada contra a vontade manifesta ou presumida do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse absterido'. E, no art. 868 (art. 1.338 do Código anterior), temos que 'o gestor responde pelo caso fortuito, quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus'" (Contratos, p. 32).

450 RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 6.

obrigação complexa, como na hipótese de co-responsabilidade do inquilino e do fiador, ou o responsável por dívida bancária e o respectivo avalista.⁴⁵¹

Convém-nos reportar que o artigo 592 do Código de Processo Civil prevê a denominada responsabilidade secundária, ou seja, por vezes o responsável pela obrigação é uma outra pessoa, não necessariamente aquela que contraiu a obrigação. Os comentários acerca da responsabilidade indireta se encontram previstos no capítulo 3, item 3.4 deste trabalho.

É de se concluir, portanto, que sendo alguém responsável por uma obrigação, seja o seu cumprimento devido a mais de uma pessoa ou caracterizada a responsabilidade secundária, surge a figura do obrigado, que deverá honrar a obrigação sob pena do comprometimento do seu patrimônio (artigos 591 e 592, CPC; artigo 391, CC).

Compete àquele detentor de um crédito fazer prova dessa circunstância e ao devedor a respectiva contraprova, alegando tudo aquilo que permitido em conformidade com as previsões legais.

Há que se reconhecer, portanto, não ser possível negar o direito de defesa ao obrigado. Uma vez cobrado, poderá aduzir todas as defesas permitidas e que lhe competir, reitera-se, inclusive clarividenciando circunstâncias imprevisíveis, ou, se previsíveis, intransponíveis.⁴⁵²

Enfim, seja por conta das inevitabilidades fortuitas humanas ou originárias de forças naturais, ou ainda tornando-se compromissos excessivamente onerosos ao devedor, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, devidamente investigados e sopesados, devem ser relevados judicialmente para o fito de definir a desobrigação ou não do devedor. As circunstâncias excludentes de que falamos foram estudadas no capítulo 4 deste trabalho.

451 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 4-5.

452 Fábio Ulhoa Coelho denominou de inevitabilidade cognoscitiva os raios que caem no solo a todo momento, mas não é possível antecipar o seu local exato (*Op. cit.*, p. 387).

Não se concebe alguém ser coagido a honrar uma obrigação, mesmo legitimamente contraída, se, por circunstâncias supervenientes e verdadeiramente irresistíveis, passa o obrigado a não mais poder honrá-la.

Não sendo possível, então, prever os fatos ensejadores das excludentes, ou, mesmo sendo possível a sua previsão, mas inevitável a sua ocorrência, uma vez devidamente aferidas, não é digno que seja coagido o devedor a cumprir o que se tornou até mesmo material ou fisicamente impossível, comprometendo o seu patrimônio, a sua reputação e, por conseqüência, a sua dignidade.⁴⁵³

Assim sendo, não há razões que possam justificar qualquer vedação, até mesmo no âmbito do processo de execução, da alegação de eventual caracterização das excludentes obrigacionais, salvo se houver pacto expreso convencionando-se a subsistência da responsabilidade obrigacional em qualquer hipótese, considerando a dispositividade dessas regras, assim preconizado pelo artigo 393 do Código Civil, segunda parte.

Entretanto, não é de se admitir a cláusula não indenizatória nos documentos bilaterais quando se apresentar incompatível com o objeto da prestação ou conflitar com a ordem pública ou com os bons costumes.⁴⁵⁴

Há que ser lembrado que o artigo 122 do Código Civil⁴⁵⁵ literalmente afasta as cláusulas e condições que privarem de todo efeito o negócio jurídico ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

453 Sustenta Alberto Trabucchi que, para que seja possível a exoneração completa do devedor, carecem existir 3 elementos: a) que se trate de uma efetiva impossibilidade objetiva; b) que tal impossibilidade seja superveniente; e c) que a circunstância que a provoque seja inevitável e não derive da culpa do devedor ou surja durante a mora deste (Instituciones de derecho civil, p. 65).

454 Ensina Ana Prata: “Sua origem histórica é encontrada na revolução industrial e na interferência extraída das novas técnicas, fazendo-se mister limitar a responsabilidade decorrente da produção em massa, da qual resultavam vastos riscos e de conseqüentes custos de responsabilidade insuportáveis pela maioria das empresas na exata medida em que os contratos de seguro não eram suficientes aos novos riscos empresariais. De fato, os meios técnicos eram pouco desenvolvidos e o controle das atividades ainda incipientes (PRATA, Ana. Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual, p. 23).

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

Nos contratos de transporte, a questão já se encontra sumulada (Súmula n.º 161) no Supremo Tribunal Federal, vedando a cláusula de não indenizar, permitindo-se, entretanto, a limitação do *quantum* indenizatório.⁴⁵⁶

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), regulamentando circunstâncias específicas e normas de ordem pública, veda cláusula de não indenizar e transferência de responsabilidades.⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸

Considerando a especialidade das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor recepcionou a responsabilidade objetiva, mas ressaltou hipóteses excludentes de responsabilidade, conforme os incisos do § 3.º do artigo 12.⁴⁵⁹

Por fim, considerando a clareza do legislador consumeirista, não nos parece ser possível o fabricante, construtor, produtor ou importador, no âmbito de tais relações, alegar qualquer outra excludente de responsabilidade que não as previstas na Lei n.º 8.078/90.

7.4.3.1 Momento de alegação das excludentes no processo de execução

456 Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Transporte de mercadorias. Culpa do transportador. 1. Ação de indenização decorrente de contrato de transporte com dano à mercadoria, ocorrência de caso fortuito ou força maior, circunstâncias que poderiam afastar a presunção de culpa do transportador no tocante ao descumprimento do contrato. Incumbe ao transportador o ônus da prova (STJ, AgRg no Ag 510832-RS, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.09.03, in DJ 01.12.03, p. 351).

457 Artigo 51, inciso I, da Lei 8.078: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposições de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor – pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; III – transfiram responsabilidades a terceiros;

458 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Obrigações, p. 212/215.

459 Prevê o CDC: Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...] § 3.º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O direito de defesa sempre foi exercido, no processo de execução, pelos embargos do devedor (artigos 736 e 740, CPC),⁴⁶⁰ tanto nas execuções fundadas em títulos judiciais como nos extrajudiciais.

Entretanto, após o advento da Lei n.º 11.232/05, o instituto dos embargos à execução ficou confiado apenas aos devedores de títulos extrajudiciais.

Assim, em sede executória com base nos títulos discriminados no artigo 585 do Código de Processo Civil, terá o executado 15 dias, a partir do termo inicial (artigo 738, CPC), para a adução de todas as formas de defesas que entender cabíveis.

Não há como negar, nesse âmbito, argumentações de toda ordem, sem as restrições típicas das impugnações relacionadas aos títulos judiciais (artigo 475-L, CPC), considerando a inexistência de discussão antecedente.⁴⁶¹

Após o oferecimento da ação de embargos (artigo 738, CPC), poderá o devedor alegar a ocorrência das excludentes, devendo, obviamente, fazer prova de tais alegações. Se procedente o pleito da incidental de embargos, deve ser proferida sentença que reconheça a inexigibilidade do título.⁴⁶²

Quando a segunda parte do artigo 745 do CPC regra que “[...] qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”, há que se incluir aí, evidentemente, a onerosidade excessiva ocorrente, ou o caso fortuito ou força maior, institutos que alteram ou excluem as obrigações contraídas.

460 Artigo 736 do CPC: O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos..

461 Artigo 745 do CPC: Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

462 Sustenta Humberto Theodoro Júnior: “Os embargos do devedor, quando opostos, é que são submetidos a um julgamento do mérito, tendo por objeto a pretensão de desconstituir a eficácia do título do credor. Eles é que serão julgados procedentes ou improcedentes, nunca a execução que estará sempre aparelhada, seja com base em sentença, seja com fundamento em título extrajudicial” (Curso de Direito Processual Civil, p. 390).

Já no que concerne às possibilidades de defesa nas execuções com base em títulos judiciais, remete-se para o novel artigo 475-L do CPC que limita as formas de defesas argüíveis nessa seara.⁴⁶³

Para o enfoque das excludentes sob estudo, deve o executado servir-se do inciso VI do artigo 475-L, do Código de Processo Civil.

O texto do referido artigo expressa a locução “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

Parece-nos que o legislador de 2005 (Lei n.º 11.232/05) atribuiu natureza meramente exemplificativa ao transcrito inciso,⁴⁶⁴ podendo, na oportunidade da defesa, ser perfeitamente alegadas as excludentes, obviamente se surgidas após a prolação da sentença, como preleciona a parte final do inciso em tela.⁴⁶⁵

Emergidas as circunstâncias excludentes das obrigações durante o processo de conhecimento, por exemplo, certamente é durante a sua fluência que deverão ser invocadas, ao menos até o saneamento do processo, com a condição prevista no artigo 264, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Se ocorrerem após ser proferida a sentença, é pela impugnação que deverão ser alegadas. Apresentando questões complexas a serem polemizadas e aferidas, deve o magistrado atribuir efeito suspensivo à impugnação (artigo 475-M, § 2.º, CPC). Seqüencialmente procederá à instrução e decidirá pela interlocutória ou sentença (artigo 475-M, § 3.º, CPC).

463 Artigo 475-L do CPC: A impugnação somente poderá versar sobre: I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - penhora incorreta ou avaliação errônea; IV - ilegitimidade das partes; V - excesso de execução; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 1.º 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. § 2.º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

464 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro, p. 293.

465 Diz Ernane Fidélis dos Santos acerca do inciso VI do artigo 475-L: “A lei dá como causas exemplificativas o pagamento, a novação, a compensação, a transação ou a prescrição” (Manual de Direito Processual Civil, p. 289).

Ainda referente ao inciso VI do artigo 475-L, se a questão alegada pelo executado for pertinente à onerosidade excessiva (artigo 478, CC) e sendo acatada tal argumentação pelo magistrado, extinguirá (causa extintiva) a ação em que se mostrou evidente a onerosidade de uma obrigação.

Se entre as alegações do executado figurar o caso fortuito e a força maior, e entender o magistrado que tais alegações se amoldam às circunstâncias sob discussão, a sua decisão, da mesma forma, basear-se-á em causa extintiva, como aduz o *retro* citado inciso VI do artigo 475-L do Código de Processo Civil.

Indiscutivelmente o reconhecimento judicial é fundamental para que a adequação (hipótese de onerosidade excessiva) ou a extinção (hipóteses de onerosidade excessiva, força maior ou caso fortuito) obrigacional se caracterize.⁴⁶⁶

Apesar da importância dos institutos excludentes, obviamente que tais matérias deverão ser alegadas, provadas, aferidas e acolhidas ou não, ou seja, não comportam reconhecimento *ex officio*.

Enfim, o que é preciso ficar patente é que o processo de execução não é essencialmente democrático e o exercício da defesa não lhe é peculiar.⁴⁶⁷ Enquanto o instrumento processual de defesa se caracteriza por uma vertente cognitiva, na execução são realizados apenas atos concatenados e contudentes, visando à mais plena satisfação do credor.

⁴⁶⁶ Ensina Venosa que: “O pedido poderá ser tanto de liberação do devedor da obrigação como de redução do montante da prestação. Note que a revisão judicial não deve limitar-se exclusivamente a resolver a obrigação. Pode, e com muita utilidade, colocar o contrato em seus bons e atuais limites de cumprimento, sem rescindi-lo. Se a prestação se tornou excessiva, nada impede que o julgador a coloque no limite aceitável, de acordo com as circunstâncias (TJSP – AC 50.836-4, 23-2-99, Rel. Des. Franciulli Netto). Se o devedor, porém, pede exclusivamente a extinção da obrigação, não poderá o juiz decidir fora do pedido. Conveniente que, ao ser proposta a ação, seja dada margem, quando possível, ao magistrado de reduzir o valor da prestação. Denota boa-fé o contratante que quer pagar o justo, deferentemente daquele que simplesmente deseja livrar-se da obrigação. A questão, todavia, é de exame do caso concreto” (VENOSA, Sílvio de Salvo, *Op. cit.*, p. 499).

⁴⁶⁷ Preconiza Misael Montenegro Filho a respeito, o seguinte: “A *ratio* de se eliminar a possibilidade de o devedor oferecer resistência à pretensão do credor no âmbito da própria execução, seguindo-se o modelo italiano, centra-se na conclusão de que são apenas praticados *atos instrumentais* na execução, objetivando dar ao credor o mesmo nível de satisfação que seria alcançado com o cumprimento voluntário e espontâneo da obrigação por parte do devedor. A execução não é lide ou fase de cognição, de declaração ou de certificação de direito, considerando que este já foi afirmado na fase ou no processo de conhecimento, se o título for judicial” (Curso de direito processual civil, p. 547).

Exatamente pela feição e índole do processo de execução é que as questões meritorias ou de fundo deverão ser discutidas em sede própria.

Apesar de esse tipo de processo não ter natureza dialética plena, não se pode tolher as manifestações e alegações do executado (Constituição Federal, artigo 5.º, inciso LV). Acresce-se que somente no âmbito do contraditório das vertentes meritorias das execuções é que poderá haver instrução probatória e decisões extintivas.

7.4.3.2 Defesas do executado

Já se comentou que o processo de execução é caracterizado por um mecanismo de defesa não tão abrangente como o sistema cognitivo, até porque o seu itinerário se desenvolve apenas realizando-se atos objetivando a mais completa satisfação do credor.

Mas, sendo o direito de defesa um direito constitucional e sagrado, legislação ou circunstância alguma poderia vedá-lo ou mesmo dispensá-lo, assim o sendo também em relação às contendas executivas, obviamente.

O legislador, atinente ao processo de execução, previu os embargos do devedor (artigo 736 e seguintes, CPC) para que o executado se defendesse das execuções propostas com base nos títulos extrajudiciais, e, mais recentemente, instituiu a impugnação (artigos 475-L e 475-M, CPC, com redação dada pela Lei n.º 11.232/05), especificamente para a formulação de defesa em relação aos requerimentos para os cumprimentos de sentenças.

Mas, não são apenas essas mecânicas de defesa de que podem se servir os executados para demonstrar eventuais descabimentos do processo executivo. Existem outras formas de os obrigados se defenderem das investidas dos credores, como veremos neste estudo, mas sempre lembrando que nenhuma

pretensão de questionamento sobre o título obstará o credor de propor ação executória, conforme determina o § 1.º do artigo 585 do Código de Processo Civil.⁴⁶⁸

Passam-se a estudar, então, algumas tipologias instrumentais de que podem se servir os devedores a fim se defender, ora questionando o próprio título, vezes outras o processo de execução ou os seus atos, atacando a decisão condenatória e até mesmo invocando circunstâncias excludentes de responsabilidade que podem levar à desobrigação do devedor.

A tutela jurisdicional de cognição e a executiva gozam de atributos inerentes à atividade jurisdicional e se diferenciam, dentre outras coisas, principalmente no tocante ao momento em que se verifica o contraditório das partes.⁴⁶⁹

No processo de conhecimento, o exercício da jurisdição se desdobra em manifestações postulatórias, de saneamento e probatórias, encerrando-se com um ato decisório. Nessa esfera, o contraditório ocorre em todo seu trajeto porque há uma ambientação própria, até porque ainda se perquire a certeza que se pretende obter acerca da relação jurídica de direito material.

Já no processo de execução, o itinerário é outro. O magistrado profere despachos e atos interlocutórios, inclusive os de afetação, postergando o exercício dialético, sem que haja, com isso, ofensa à Constituição Federal, até porque o que se busca é sempre a mais plena efetividade do direito do exequente já consagrado.

A justificativa de o contraditório ser efetivado somente após a realização dos fortes atos inerentes às execuções deve-se à presunção de certeza prevista no

468 Artigo 585. [...] § 1.º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

469 Sobre a diferenciação entre a jurisdição de conhecimento e a jurisdição de execução, trazemos à baila lúcido ensinamento da doutrina qualitativa: “Enquanto no processo de conhecimento o juiz examina a lide para “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, no processo de execução providencia as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre as regras e os fatos” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução, p. 43-44).

título, o que é essencial à propositura de qualquer execução. O título executivo inadimplido, judicial ou extrajudicial, é o documento apto e ensejador à prática de atos de constrição, de avaliação patrimonial, de publicidade e de expropriação.

Assim, o sistema jurídico disponibiliza esse tipo de tutela de contorno mais mecânico e menos dialético, objetivando exclusivamente, e sem prejuízo do contraditório, repita-se, a satisfação do crédito do exeqüente.

Necessita-se dar uma nova dimensão ao processo de execução⁴⁷⁰ quanto ao contraditório, considerando a amplitude constitucional dada ao tema.

Até 2005, a defesa por meio de embargos do devedor era a única forma prevista na legislação de o executado se contrapor à pretensão do exeqüente. Com a vigência da Lei n.º 11.232/05, a impugnação ao cumprimento de sentença também passou a ser outro meio apto à defesa do obrigado (artigos 475-L e 475-M, CPC), embora tenha natureza jurídica e procedimento diversos dos embargos.

Luiz Rodrigues Wambier, discorrendo sobre a existência de contraditório na execução, sustentou que:

[...] está superada a noção de execução como processo sem contraditório, procedimento de que apenas o credor poderia participar ativamente. A vigência dessa garantia na execução tem por fundamentos: (I) as normas constitucionais que consagram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa em todas as formas processuais (CF, art. 5.º, LIV e LV); (II) a circunstância de a execução enquadrar-se na atividade jurisdicional, submetendo-se a seus princípios essenciais: o contraditório é tão relevante para o direito processual que certos autores chegam a afirmar que só existe processo (e não mero procedimento) quando incide aquela garantia; (III) o princípio do menor sacrifício do devedor (620): seria absurdo sustentar que, ao mesmo tempo em que se assegura ao executado a não imposição de onerações desnecessárias, não lhe são dados instrumentos para exercer esse direito.⁴⁷¹

470 Há decisão do extinto Tribunal de Alçada Cível de São Paulo declarando inexistir contraditório no processo de execução (RT 648/133).

471 WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. Curso Avançado de processo Civil, p. 130.

Quando se fala em contraditório no processo executivo, providencial é a lição de Sandro Gilbert Martins, segundo a qual:

É notória a importância da incidência do princípio do contraditório na execução, haja vista que, por mais que até se considere menos visível, este processo se faz em dialética, tanto assim que: 1.º) é dada, às partes, a garantia da informação sobre os atos processuais; e, 2.º) às partes também é assegurado o controle da regularidade da execução, principalmente ao executado, garantindo, assim, a participação efetiva e imparcial do juiz. Ademais, pode-se dizer superada a discussão acerca da incidência *in executivis* do princípio do contraditório, pois a constituição Federal de 1988 elevou este princípio ao status de garantia fundamental, com presença obrigatória em qualquer tipo de processo (...) para que o contraditório fosse restrito na execução, seria necessário existir na lei alguma limitação a essas duas finalidades: informação e reação aos atos executivos. Como não existe qualquer restrição, não há por que se referir a um contraditório eventual, parcial ou atenuado.⁴⁷²

No que se refere à construção doutrinária e jurisprudencial da figura do incidente de pré-executividade, foi aceito por grande parte dos juízes, e deve ser incluído também como instrumento que muito se utilizou na defesa do executado, observadas algumas circunstâncias especiais.

Realmente, havia determinadas situações em que a melhor orientação era o devedor se servir, para a defesa dos seus interesses, da exceção ou objeção de pré-executividade, considerando as peculiaridades da situação.⁴⁷³ Não há mais qualquer razão de ser do instituto, considerando o novo texto do artigo 736 do Código de Processo Civil.

Contudo, há uma gama extensa de outros instrumentos jurídicos de que pode se valer o executado, para evitar a injusta constrição de bens, argumentando, dentre outras defesas, a caracterização das excludentes de responsabilidade obrigacional, ora estudadas. Dentre outros meios de defesa do executado, dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, além dos já mencionados – embargos à execução (artigo 736, CPC) e a impugnação ao

472 MARTINS, Sandro Gilbert. A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica, p.56-57.

473 NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado, p.1039.

cumprimento de sentença (artigo 475-L, CPC) – pode-se citar: as ações declaratórias incidentais; ações anulatórias; medidas cautelares; agravo de instrumento; mandado de segurança; e a ação rescisória.

7.4.3.2.1 Impugnação do cumprimento de sentença (Lei n.º 11.232/2005)

A Lei n.º 11.232/2005, que alterou o Código de Processo Civil e trouxe novo conceito de sentença, deslocou a execução de sentença do Livro do Processo de Execução para o de Processo de Conhecimento. De acordo com a nova legislação, a relação jurídica processual iniciada com a petição inicial será cumprida, isto é, executada no mesmo processo e não de forma autônoma como anteriormente. Houve, portanto, unificação procedimental entre ação condenatória e ação de execução.

Assim, unificando o procedimento da tutela condenatória e o da execução (*lato sensu*), esta acaba decorrendo daquela sem que haja necessidade da instauração de um outro pleito, incidência de novas custas ou necessidade de citação do réu-executado.

O cumprimento de sentença alcança as decisões proferidas com fulcro nos artigos 461 e 461-A, em que o magistrado pode emitir ordem a ser cumprida pela parte, sob pena de cometimento de infração penal, caracterizando a tutela mandamental. Nela o juiz está autorizado a fazer uso de medidas executivas diretas (ou de sub-rogação) ou indiretas (ou de coerção) e, especialmente, da concessão de tutela mandamental (ordem judicial).

Também englobam o cumprimento de sentença aquelas decisões a que se refere o novo artigo 475-J, nas quais predominam os atos de execução direta (ou de sub-rogação).

Inovou o legislador processual com a inclusão de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, caso o executado não efetue o pagamento no prazo de 15 dias, a requerimento do credor. Assim não o fazendo, será expedido mandado de penhora e avaliação sobre o patrimônio do devedor.

Poderá o exequente, no requerimento, indicar bens à penhora (475-J, § 3.º, CPC). Insurgindo-se o executado sob alegação de que a ordem do artigo 655 do Código de Processo Civil não é absoluta, deverá o juiz decidir arrimado nos princípios da máxima efetividade (artigo 612, CPC), mas também no da menor onerosidade (artigo 620, CPC), norteadores de qualquer processo de execução.

Sendo inevitável a constrição de bens do devedor, poderá este ofertar impugnação à execução, no prazo de 15 dias (artigos 475-J, § 1.º, 475-L e 475-M, CPC), tendo este formato de defesa, natureza de incidente no curso do cumprimento de sentença.

Mas nem por isso o magistrado deixa de realizar a atividade cognitiva, que, embora restrita aos temas previstos nos incisos do artigo 475-L e às questões de ordem pública, poderá avaliar eventual alegação extintiva obrigacional, como as excludentes obrigacionais (artigos 393 e 478, CC).

Insta frisar que a falta de requisitos para a execução ou a invalidade de atos executivos pode ser argüida mesmo após o prazo estabelecido no artigo 475-J, § 1.º do Código de Processo Civil. Contudo, se o executado deixar de alegar tais vícios na primeira oportunidade processual, incidirão as sanções previstas nos artigos 22 e 267, § 3.º do mesmo código.

Vale lembrar que o § 2.º 54 0 Td [(s)-4.38448(e)-0.695254(8(o)-4.55778()-()1.99

execução de sentença, os embargos à arrematação ou à adjudicação (artigo 746, CPC), que constituem ações autônomas, em regra, com efeito suspensivo.

Eventuais vícios na arrematação ou na adjudicação do(s) bem(ns) penhorado(s) devem ser suscitados por meio de impugnação, por analogia ao artigo 475-M que, em regra, não possui efeito suspensivo.

De uma maneira geral, toda regra que conflitar com o mandamento do artigo 475-I não é de se aplicar ao cumprimento de sentença.

Antes da vigência da Lei n.º 11.232/05, o Código Processual Civil determinava que a defesa do executado, em ação de execução fundada em título judicial e extrajudicial, seria promovida pelos embargos, e que estes seriam sempre recebidos com efeito suspensivo (antigo artigo 739, § 1.º, CPC), instituto aplicável agora apenas à execução de títulos extrajudiciais (artigos 585 e 745, CPC).⁴⁷⁴

A suspensão da execução da sentença que era apenas *ope legis*, condicionada exclusivamente à interposição de embargos do devedor, hoje é também *ope judicis* quando se tratar de título judicial, ou seja, deriva do livre convencimento do juiz, atento aos requisitos do artigo 475-M.

O § 1.º do artigo 475-M permite, mesmo em casos de suspensão da execução, que o exequente dê prosseguimento ao feito desde que preste caução suficiente e idônea. Suspensa, cabe ao magistrado ordenar as providências cautelares urgentes, se necessário (artigo 793, CPC).

Deferido o efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos. A peça de defesa somente será autuada em apartado se não lhe for atribuído tal efeito (artigo 475-M, § 2.º, CPC).

474 Merece crítica, também, a imposição do efeito suspensivo automático, conferido aos embargos, inibindo a eficácia do título executivo e prestando-se freqüentes manobras procrastinatórias. O título gera a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da dívida. Se os embargos alegam e provam liminarmente a existência de fundamento relevante, elisivo da excoutoriedade do título, e o juízo está garantido pela penhora ou pelo depósito, podem eles ser recebidos com efeito suspensivo. Caso contrário, deveria a execução prosseguir, sem prejuízo de, se acolhidos viessem a ser os embargos, fossem as coisas repostas no estado anterior ou restituído ao devedor o seu equivalente em dinheiro (GRECO, Leonardo. O processo de execução, p. 585).

A decisão que julga o incidente de impugnação à execução pode ser interlocutória ou sentença, portanto, questionável pelo agravo de instrumento ou apelação (artigo 475-M, § 3.º, CPC).

Segundo Wambier,⁴⁷⁵

[...] pela letra da lei, o ato que rejeita a impugnação (por razão de mérito ou processual) é decisão interlocutória. O recurso cabível, conforme expressa previsão, é o agravo de instrumento. O mesmo vale para os casos em que o acolhimento da impugnação não implica extinção da execução. Mas, quando o juiz acolhe a impugnação pondo fim à execução, o ato decisório é tratado como sentença, sendo então, apelável (...) tratando-se de decisão interlocutória, e não sentença, o ato que rejeita a impugnação, ou a julga procedente por um fundamento que não implica a extinção do processo, não faz coisa julgada material (atributo reservado apenas às sentenças – art. 467). Em caso de acolhimento da impugnação com a extinção da execução, como se trata, conforme a lei, de sentença, há coisa julgada. Essa disparidade de soluções é criticável. Uma possível interpretação, para evitar tal incongruência e conferir mais harmonia ao sistema, seria a de refutar haver sentença em ambos os casos – supondo-se, então, que a referência a ‘decisão’ no art. 475-M, § 3.º, é genérica (não dizendo respeito, propriamente, a ‘decisão interlocutória’, mas ao gênero ato decisório do juiz) e que a indicação do cabimento de agravo de instrumento é excepcionalidade (bem por isso, objeto de expressa previsão legal) que tem em vista razões de ordem prática. A questão ainda será enfrentada pela doutrina e jurisprudência.

A norma do artigo 475-M prevê que a extinção da execução implica extinção de todo o processo, contudo, na hipótese da impugnação fundada no artigo 475-L, I, do CPC (falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia), o acolhimento da impugnação importará na declaração de inexistência de todo o processo, a partir da citação da condenatória, inclusive do próprio cumprimento de sentença.

Logo, há que ser compreendido que, sendo alegada e acolhida a falta ou nulidade de citação em sede de impugnação, tem este decisório natureza de sentença, uma vez que põe termo à discussão de cumprimento e, portanto, passível de ação rescisória.

475 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, p. 319-320.

7.4.3.2.2 Embargos do devedor ou à execução

Os embargos do devedor são um misto de ação e defesa e se constituem como meio defensivo diante da eficácia executiva do título e contra os atos de execução. Com o advento da Lei n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006, o executado não mais está vinculado à garantia do juízo, depósito ou caução, para opor-se à execução (artigo 736, CPC). O instituto não mais é dotado, obrigatoriamente, de efeito suspensivo (artigo 739-A, CPC). Entretanto, poderá ser atribuído tal efeito quando forem relevantes os fundamentos da execução ou quando o seu prosseguimento puder causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação. Nesses casos, exige-se que esteja garantido pela penhora, depósito ou caução (§ 1.º do artigo 739-A, CPC).

Trata-se, os embargos de executado (ou de devedor), de um instituto de natureza cognitiva, que origina um processo incidental e autônomo que o executado impugna a pretensão creditícia formulada pelo exequente, bem como a validade da relação processual executiva.⁴⁷⁶

Nelson Nery⁴⁷⁷ preleciona sobre a natureza jurídica dos embargos à execução:

[...] misto de ação e defesa, os embargos inauguram outra relação jurídica processual, de conhecimento. São ajuizáveis por meio de petição inicial, que deve observar os requisitos do CPC 282 e 283. Devem ser distribuídos por dependência ao juízo da execução, que é o competente para processá-los e julgá-los.

Procurando definir o instituto, sustenta Araken de Assis:⁴⁷⁸

[...] os embargos constituem uma ação, quer dizer, o agir correspondente ao direito de se opor a pretensão de executar, e a circunstância de trazerem a cognição do juiz matéria de defesa não descaracteriza o remédio: a defesa, no processo de conhecimento, inclui a resistência do réu direta (contestação), indireta (exceção) e o

476 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.*, p. 297.

477 NERY JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 1042.

478 ASSIS, Araken. Manual do processo de execução, p. 1183-1184.

seu ataque (reconvenção). E esta última ostenta inconfundível natureza de ação.

Alberto Camiña Moreira⁴⁷⁹ entende que os embargos, a denunciação à lide e a reconvenção (no processo de conhecimento) não formam um outro processo, o que ocorre é a ampliação da atividade cognitiva no processo principal por força da propositura dessas ações incidentais. Diz que:

Os embargos não formam outra relação processual, não formam outro processo. Se apresentam caráter incidental, passam a fazer parte daquilo sobre que incidem, isto é, passam a fazer parte do processo de execução, que, assim, tem sua cognição dilatada, ampliada.

Não há que se falar, realmente, na formação de outra relação processual absolutamente autônoma, em razão da interposição de embargos, até porque estes só têm existência a partir da instauração de um processo de execução. Não se instrumentalizam os embargos do devedor fora do ambiente executivo.

Com a sua interposição, verifica-se uma maior abrangência do mesmo objeto da execução e que com esta se interconecta, culminando em uma decisão que pode autorizar ou não o prosseguimento do processo executivo.

Mas há que ser ressaltado que a ação de embargos pode ganhar autonomia quando, por exemplo, o devedor desejar o seu prosseguimento até final decisão de mérito, mesmo tendo o credor-exeqüente desistido da ação executória.

A legislação previu distintas espécies de embargos do devedor. Quanto ao momento de sua propositura os embargos podem ser: a) à execução (ou de primeira fase), oponíveis no prazo de 15 dias a partir da juntada aos autos do mandado de citação, assim que iniciada a incidência dos mecanismos executivos (artigos 738 e 741/745, CPC), seja qual for o tipo executório (em conformidade com a Lei n.º 11.382/06); b) à arrematação e à adjudicação (ou de segunda fase), cabíveis no prazo de 5 dias, fundados em nulidade da execução ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora (artigo 746, CPC).

479 MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade, p.13.

Após o advento da Lei n.º 11.232/05, os embargos só podem ser opostos em relação às execuções com base em título extrajudiciais, podendo, por este instrumento, ser invocada toda e qualquer matéria de defesa, além daquelas afetas às impugnações (artigos 745 e 475-L, CPC).⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹

O Código de Processo Civil prevê ainda embargos de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis nas hipóteses de título para entrega de coisa certa (artigo 621, CPC).⁴⁸² Nos embargos de execução por carta, há apenas o estabelecimento de regra de distribuição de competência para oferecimento e julgamento da matéria (artigo 747, CPC).

É importante ressaltar que, na hipótese de execução contra a Fazenda Pública, o instrumento hábil do obrigado continua sendo os embargos do devedor (artigo 741, CPC, com a nova denominação determinada pela Lei n.º 11.232/05), mas, obviamente, com as limitações *ratione materiae* que o mencionado artigo impõe.

Os embargos do devedor, com a característica de ação que o reveste, para a sua admissibilidade, devem observar as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte – artigo 267, VI, CPC), bem como os pressupostos processuais (competência do juízo, capacidade das partes e forma adequada de procedimento).

Se os embargos forem extemporâneos, ou inepta a petição ou forem reputados manifestamente protelatórios, deverão ser rejeitados liminarmente (artigo 739, I, II e III, CPC).

O legitimado para propor a ação de embargos é o devedor designado no título e todo aquele que se encontrar em situação jurídica de sujeição análoga à do executado.⁴⁸³

480 ASSIS, Araken de. Manual. *Op. cit.*, p. 1191.

481 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil, p.131.

482 Súmula 46 do STJ: 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 de bens.

483 FERNANDES, Miguel Angel. El proceso de ejecucion, *apud* ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p.1241

A regra de competência para os embargos é a funcional. Já se a execução for efetivada por carta, poderão os embargos ser apresentados tanto no juízo deprecante como no deprecado. A competência para julgá-los, em regra, é do juízo deprecante. Será, no entanto, do juízo deprecado, se versarem somente sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens, ou seja, de atos praticados no juízo deprecado (artigo 747, CPC – *vide* Súmula 46 do STJ).

O procedimento dos embargos do devedor tem as mesmas fases do processo cognitivo: postulatória, saneadora, instrutória e de julgamento.

Serão distribuídos por dependência, posto que constituem ação incidental no processo de execução, em conformidade com o artigo 253 do Código de Processo Civil.

Encontrando-se em ordem, o juiz receberá os embargos (artigo 740, CPC) e dará vista ao exeqüente para manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, podendo suspender ou não o trâmite da execução (artigo 736-A, § 1.º, CPC). A decisão de suspender ou não a execução poderá ser atacada pelo recurso de agravo.⁴⁸⁴ Se rejeitada liminarmente a inicial dos embargos (artigo 739, I a III, CPC), caberá apelação somente no efeito devolutivo (artigo 520, inciso V, CPC).

7.4.3.2.3 Mérito no processo de execução

A execução, como forma autônoma ou como providência de cumprimento de sentença, não é somente composta de atos executivos. Não é raro que, antes de o ato executivo se concretizar, seja necessário o magistrado desenvolver um juízo de valor para evitar uma demanda injusta e desnecessária.

484 ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p.1268.

As execuções injustas preocupam os estudiosos desde os tempos romanos, quando se formulou a máxima *nulla executio sine titulo* (artigo 583, CPC). Segundo estes dispositivos, o título executivo é o fundamento autorizador da execução.

Excepciona-se a locução acima na antecipação dos atos de agressão patrimonial, que só podem ocorrer quando presentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada que a autorizam (artigos 273 e 461, § 3.º, CPC).

Há ainda a figura da execução provisória, que permite a realização de atos executivos, e em determinadas circunstâncias, dependerá de caução (artigo 475-O, CPC).

Em caso da promoção de ações executivas indevidas ou injustamente ajuizadas, há que se buscar maior aplicação do disposto no artigo 574 do Código de Processo Civil, requerendo ao juízo sua efetiva aplicação de forma a coibir tal prática.⁴⁸⁵

Por certo, o título executivo, condição necessária para promoção da execução, não resultará, necessariamente, em certeza, efetiva e real, de que a obrigação nele contida exista no momento da propositura da ação. A existência do título não corresponde, obrigatoriamente, à existência do direito nele consubstanciado ou à perspectiva de recepção do crédito por parte do exequente, até mesmo pela possibilidade do surgimento das circunstâncias excludentes como o caso fortuito ou força maior e a onerosidade excessiva.

Preconiza Sandro Gilbert Martins:⁴⁸⁶

Destarte, duas são as hipóteses em que a execução é tida como injusta: (I) mesmo que os atos executivos tenham observado estritamente as normas processuais, não exista o direito consubstanciado no título executivo, visto que de forma evidente terá sido proporcionado efeitos substancialmente injustos na esfera patrimonial do executado; (II) independentemente da existência do direito representado pelo título

485 Artigo 574. 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.

486 MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 71-72.

executivo, a execução não respeitar as normas processuais, pois, aí, restará ofendido o princípio do devido processo legal.

Não é errôneo afirmar que, na execução, a discussão corresponde à forma pela qual se realizam os atos executivos, voltados à satisfação do direito do credor, assim previsto no título executivo.

Quando se argumenta do direito do credor em ajuizar uma ação executiva, compete-lhe munir-se de título executivo, diante da inadimplência da obrigação por parte do devedor, visando à obtenção de medidas judiciais e práticas destinadas à satisfação do direito que afirma ter (artigos 583, 614, I e 618, I, CPC).

Coerente a definição de título executivo formulada por Willis Santiago Guerra, mitigando a extensa e enfadonha discussão sobre a natureza jurídica deste, isto é, ato e/ou documento.

Leciona o autor:⁴⁸⁷

Tal documento, que contém o acerto do direito substancial como existente e como suscetível de execução forçada, é o título executivo. Essa expressão refere ao mesmo tempo: a) ao documento continente do acerto (a cópia da sentença condenatória, a nota promissória, o cheque, etc.), e que, como documento, cumpre uma função probatória, ainda que só em face do órgão judicial; b) ao ato de acerto contido no mesmo documento (a sentença como provimento, a obrigação cambial, etc.).⁴⁸⁸

A presença do título executivo, acompanhado de eficácia abstrata, permite que seja realizada a imediata constrição de bens do executado, postergando discussões sobre sua existência, validade e valor da obrigação, para o momento dos embargos ou da impugnação à execução. Todavia, em que pese demais entendimentos, o que se pretende demonstrar nesta pesquisa é que o executado poderá lançar mão de outros instrumentos, além daqueles previstos

487 GUERRA, Willis Santiago. Tópicos fundamentais da execução forçada: ação executiva, título executivo, embargos do devedor e coisa julgada. *In*: Processo de execução e assuntos afins, p. 418.

488 Cândido Rangel Dinamarco conclui que “o juiz do processo de execução não presume a existência do direito, apenas recebe o título em sua eficácia, da

especificamente para defesa deste em sede de execução, para rechaçar a pretensão do credor-exeqüente.

Oportuna a lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon,⁴⁸⁹ segundo a qual

[...] cabe ao julgador examinar cuidadosamente o título executivo antes de determinar o desencadeamento de atos de agressão patrimonial, que desfalcam o executado do seu patrimônio, no todo ou em parte. Outras vezes, os reflexos são indiretos, pois o depósito ou a penhora de bens do executado pode acarretar uma fatal e inaceitável paralisação das atividades econômicas do executado, com conseqüências indesejáveis e de grande extensão pecuniária. Portanto, tem ele, executado, todo interesses recursal de interpor agravo de instrumento contra decisão que determina a penhora de seus bens, objetivando do relator a imediata concessão de efeito suspensivo para que examine minudente acerca da própria existência do título executivo seja feito. O chamado despacho liminar no processo de execução tem nítida natureza de decisão interlocutória, na medida em que o juiz deve, *ab initio*, examinar os pressupostos de existência do título para, a partir daí, determinar a realização de atos de afetação patrimonial.⁴⁹⁰

Cumprir frisar que o agravo de instrumento interposto pode suspender a execução. Caberia ao patrono do devedor optar, diante do caso concreto, qual seria o meio mais eficaz. Com isso, mostra-se a possibilidade de outros meios de oposição do devedor à afetação injusta ou indevida de seu patrimônio.

É de bom alvitre ressaltar, portanto, que não bastará o título executivo como condição única para obtenção de sucesso na demanda executória, já que este pode conter vício grave que obstará a pretensão do exeqüente. Deverá, além de título certo, líquido e exigível, em posse do credor, estar evidenciada a inadimplência do devedor.

489 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. *In*: Processo de execução e assuntos afins, p. 336.

490 Sérgio Shimura traz como solução para o mesmo caso, instrumento diferente, quando diz “afigura-se injusto e mesmo odioso submeter o devedor aparente a uma violenta constrição patrimonial por tempo indefinido, conquanto curial o abuso do sedizente credor. O depósito de coisa ou a penhora, como *conditio sine qua non* do remedio dos embargos, às vezes é inútil, já que pode acarretar uma terrível e fatal paralisação das atividades econômicas do devedor e produzir conseqüências imprevisíveis. Nessas hipóteses, mostra-se viável a oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais da chamada objeção de pré-executividade, porque fulmina no nascedouro o *praeceptum* e o ato executivo de constrição.” (Título executivo, p.72).

Tem-se, então, que o título executivo é um ato ou fato jurídico representativo de uma obrigação que integra as condições da ação executiva, permitindo o exercício desta, não sendo fonte autônoma do poder de expropriação de bens do devedor. Daí, o exequente que demandar em ação executiva sem título é carecedor desta por falta de interesse processual, com a conseqüente extinção do processo sem mérito (artigo 267, CPC), podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício por ser matéria de ordem pública em qualquer tempo e grau de jurisdição (artigo 267, § 3.º, CPC).

Nesse passo, ensina Paulo Henrique dos Santos Lucon:⁴⁹¹

[...] é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os julgadores a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando seu conhecimento à oposição destes (...) tudo converge, como se vê, para a mais absoluta imperiosidade de verificar a existência ou inexistência do título executivo antes de mandar penhorar, sob pena de grave violação a todos os dispositivos referidos logo acima (artigos 583, 586, 614, I, 616, 618, I, combinado com o artigo 267, § 4.º).

Há quem admita a existência de mérito no processo de execução, mas o limita ao ambiente dos embargos à execução,⁴⁹² e agora, no momento da impugnação ao cumprimento da sentença.

Pontes de Miranda⁴⁹³ prelecionou: “O processo executivo está sujeito às regras jurídicas sobre o processo de conhecimento (artigo 598, CPC), de modo que a extinção pode ser sem ou com julgamento de mérito.”

José Frederico Marques⁴⁹⁴ entendeu que: “de um modo geral, os atos decisórios ordenam, regulam, determinam, corrigem, mas de forma alguma aparecem sob a forma de sentença de mérito, a não ser quando se declara extinta a execução, *ex vi* do artigo 795”.

491 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: Análises e perspectivas. *In*: Processo de execução e assuntos afins, p. 343.

492 DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos..., p. 207.

493 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil, p. 565.

494 MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, p.12.

Moacyr Amaral dos Santos,⁴⁹⁵ na mesma esteira, lecionou: “Não só quando extinta a lide (artigo 794, I), mas também por outros atos ou fatos jurídicos se extingue o processo de execução, com ou sem julgamento do mérito”.

O magistrado e professor da Faculdade de Direito de Bauru, Olavo de Oliveira Neto,⁴⁹⁶ assevera:

[...] assim sendo, se mérito é sinônimo de pedido e se a execução apresenta pedido, seja imediato, seja mediato, então o mérito da execução é representado pelo pedido ali formulado, que é a realização de atos de constrição na forma determinada para cada um dos procedimentos executivos previstos pela legislação.

Entre outros autores que defendem a existência de mérito no processo executivo, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁴⁹⁷ e Sergio Shimura⁴⁹⁸ perfilham da lição de Araken de Assis:⁴⁹⁹

Existindo lide no processo executivo, ostentaria ele, por sua vez mérito? Impõe-se a resposta positiva. Distinto que seja das ações de carga declarativa, constitutiva ou declaratória, há mérito em qualquer ação executiva: jamais se conceberia a aberração, implícita na negativa, de uma demanda ‘oca’.

Gelson Amaro Souza⁵⁰⁰ resume a questão: “Mérito, em verdade, é a composição da lide que recai sobre o direito material controvertido, que pode sê-lo, quanto à sua existência, inexistência, modo de ser e ainda quanto à sua realização”.

Pode-se afirmar que, na esfera processual civil, existem várias espécies de lide (mérito), que pode ser de conhecimento (lide de definição de quem tem direito e qual o direito que tem), lide de segurança (cautelar, que somente visa

495 SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de Direito processual civil, p. 483.

496 *Op. Cit.*, p. 76.

497 Execução, condições da ação e embargos do executado, p. 219.

498 Título executivo, p. 63.

499 Manual do processo de execução, p. 1097.

500 Mérito no Processo de execução, p. 257 e 259.

dar segurança ou garantia) e de satisfação ou realização (execução que visa, em princípio, apenas satisfazer um direito já reconhecido).

É bom enfatizar que a atividade jurisdicional de composição do mérito na execução é diversa daquela realizada no processo de conhecimento, em que o magistrado profere julgamento reconhecendo o direito pleiteado. Na execução, existe sim mérito que compõe a lide, realizando o direito, não se limitando à consecução de atos executivos apenas voltados à satisfação do exequente.

Não há temor em afirmar que, do rol de matérias relacionadas nos incisos do artigo processual 475-L, a única que se refere verdadeiramente ao mérito do processo de execução é a constante no inciso VI, em que se contempla que a execução pode ser extinta se o obrigado provar alguma causa extintiva, modificativa ou impeditiva do direito que se executa. Os demais incisos tratam de pressupostos ou condições da ação executiva.⁵⁰¹

7.4.3.2.4 Coisa julgada material na sentença que extingue a execução

Pontes de Miranda⁵⁰² ensinou que “a coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu”.

Humberto Theodoro Júnior⁵⁰³ sustenta que “nas execuções não há como se pensar em mérito naquela sentença prevista no artigo 795, extintiva das

501 Como exemplos, podem ser citados como causa extintiva do direito o pagamento (artigo 304 e seguintes, do CC), a remição da execução (artigo 651 do CPC), e as excludentes de responsabilidade (caso fortuito ou força maior, artigo 393, e a onerosidade excessiva, artigo 478, ambos do CC). Como causas modificativas, a compensação (artigo 368 do CC) e a novação (artigo 360 do CC), e as impeditivas, como a capacidade das partes (artigos 3.º, 4.º e 5.º do CC) e também os vícios de consentimento que contaminam a validade do ato jurídico (artigo 138 e seguintes do CC).

502 Comentários à Constituição de 1946, p. 408.

503 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – processo de execução e processo cautelar, p. 455.

execuções”. Comenta tratar-se de uma sentença apenas no sentido formal, técnico, não assumindo, por conseguinte, autoridade de coisa julgada material.

O que ocorre, na verdade, é o reflexo da apreciação de mérito no âmbito dos embargos, para a sentença definidora da execução. Tanto é assim que, na ausência de embargos, nada há que impeça, ulteriormente, o devedor de vir a juízo, em ação de repetição de indébito, por exemplo, pleitear a reposição do prejuízo que lhe acarretou uma execução injusta.

A propositura dessa ação restituitória não macula os atos executivos. Não é a nulidade da execução que se almeja, mas o reembolso apenas daquilo que reverteu em enriquecimento ilícito para o credor. Os atos de expropriação, como a arrematação, permanecerão íntegros, porque realizados dentro de um processo executivo formalmente perfeito. A nova ação limitar-se-á à discussão acerca do enriquecimento sem causa.

Não é razoável considerar que a decisão anunciada no artigo 795 do CPC é uma sentença no sentido estrito da palavra (como nos casos dos artigos 267 e 269 do CPC), como o ato final da prestação executiva. Trata-se apenas da chancela jurisdicional que assevera o término de um determinado procedimento.

Mas também não é descabido negar existência de carga meritória reflexa de tal sentença (artigo 795, CPC) em torno do objeto da execução forçada. Se o que foi decidido nos embargos é matéria meritória, a decisão executiva também o será. Se não houver embargos do devedor e o obrigado cumprir voluntariamente a obrigação (artigo 794, inciso I, CPC), ou ocorrer a incidência dos incisos II e III do mesmo artigo, o ato derradeiro apenas atestará o encerramento do procedimento executivo sem qualquer roupagem meritória.⁵⁰⁴

É a apelação (artigo 513, CPC) o recurso a ser utilizado em relação à sentença que extingue a execução.

504 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 338.

Celso Neves⁵⁰⁵ opina que a sentença que extingue a execução não há como produzir coisa julgada, pois “a coisa julgada é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e é insuscetível de verificar-se no plano de suas atividades executórias, conseqüências e consecutivas.”

De uma maneira geral, tecnicamente não há como se concluir a existência de coisa julgada na propalada sentença prevista no artigo 795. Mas é conveniente e de boa logística que se conclua que tal manifestação que encerra os atos executivos praticados faça coisa julgada, se e quando a matéria de mérito for apreciada em sede de embargos, conforme incisos dos artigos 269 e 794, e inciso VI do artigo 475, todos do Código de Processo Civil.⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷

7.4.3.2.5 Rescindibilidade da sentença que extingue a execução

A sentença com resolução de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando ocorrer uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Essa é mais uma questão sobre a discussão da existência ou não do mérito na execução.

Resta agora melhorarmos a compreensão.

Já se comentou que nos processos de execução, a questão de direito material é decidida quando é apreciada no ambiente de embargos do devedor, orientado por um dos incisos do artigo 269, combinado com artigo 794.

Frederico Marques⁵⁰⁸ observa que:

[...] se o processo encerrar-se em razão dos fundamentos indicados no artigo 794, houve composição da lide, ou porque a execução atingiu o seu objetivo (artigo 794, I), ou porque existente negócio processual

505 Coisa julgada civil, p. 501.

506 GUERRA, Willis Santiago. *Op. cit.*, p. 422-423.

507 MARQUES, Frederico. Manual de direito processual civil, p. 315.

508 Manual de direito processual civil, p. 315.

(artigo 794, II e III). De qualquer modo, desaparece *hic et nunc* a responsabilidade patrimonial do devedor, porquanto pela prestação exigida já não mais responde este último.

A jurisprudência tem evoluído no que diz respeito à admissão de julgamento do mérito diretamente nos autos do processo de execução, podendo se dar sempre que a execução seja extinta com fundamento nos artigos 269 e 794, do Código de Processo Civil, os quais, por sinal, são muito semelhantes.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

Extinguindo o juiz o processo de execução, promovido sob a forma do art. 733 do CPC, sob fundamento de ter sido comprovado o cumprimento da obrigação, está proferindo sentença de mérito, e, como tal, há de observar os requisitos do artigo 458 do CPC.⁵⁰⁹

Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, posicionando-se contrariamente, afirma:

Concluimos, portanto, no sentido de que o pronunciamento judicial que declara extinta a execução não é sentença (no sentido técnico em que a expressão é usada para o processo de conhecimento), não é sentença para fins de rescindibilidade e o é para o efeito de sua apelabilidade e de produzir coisa julgada formal, não sendo de mérito (no sentido que a expressão “mérito” é compreendida no processo de conhecimento) e não transitando em julgado.⁵¹⁰

Assim, na ação de execução, seja fundada em título judicial ou extrajudicial, só produz sentença no momento de sua extinção, com fulcro nos artigos 794 e 475-R, combinado com o 269 e 267. Dessa forma, coloca-se fim à relação processual e também ao direito material, impedindo, quando o mérito for decidido nos embargos, o exeqüente de propor nova demanda sobre o mesmo crédito. Nessa hipótese, deduz-se que poderá o interessado, nos limites previstos no artigo 485, do Código de Processo Civil, propor ação rescisória da sentença proferida.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Revista de Jurisprudência do TJRS 177/406.

⁵¹⁰ A sentença que extingue a execução. Processo de execução e assuntos afins, p. 401-402.

⁵¹¹ “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LIMITES. Com exceção da hipótese de nulidade absoluta por falta ou nulidade da citação, o artigo 741 do Código Processual Civil não prevê a possibilidade de ataque ao título executivo judicial tendo em vista nulidades do processo

7.4.3.2.6 Ação rescisória da decisão em embargos e impugnação à execução

Calorosos debates ainda serão travados, no que diz respeito ao cabimento, em tese, de ação rescisória contra atos que se pronunciarem sobre o mérito na execução (ou cumprimento, na vigência da Lei n.º 11.232/05), bastando que não se extrapole o prazo previsto no artigo 495 (ou não se opere a preclusão máxima) e enquadre-se em um dos incisos do artigo 485, ambos do Código de Processo Civil.

Para fins de ação rescisória, inquestionável o entendimento do cabimento contra sentença que julga os embargos do devedor. Tal posição deverá, por analogia, ser seguida quando se tratar de decisão sobre impugnação ao cumprimento de sentença (Lei n.º 11.232/05), mas apenas quando extingue a execução (artigo 475, § 3.º, CPC) e tal extinção se der fundamentada em matéria ligada ao direito material.

Em princípio, há que se esclarecer que se a decisão (em embargos ou impugnação) versar sobre matéria processual, não caberá ação rescisória, já que não há projeção de efeitos fora do processo no tocante à relação de jurídica sob discussão, não impedindo, entretanto, a repositura da mesma demanda executiva.

Malgrado o *caput* do 485 do CPC disponha sobre sentença de mérito com trânsito em julgado, há que ser compreendido que, mesmo sendo os embargos uma vertente do processo de execução, indubitável que nele há cognição e mérito e, por conseguinte, não há como se negar o direito do executado em pleitear a rescisão da decisão que o julga, nos casos previstos.

de conhecimento. De modo que os embargos do executado não podem substituir nem a ação rescisória (CPC, art. 485), nem a ação ordinária anulatória de sentença meramente homologatória (CPC, art. 486). Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia” (STJ, REsp 402291-PB, 3.ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 21.10.2003, *in* DJ 10.11.2003, p. 186).

Da mesma forma e por analogia não podem prevalecer os argumentos

ao acesso à justiça por parte do credor, o que macularia o artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, em desprezo, inclusive, à eficácia abstrata do título executivo.

Contudo, há que se reconhecer que, em casos excepcionais e preenchidos os requisitos que autorizam as cautelares, devem ser admitidas as tutelas acautelatórias apenas a fim de impedir atos de constrição patrimonial ou alienação judicial.

Os pleitos cautelares podem ser utilizados também em relação às ações rescisórias de acórdão ou sentença. Com a medida preventiva eventualmente deferida, serão suspensos os efeitos do julgado, impedindo qualquer resultado prático da rescisória.

Da mesma forma, não há como tolher do executado o direito à utilização de demanda cautelar com objetivo de suspender alguns atos executivos naquelas hipóteses, por exemplo, de não oferecimento dos embargos à execução, ou quando estes forem intempestivos e tiver sido proposta ação cognitiva autônoma, visando à declaração de inexistência do direito material que executa.

Nada pode impedir a propositura do processo de execução, como preconiza o artigo 585, § 1.º, mas uma vez presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é possível, perfeitamente, a obtenção de liminar-cautelar impedindo a realização de atos executivos de alienações ou quando possa haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.⁵¹⁴

A própria lei preconiza (artigo 811 e inciso I, CPC) a recomposição ao estado anterior, acaso a demanda principal for desfavorável ao autor da cautelar, devendo este, até mesmo, ter que assumir os prejuízos eventualmente experimentados pela parte contrária.

514 LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Op. cit.*, p. 356.

É possível ainda exigir que o requerente da medida preste caução (artigo 804, CPC), evitando-se abusos ou a utilização indevida dessas ações de premência, que possam culminar em prejuízo patrimonial e moral ao devedor.⁵¹⁵

Não é propriamente a ação executiva que acarreta prejuízo ao executado, até porque a Constituição assegura o “direito de ação”, mas sim o abuso desse direito.⁵¹⁶

A eventual suspensão de atos executivos, pela propositura das cautelares, é para se evitar, apenas e tão-somente eventuais injustiças e atos que possam culminar em indevida transferência de domínio ou de levantamento de valores.

As tutelas cautelares se prestam exatamente a isso, socorrer alguém de circunstâncias perniciosas, bruscas, imediatas, a fim de evitar prejuízos morais e/ou patrimoniais, também originárias de discussões judiciais.⁵¹⁷

7.4.3.2.8 Agravo de instrumento no processo executivo

No processo de execução, em que há a consecução de atos processuais voltados à realização do direito previsto em título executivo, o magistrado profere diversas decisões interlocutórias, passíveis de interposição de recurso de agravo.

515 Artigo 574. 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.

516 “A situação não é de desate simplificado. É que a Carta Magna assegura o exercício do direito de ação, como garantia constitucional, permitindo aos particulares recorrer ao Poder Judiciário na busca da prestação jurisdicional que ponha fim ao conflito de interesses instalado ou em vias de sê-lo. A postulação em princípio qualifica-se como exercício regular de um direito (MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, p. 582).

517 Aldo Lopes, a respeito, sustentou: “A execução ilegal, como é óbvio, é muito mais grave do que o protesto indevido. Executar é praticar o exercício regular de um direito, mas executar ilegalmente é afrontar o mais comezinho dos princípios, qual seja o de expor a ridículo um cidadão, comprometendo o seu conceito e a sua honra, bens maiores da vida. Via de regra, não tem preço a honra de um cidadão, mas em função de sua popularidade e de sua posição social, econômica, política e financeira, o valor da indenização pode chegar a milhões de reais, isto por conta de sua moral e de sua imagem, como aconteceu com o maior cantor da música popular brasileira – Roberto Carlos Braga, conforme decisão proferida pela mais alta Corte de Justiça do país” (A execução ilegal e os danos decorrentes, p. 33-34).

Diante da nova sistemática desse recurso e com o advento da Lei n.º 11.187/05, que alterou o artigo 522, a regra para atacar decisões interlocutórias passou a ser o agravo na forma retida, o qual será apreciado pelo tribunal por ocasião de apelação eventualmente interposta.

Se estiverem presentes os requisitos da parte final do caput do artigo 522, o agravo terá forma instrumental. A legislação reza:

[...] salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

No âmbito do tribunal, o agravo de instrumento será recebido pelo relator que deverá deliberar em conformidade com o artigo 527 do Código de Processo Civil.⁵¹⁸

Cabe enfatizar que não é admissível proceder à sustentação oral, nos tribunais, quando o recurso a ser apreciado for agravo de instrumento (artigo 554, CPC).

Antonio Notariano Junior e Gilberto Gomes Bruschi, citando Rodrigo da Cunha Lima Freire, trazem na obra sobre o novo regime do agravo, um rol exemplificativo de decisões proferidas em sede de execução que desafiam o agravo de instrumento e poderiam se fundar na ameaça de lesão e de difícil reparação.

Em tais casos, o agravo em sua forma retida seria ineficaz, “inócuo”,⁵¹⁹ terminologia usada pelos citados autores e por acórdão recente, sobre a questão do agravo retido na execução.⁵²⁰

518 Se o Agravo de Instrumento for manifestamente infundado ou inadmissível o Tribunal aplicará multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da multa (557, § 2.º).

519 Araken de Assis, ao lecionar sobre a recorribilidade de decisões proferidas no curso da execução, assevera: “faltarà à parte, ao interpor o agravo retido, impropriamente, interesse em recorrer da interlocutória. Quando ele (o agravo retido) chegar à apreciação do órgão ad quem, o ato decisório já produziu efeitos irreversíveis”. (ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2001, p. 270).

520 “O artigo 527, II, do CPC permite que o relator receba o recurso como agravo retido. No entanto, não é possível a ocorrência de tal regra, *in casu*, em razão do que dispões o caput, do art. 523, da lei adjetiva civil,

Podem os executados servirem-se do agravo de instrumento, em relação às seguintes interlocutórias abaixo transcritas, conforme os autores Notariano Junior e Gilberto Bruschi:⁵²¹

- D) o ato de admitir ou de rejeitar requerimento de substituição da penhora;
- II) o ato de admitir ou rejeitar a alegação de impenhorabilidade;
- III) o ato de fixar índice de correção monetária, ainda que já tenha expedido precatório;
- IV) o ato de homologar cálculo de atualização da dívida;
- V) o ato de deferir ou indeferir requerimento de assistência;
- VI) o ato de fixar alimentos provisórios;
- VII) o ato de resolver a impugnação da avaliação;
- VIII) o ato de determinar ou indeferir o pedido de bloqueamento de conta-corrente;
- IX) o ato de corrigir ou de indeferir o pedido para corrigir eventual erro material ocorrido na sentença proferida no processo de conhecimento;
- X) o ato de substituir administrador na execução coletiva ou no usufruto forçado;
- XI) o ato de negar seguimento à apelação interposta no processo de execução;
- XII) o ato de suspender ou de adiar a realização de hasta pública previamente designada (por entender, por exemplo, que não houve intimação do cônjuge do executado ou de indeferir o requerimento para tal);
- XIII) o ato de deferir ou de indeferir requerimento de produção de prova (v.g., para demonstração de que já se operou termo ou condição);
- XIV) o ato de deferir ou de indeferir o pedido de adiamento de hasta pública;
- XV) o ato de determinar a continuidade da execução forçada quanto ao item pedido e não embargado;
- XVI) o ato de declarar insuficiente o depósito efetuado pela Fazenda Pública, ensejando a expedição do chamado “precatório complementar”;
- XVII) o ato do presidente do tribunal que, a requerimento do credor, autoriza o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito judicial, havendo preterimento do direito de precedência (CF, art. 100, § 2.º) ou quando, vencido o prazo para pagamento, de dez anos,

visto que a decisão de 1.º grau esgotou-se com a sua prolação, surtindo os efeitos imediatos, podendo se tornar irreversível (...) o agravo retido deve ser feito referência, como preliminar, no recurso de apelação. Não havendo mais julgamento, por meio de sentença, a possibilitar a interposição do recurso apelativo – por se tratar de incidente em execução, o agravo retido tornar-se-á inócuo, de nada valendo”. (REsp. 756236/SC, STJ, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, j. 28.06.2005, in DJU 08.08.2005).

521 Rodrigo da Cunha Lima Freire. Notas sobre os recursos no processo de execução. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, *apud* Notariano Junior e Gilberto Bruschi. Agravo contra decisões de primeiro grau, p. 82/83.

previsto na CF, ADCT, art. 78, caput, ou de dois anos, previsto na CF, ADCT, art. 78, § 3.º, na hipótese de omissão no orçamento;

XVIII) o ato de deferir ou de indeferir requerimento de requisição de informações sobre o patrimônio do executado (v.g., Banco Central ou à Delegacia da Receita Federal);

XIX) o ato de fixação da comissão do leiloeiro, especialmente na hipótese de não se realizar o leilão, apesar de tomadas todas as medidas preparatórias (v.g., por remição dos bens ou da execução);

XX) o ato de admitir ou de não admitir na própria execução a execução de incompetência, quando não garantido o juízo;

XXI) o ato de decidir na própria execução (e não nos embargos à execução), antes da citação do executado, sobre a memória de cálculo apresentada pelo exequente;

XXII) o ato que declarara ato atentatório à dignidade da justiça determinado ato do devedor (v.g., não indicar ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução), aplicando-lhe multa ou qualquer outra sanção.⁵²²

Portanto, há de se conc

embargos do devedor (artigo 736 e seguintes, CPC) e a impugnação ao cumprimento de sentença (artigos 475-L e 475-M, CPC).

Pontes de Miranda,⁵²³ pelo seu parecer n.º 95, elaborado para a Companhia Siderúrgica Mannesmann, em 1966, utilizou pela primeira vez a expressão exceção pré-processual. Opinou em favor da defesa formulada pela empresa, que poderia alegar a falsidade dos títulos independentemente de penhora. Posicionou-se no sentido de que seria injusto exigir a garantia do juízo, antes de discutir se a execução poderia prosperar. Com o depósito ou a penhora, devido ao enorme valor do suposto crédito, traria prejuízo injustificável para o capital da Companhia. Quanto à opção terminológica, Rita Dias Nolasco⁵²⁴ realmente coloca uma pá de cal sobre o tema:

Não obstante serem conflitantes as opiniões doutrinárias a respeito da correta denominação que deve ser dada a esse instituto, hoje, a expressão exceção de pré-executividade já se consolidou no sistema processual, já é de uso comum pela jurisprudência. Sendo assim, discordamos das críticas com relação ao seu rigor técnico, sendo que a palavra exceção deve ser compreendida no sentido estrito, adotado pelo Código de Processo Civil vigente e pré-executividade no sentido de contrariar a executividade do que se pretende ver cobrado forçadamente, alegando matérias de ordem pública ou matérias de mérito, que sejam comprovadas de plano. Portanto, entendemos inócua a discussão doutrinária a respeito da opção terminológica.

Interessante é a posição de Alcides Mendonça Lima,⁵²⁵ em parecer solicitado pela Copersucar, empresa que figurava no pólo ativo de uma ação de execução por título extrajudicial movida em face da Central Paulista de açúcar e do álcool e seus sócios, na qualidade de devedores solidários, onde sustentou a inviabilidade da exceção de pré-executividade, especialmente pela falta de previsão legal, reconhecendo como único meio de defesa para o executado, os embargos do devedor, após segurança do juízo.

Nesse passo, sustenta o jurista mais adiante:

523 Dez anos de pareceres, p. 126.

524 Exceção de pré-executividade, p. 193-194.

525 Processo de conhecimento e processo de execução, p. 273 e 279.

Alastrando-se o ponto de vista daqueles conspícuos juristas (Galeno Lacerda e Pontes de Miranda), não haveria mais embargos com penhora: com algum artifício, o devedor sempre arranjaria ardiloso argumento para eximir-se da penhora, ainda que apresentando embargos ou, quiçá, na técnica do devedor nestes autos, já interpor agravo contra despacho vestibular, quando manda citar para pagar ou nomear bens à penhora.

Inegavelmente, admitir-se a exceção de pré-executividade para alegar vícios de execução que careçam de provas, além afrontar a legislação, culmina em graves injustiças. O problema é que, nesse âmbito, se for deferida prova pericial ou oral, a execução se transformaria em processo cognitivo, invertendo-se a ordem natural das coisas em termos processuais.

A esse respeito, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier⁵²⁶ preconizam:

Os adversários à tese da objeção de pré-executividade têm, de modo geral, advertido quanto aos perigos das distorções passíveis de serem causadas pelo uso indiscriminado desta figura. Esse argumento, todavia, não basta para recusar a objeção de pré-executividade, já que, às vezes, através dela se veicula afirmação no sentido de que a execução não seria admissível por motivos verificáveis em exame da própria inicial da execução e de documentos que lhe foram anexados. Evidente, evidentíssimamente, que, quando todos os elementos de que o magistrado necessita para se aperceber de que se trata de execução inviável constam nos autos, o perigo de se transformar o processo de execução em processo de conhecimento, deformando-o, portanto, praticamente não existe. Assim, não se pode falar nem mesmo no pior dos riscos, de que fala a doutrina avessa à existência de outro meio de defesa do executado que não sejam os embargos à execução, que é o da transformação do processo em execução em processo de conhecimento, por causa da necessidade, que haveria em certas circunstâncias, no sentido de se instaurar fase de instrução, nos casos em que essa necessidade inexiste.

Sempre foi digno a recepção da petição incidental refutatória à discussão executória, em prol daquele executado que não tinha bens para garantia do juízo e precisasse manifestar-se contrariamente à pretensão do exequente.⁵²⁷ Nesse

526 Sobre a objeção de pré-executividade. *In*: Processo de execução e assuntos afins, p. 412.

527 Não há mais essa preocupação, considerando a nova redação do artigo 736. Ressalte-se que a constatação da ausência de bens do devedor enseja a suspensão do processo de execução.

caso, teria isenção de custas e a peça deveria estar municiada de argumentos de ordem pública que pudessem ser conhecidas prontamente, ou seja, independessem de demais comprovações. Sendo matérias que poderiam até mesmo ser conhecidas de ofício, como a ausência de pressupostos processuais, condições da ação e outras matérias como prescrição, pagamento, etc., porque não simplesmente serem aduzidas pelo devedor-executado?

O acolhimento da exceção de pré-executividade poderia significar a extinção do processo de execução, sujeitando o exeqüente ao pagamento de honorários de sucumbência na parte em que foi vencido.⁵²⁸

Essa construção doutrinária teve boa aceitação pelos tribunais brasileiros, cujo objetivo era possibilitar ao executado, independentemente da segurança do juízo ou da propositura de embargos ou impugnação à execução, a criação de um incidente sobre questões relacionadas com o juízo de admissibilidade da

Sendo matéria não legislada, alguns critérios foram adotados pelo Judiciário para recepcionar ou não a figura da exceção de pré-executividade. Teresa e Luiz Rodrigues Wambier⁵³³ especificaram o que entendem ser viável:

Vê-se, portanto, que o primeiro critério a autorizar que a matéria seja deduzida por meio de exceção ou objeção de pré-executividade é o de que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo. O segundo critério é o relativo à perceptibilidade do vício apontado. A necessidade de uma instrução trabalhosa e demorada, como regra, inviabiliza a discussão do defeito apontado no bojo do processo de execução, sob pena de que esse se desnature. Na verdade, ambos os critérios devem estar presentes (...). Parte da doutrina e da jurisprudência tem até mesmo dispensado o preenchimento desse segundo requisito, a verificabilidade à primeira vista, para que a matéria possa ser alegada em exceção de pré-executividade. Retome-se agora exemplo já antes referido, relativo à situação do executado submetido a execução de título extrajudicial em que a assinatura foi forjada. Esse vício obviamente não é perceptível *prima facie*. Ao contrário, demanda instrução e contraditório. No entanto, há decisões no sentido de que se pode discutir essa falsidade independentemente da oposição de embargos e, portanto, de prévia garantia do juízo.⁵³⁴

Tormentosa questão, nessa esfera, sempre foi a de saber se a interposição de exceção de pré-executividade tinha o condão de suspender ou não o curso da execução.⁵³⁵

O companheiro de trabalho, na Faculdade de Direito de Bauru, Dr. Olavo de Oliveira Neto, sustentou:

Destarte, nas hipóteses em que o incidente é proposto antes da penhora, forçosa é a conclusão de que a execução de

embora não exista previsão legal a tal respeito, seria 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. Ademais, permitir o prosseguimento da execução seria frustrar a finalidade do incidente proposto antes da penhora, permitindo que venha a ocorrer constrição injusta, em prejuízo do executado e da efetividade do processo. No que toca ao incidente interposto após a penhora e que veicula matéria processual, há de se observar que o executado não está se manifestando na primeira oportunidade que lhe foi dada. Poderia fazê-lo antes da penhora ou mediante embargos, o que não fez. Assim, cremos que os dois motivos que impelem a suspensão acima proposta desaparecem, não podendo ocorrer a suspensão da execução.⁵³⁶⁻⁵³⁷

Alberto Camiña Moreira⁵³⁸ posicionou-se:

Em conclusão, a suspensão do procedimento não emerge como ato discricionário do juiz, que só faz aplicar a lei. A exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal.

O pensamento da bauruense Rita Dias Nolasco nos parece mais acertado:

[...] por não haver previsão legal, a suspensão deve ser facultativa. O juiz deverá conceder a suspensão do procedimento, ao examinar o caso concreto, quando verificar que o andamento do processo possa resultar lesão grave ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e sendo relevante o fundamento da exceção de pré-executividade (*fumus boni iuris*), aplicando o art. 558, do CPC, por analogia. Assim, a suspensão deriva diretamente de decisão do juiz, quando do recebimento da exceção.⁵³⁹⁻⁵⁴⁰

Realmente, se não há previsão legislativa quanto à exceção de pré-executividade, não há como defender, incontroversamente, o sobrestamento ou não do trâmite executório, quando da propositura do instituto. A melhor posição, parece-nos, é facultar ao magistrado, segundo a matéria abordada pelo

536 A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 126-127.

537 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, p. 449.

538 Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade, p. 192.

539 *Op. cit.*, p. 267.

540 “Processo Civil. Exceção de pré-executividade. Sendo razoável a tese sustentada pela devedora, suspende-se o andamento da execução até o julgamento do incidente – Agravo provido” (TJRS, AI 598.455.939/RS, 9.^a CC, rel. Des.Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 23.3.1999).

executado, a verificação da necessidade ou não da medida suspensiva até a apreciação do incidente.

Parece-nos razoável concluir que o prazo para interposição do instituto defensivo deveria ser aquele de 24 horas (revogado artigo 652 do CPC), prazo este previsto para o cumprimento da obrigação. Isso não quer dizer que ficaria impedido o magistrado de reconhecê-la(s) de ofício, sendo matéria(s) de ordem pública.⁵⁴¹

Com o advento do novel artigo 736 do Código de Processo Civil (Lei n.º 11.382/06), que dispensou a penhora, depósito ou caução, para que o executado possa opor-se à execução por meio de embargos, ficou sem qualquer sentido a utilização do instituto sob estudo.

7.4.3.3 Outros meios de defesa do executado⁵⁴²

7.4.3.3.1 Ação declaratória

Em diversas fases do processo, podem surgir incidentes que interfiram na tramitação procedimental. Há diversas questões com as quais o magistrado se depara antes da decisão final que constituem o antecedente lógico do aspecto principal sob discussão. Esses momentos processuais são denominados questões

541 EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE. DEVEDOR QUE DEIXOU DE OFERECER OS EMBARGOS À EXECUÇÃO OPORTUNAMENTE. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. É inadmissível o oferecimento da objeção de não-executividade depois de esgotado o prazo para apresentação dos embargos do devedor, sede própria para discussão da matéria ventilada pelo devedor” (STJ, REsp 432036/DF, 4.ª T, rel. Min. Barros Monteiro, j. 1.10.2002, in DJ 9.12.2002, p. 350).

542 MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.* D6952546381695(M)3.1P397(O)-2052465809(9)2)6.3339(9)3.1689-24.124f

prejudiciais ou incidentais que, se controvertidos, dão margem a uma contenda paralela e que carece ser dirimida.

A ação declaratória (artigo 4.º, CPC) tem por objetivo eliminar a incerteza quanto à existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica (artigo 4.º, inciso I, CPC) – ação declaratória de inexistência de relação jurídica – e, excepcionalmente, de um fato, por exemplo, a autenticidade ou falsidade de documento (artigo 4.º, inciso II, CPC) – ação declaratória de falsidade de documento.

A ação declaratória é imprescritível, em regra. Porém, se tiver por objeto pretensão de direito material, a prescrição ocorrerá no prazo previsto para esta última (exemplo: existência de obrigação cambiária).⁵⁴³

Ada Pellegrini Grinover ensina que:

[...] as questões prejudiciais não constituem causa distinta, incidindo apenas sobre a causa em que nascem e sendo decididas nos limites em que incidir na decisão da causa. São, por isso, julgadas *incidenter tantum*. Ocorrem, de imediato, suas profundas ligações com a doutrina da coisa julgada, a qual assinala a distinção entre as questões prejudiciais abordadas como antecedente lógico da decisão, e as decididas em ação incidental, com autoridade de coisa julgada.⁵⁴⁴

É possível que ocorra, concomitantemente ao ajuizamento da execução pelo credor, a propositura, pelo obrigado, de ação para discussão do débito (é perfeitamente possível, por exemplo, abordagem, nesse âmbito, acerca da incidência das excludentes de responsabilidade), que tenha o condão de declarar a nulidade do título e, por conseqüência, desobrigá-lo do vínculo que o prende. O documento-título que representa a dívida e que o devedor questiona em sede declaratória está umbilicalmente ligado à execução proposta pelo credor. Há evidente conexão entre as ações. Nada impede, até porque não há vedação clara, que seja discutido, simultaneamente, o débito na declaratória e nos embargos.⁵⁴⁵

543 LOPES, João Batista. Ação declaratória, p. 114.

544 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação declaratória incidental, p. 11.

545 OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Op. cit.*, p. 130 e 132.

Então, uma vez decidida a questão prejudicial pela ação declaratória incidental, não poderá mais ser livremente discutida em outro processo, dada a ocorrência de coisa julgada. A ação declaratória ampliará o objeto *sub judice*, estendendo-se os limites objetivos da coisa julgada.

Humberto Theodoro Júnior⁵⁴⁶ acredita ser possível a suspensão da execução com base na prejudicialidade, utilizando como fundamento legal o artigo 265, IV, letra a, do Código de Processo Civil. Assim, poderia haver suspensão prejudicial da execução, mas que não poderia perdurar por prazo superior a um ano (artigo 265, § 5.º).⁵⁴⁷

7.4.3.3.2 Ação anulatória

A ação anulatória, prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil, processa-se ordinária ou sumariamente, tendo como objeto ato processual eivado de nulidade praticado pelas partes ou por terceiros juridicamente interessados.

Importa deixar claro, em conformidade com o já citado artigo 585, § 1.º, que não há qualquer inconveniente na discussão simultânea de uma execução e de uma ação anulatória. Já se estudou que a propositura de qualquer ação não impede o credor de promover ação executória em relação ao devedor (*vide* artigo 585, § 1.º, CPC). Não há que se falar em litispendência (artigo 301, § 3.º, CPC) entre ambas, obviamente.

⁵⁴⁶ Processo de execução, p. 404.

⁵⁴⁷ Sandro Gilbert Martins disserta: “em face da prejudicialidade externa que se pode verificar entre uma ação autônoma e uma ação executiva, havendo ou não a reunião de ambas, não há nada que impeça que seja sustado o prosseguimento do feito executivo. Tal suspensão prejudicial se apresenta como facultativa ou eventual. Ou, como preferem alguns, o efeito se prende a juízo de conveniência. Todavia, esse juízo de conveniência, que determina a ordem de suspensão da execução para aguardar a definição do juízo de cognição, deve se fundar em motivos idôneos e consistentes – juízo de probabilidade – que existam na ação de cognição em curso, como também na valoração comparativa entre o dano que suportaria o executado e eventual prejuízo que o exequente estaria sujeito com o atraso do prosseguimento do feito. Trata-se de razões de oportunidade que o juiz deve valorar em relação à finalidade do provimento suspensivo que é de natureza essencialmente assecuratória” (*Op. cit.*, p. 172)

Adverte, mais uma vez, Olavo de Oliveira Neto:

Decorrido *in albis* o prazo para o oferecimento de embargos, embora preclusa a faculdade de ofertá-los, não ficará o devedor impedido de propor a ação anulatória do título, já que nada obsta que proceda desta forma. Em que pese a sua inércia na ação de execução, não há impedimento legal para que ajuíze a anulatória, já que a preclusão não projeta seus efeitos para fora do processo e não se confunde com a prescrição da ação (...) diante disso, não seria um despropósito sugerir, de *lege ferenda*, que fosse elaborado preceito com o fim de coibir a prática do procedimento acima adotado, pois um executado poderia dele se utilizar apenas com a finalidade de protelar o desfecho da execução.⁵⁴⁸

Providencial a lição de Sandro Gilbert Martins, segundo a qual,

A ação anulatória passa a ser prejudicial à execução quando: (I) puder desconstituir a sentença homologatória objeto da execução (v.g., partilha amigável feita por instrumento particular, nos termos do art. 1.029 do CPC; separação por mútuo consentimento, nos termos do art. 1.122, § 1.º, do CPC) – portanto, ataca ato viciado ocorrido no processo que gerou a sentença homologatória exequenda; ou (II) puder desconstituir qualquer ato realizado nos próprios autos executivos; nessa hipótese, seja ele fundado em título executivo judicial ou extrajudicial, e desde que já não tenha sido apreciado por outros meios de defesa (recursos ou embargos).⁵⁴⁹

Por certo, querendo o executado livrar-se da constrição de seus bens, mas não argumentou tal pretensão pelos embargos ou por não terem sido propostos, ou ainda propostos a destempo, poderá ele utilizar-se, dentre outros instrumentos acima listados, da ação anulatória, independentemente da ação executiva em trâmite, na medida em que se pretende desconstituir o título executivo em que se funda a execução. É claro que, para tanto, deverão estar preenchidos os requisitos autorizadores, podendo, nessa ação de conhecimento, dentre outros argumentos, discutir-se as excludentes obrigacionais – temática esta que, neste trabalho, foi atribuída uma atenção especial.

548 OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Op. cit.*, p. 132.

549 MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 186-187.

A propositura da ação anulatória se dará em autos apartados, com valor da causa equivalente ao valor do título executivo, distribuída (atribuída, talvez seja o melhor termo) por dependência em razão da conexão, e seu provimento ou não resultará em condenação do vencido em custas e honorários de sucumbência, independentemente de condenação na ação de execução.

Por fim, concluímos o presente estudo, defesas do executado, obviamente longe de esgotar o assunto, mas apenas mostrando os inúmeros mecanismos a serem instrumentalizados pelos devedores (executados ou não), a fim de dar uma outra amplitude contraditória para o questionamento das mais diversas refutações relacionadas ao título exequendo e demais circunstâncias correlatas ocorrentes.

7.4.4 *O devedor no processo de execução, as excludentes e o princípio da dignidade*

O devedor, no processo de execução, figura em uma posição mais defensiva, mais frágil em face do credor. E não poderia ser diferente, considerando a existência de título líquido, certo e exigível em relação àquele.

Já se comentou que, com a execução instaurada, o credor requer do Judiciário a efetivação de um direito já consagrado no título, pelos mecanismos coativos que impõem ao devedor o cumprimento da obrigação, sob pena do comprometimento patrimonial. No processo de execução alimentar, caso não haja justificativa plausível para o inadimplemento, até mesmo a prisão do executado pode advir.

As execuções se caracterizam pela conclamação do executado ao cumprimento dos conteúdos previstos nos títulos e, se assim não ocorrer, a lei prevê vários instrumentos de pressão para tal mister.

Pode-se até mesmo asseverar que o processo de execução limita a liberdade do devedor em relação ao seu direito de propriedade, considerando a possibilidade da incidência em fraude à execução e a conseqüente ineficácia de uma alienação eventualmente efetivada.

É de guarida constitucional o direito de todos servirem-se das tutelas jurisdicionais. O direito de ação e ao devido processo são previsões pétreas na Constituição Federal (artigo 5.º, incisos XXXV e LIV), prevendo ainda, esta codificação maior, todos os demais princípios norteadores do processo.⁵⁵⁰⁻⁵⁵¹

As execuções estão inseridas nesse contexto, obviamente, sendo um direito inquestionável de todo credor, detentor de título executivo, requerer ao Judiciário as inúmeras providências necessárias previstas em lei para a obtenção específica ou mais próxima possível do seu crédito.⁵⁵²

As execuções são dotadas, para que o credor alcance a satisfação de seu crédito, de meios próprios de força que têm por escopo maior pressionar o devedor a honrar aquilo que se obrigou.

As mais recentes reformas do Código Processual Civil (por exemplo, as Leis n.º 10.444/02, 11.231/02 e 11.382/06) preocuparam-se sobremaneira com a efetividade dos préstimos jurisdicionais, o que na verdade foi uma forma de o legislador processual suprir as incontáveis deficiências que se têm verificado no Poder Judiciário.

550 NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 43-185.

551 PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 63-281.

552 Leciona Marcelo Lima Guerra: “Entre os valores processuais que integram o vasto conteúdo do direito fundamental ao processo devido está aquele que costuma ser enunciado pela famosa fórmula cunhada por Chiovenda, segundo a qual ‘o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo [...]’. Tal exigência tem recebido as mais diversas denominações, nas últimas décadas, tendo sido chamada, entre os processualistas, de ‘garantia da efetividade da tutela jurisdicional’, ‘garantia da efetividade do processo’, ‘princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’, ‘garantia (ou princípio) do direito de ação’, ‘garantia do acesso à justiça’ e ‘garantia de acesso à ordem jurídica justa’, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões ‘direito (fundamental) à tutela efetiva’, ‘direito ao processo devido’ e ‘direito fundamental de acesso aos tribunais’. O que torna ainda mais tormentosa, atualmente, a questão terminológica nessa matéria é que cada uma dessas expressões referidas é utilizada também com sentido mais amplo, de modo a incluir em seu campo semântico outros valores processuais constitucionais” (GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 101-102).

Em que pese toda tendência contemporânea na elaboração de regras no sentido de tornar mais efetiva possível as outorgas de tutelas, há que se discutir também quando as tutelas não são possíveis de ser deferidas por circunstâncias absolutamente invencíveis que possam acometer o executado.

Já foram estudadas no capítulo 4 deste trabalho as denominadas excludentes de responsabilidade. Esses institutos, a imprevisibilidade, o caso fortuito ou a força maior, após serem alegados e devidamente discutidos, podem levar o juiz ao convencimento do que é justo e, assim ocorrendo, torna-se digno que se decida pela resolução da obrigação que embasa a execução proposta.

A onerosidade excessiva, instituto descrito no artigo 478 do Código Civil, deve ser reconhecida quando, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, tornou-se absolutamente impossível de o devedor continuar honrando as prestações a que se obrigou. Dessa forma, o executado, seja em execução com base em título extrajudicial (no âmbito dos embargos), ou acionado para o cumprimento da sentença (em sede de impugnação), poderá requerer a resolução do contrato exequindo, não se dispondo um dos contratantes a modificar eqüitativamente as condições base do documento, em consonância com o artigo 479 do Código Civil.⁵⁵³

Alegada então a extraordinariedade ou a imprevisibilidade em sede de embargos do devedor (artigo 736, CPC), e tendo restado infrutífera a tentativa de conciliação, após a produção dos meios orais de provas, se houver necessidade, deverá o magistrado sentenciar, extinguindo-se a obrigação⁵⁵⁴ (artigo 740, parágrafo único, CPC).

553 Nesse caso, poderá o magistrado da causa designar audiência ou mesmo conclamar as partes e respectivos advogados em gabinete, e sugerir uma composição (artigo 479 do CC), evitando-se, porventura, a resolução do contrato exequindo. Parece-nos não só possível agir dessa forma, mas recomendado, objetivando, sobretudo, velar pela rápida solução do litígio (artigo 125, incisos II e IV do CPC).

554 Leciona Wambier, Correia de Almeida e Talamini: “A sentença que julga procedente os embargos cumula distintas eficácias, conforme o conteúdo de seu comando: presta-se à declaração da inexistência ou à desconstituição do título executivo e (ou) à desconstituição de atos do processo executivo. Tem ainda eficácia mandamental, no entender dos autores que admitem a existência dessa categoria (v. Ponto 14): seu dispositivo contém “contra-ordem”, que desfaz a ordem de que proveio a atividade executória” (WAMBIER, Luis Rodrigues, CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, p. 326).

Se o instituto contemplado no artigo 478 do Código Civil for aduzido por ocasião da impugnação (artigo 475-L, inciso VI, CPC), da mesma forma que nos embargos, deverá ser proposto acordo às partes, podendo o juiz, entendendo necessário, atribuir efeito suspensivo à defesa ofertada e proceder à instrução probatória, entendendo conveniente (artigo 475-M, §§ 1.º e 2.º, CPC).⁵⁵⁵ Após devidamente avaliadas as argumentações e provas colhidas, deverá o magistrado decidir. Poderá, no entanto, fazê-lo interlocutoriamente, hipótese de rejeição das argumentações do executado de exclusão de responsabilidade, prosseguindo-se nos demais atos executórios. Na hipótese de acolhimento da onerosidade, o julgador resolverá a questão, extinguindo-se a execução pela sentença, em conformidade com o artigo 475-M, § 3.º, do Código Processual Civil.⁵⁵⁶ É importante que se frise que a alegação de excessiva onerosidade⁵⁵⁷ das

555 Ernane dos Santos Fidélis doutrinou: “Não sendo forma defensiva do executado realizada através de embargos, a lei está considerando a impugnação como simples incidente da fase executória e tratando a decisão que a rejeita como simples decisão interlocutória, por não ser causa extintiva do processo, caso em que o recurso próprio é o de agravo de instrumento (artigo 475, § 3.º, primeira parte), o mesmo ocorrendo, se a ele for dado provimento parcial. Acatada a impugnação *in totum*, ainda que não se tenha a fase de conhecimento por prejudicada, como no julgamento de procedência da alegação de penhora incorreta ou avaliação errônea, o recurso próprio é apelação (art. 475-M, § 3.º, segunda parte)”. (Manual de Direito Processual Civil, p. 292).

556 Preconiza Venosa: “Muitas teorias procuraram explicar o fenômeno, todas formando um complexo doutrinário. Para uns, fundamenta-se na pressuposição: os fenômenos sociais posicionam-se dentro das situações em que os contratos foram ultimados.. A vontade contratual, em síntese, não pressupôs o acontecimento inesperado que desequilibrou o contrato. Outros entendem que todo contrato possui uma condição implícita de permanência de uma realidade, cuja modificação substancial autoriza a supressão dos efeitos por ele causados. São explicações subjetivas da teoria da excessiva onerosidade. Outras correntes partem para explicações objetivas. Pelo princípio da reciprocidade ou equivalência das condições, nos contratos bilaterais, ou unilaterais onerosos, deve existir certo equilíbrio nas prestações dos contratantes, desde o momento da estipulação até o momento de seu cumprimento. Se um fator externo rompe esse equilíbrio, estará autorizada a intervenção. Para outros, como o contrato desempenha uma função social e econômica, o desequilíbrio da sociedade e da economia autorizam a revisão” (VENOSA, Sílvio Salvo. *Op. cit.*, p. 495).

557 Posicionou-se o STF: Decisão: ARRENDAMENTO MERCANTIL – Leasing – Relação de Consumo – Admissibilidade – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O contrato de arrendamento mercantil só se aperfeiçoa com a participação de Instituição Financeira que, no exercício regular de sua atividade comercial fornece o numerário necessário para a aquisição do bem, e por tal peculiaridade se submete às disposições do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, por força do seu artigo 3º, parágrafo segundo. Revisão contratual fundada na teoria da imprevisão – Pedido juridicamente possível porque conta com respaldo no inciso V do artigo 6.º do CDC – interesse de agir concretizado. É admissível a revisão de contrato fundada na teoria da imprevisão, quando acarrete desequilíbrio da relação contratual derivada da excessiva onerosidade, quando acarrete desequilíbrio da relação contratual derivada da excessiva onerosidade, em prejuízo de uma das partes, no caso gerada pela inopinada valorização do dólar americano, adotada à guisa de índice de atualização monetária, configurando-se por tal peculiaridade o interesse processual do arrendatário com respaldo no inciso V do artigo 6.º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Alega-se, em suma, violação do artigo 5.º, II e XXXVI da Constituição Federal. O acórdão recorrido limitou-se a aplicar a legislação infraconstitucional pertinente ao caso: a alegada violação dos

obrigações oriundas de contrato não pode prosperar por meras dificuldades individuais ao seu cumprimento, reitera-se. A argüição de imprevisibilidade está relacionada com um pacto bilateral que prevê obrigações que se protraem no tempo, assim regulado no artigo 478 do Código Civil. Por isso, é muito importante e deve o obrigado, quando se vincula a uma obrigação, projetar-se para o futuro, avaliando bem as circunstâncias atuais em relação as que poderão sobrevir. Podendo ser prevista e evitada a ocorrência extraordinária, não há que se falar em onerosidade excessiva.

Lembre-se que a imprevisão contemplada na lei civil não gera efeitos modificativos ou extintivos se a circunstância inusitada for simples questão de ordem subjetiva. A alegação de onerosidade deve ser generalizadora, que atinja toda uma sociedade e que deve ser minuciosamente avaliada.

Se a defesa do executado se fundar no caso fortuito ou força maior, seja com base nos embargos ou na impugnação, deve o magistrado suspender o andamento da execução (artigo 739, § 1.º, CPC), a critério deste, da mesma maneira agindo o julgador, sobrestando ou não a fluência processual, se a discussão ocorrer na impugnação, conforme preconiza o *caput* do artigo 475-M, do Código de Processo Civil. Em ambas as esferas processuais poderão ser determinadas a produção oral e pericial de provas, proferindo-se decisão seqüencialmente (artigo 740 e parágrafo único, e § 3.º do artigo 475-M, CPC).

Tendo o magistrado perquirido, diante da dialética do procedimento, as vielas probatórias do processo de execução, e concluído pela caracterização do caso fortuito ou força maior, deverá decidir-se pela resolução da obrigação e conseqüentemente pela extinção da execução. Não se pode, em absoluto, fazer valer os instrumentos de força inerentes às execuções, se o executado deixou de

dispositivos constitucionais apontados no recurso extraordinário seria – se ocorresse – indireta ou reflexa, que não enseja reexame pela via extraordinária, conforme copiosa jurisprudência deste Tribunal. Ademais, não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida (Súmula 636). Nego provimento ao agravo. Brasília, 17 de maio de 2004 (STF, AI 504.647-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.05.2004, in DJ 08/06/2004, p. 42).

adimplir as obrigações por forças estranhas e invencíveis, plenamente evidenciadas.

Essas forças intransponíveis, de que tanto falamos genericamente, podem ser encontradas regulando situação específica no artigo 234 do Código Civil, por exemplo:

Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

Com o mesmo espírito o legislador fez prever no artigo 235: “Deteriorada coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”. Nas obrigações de restituir, da mesma forma, lecionou o artigo 238: “Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda”.

As locuções que se depreendem dos dispositivos transcritos, *sem culpa do devedor e não sendo culpado o devedor*, querem conotar exatamente as excludentes sob estudo, regradas no artigo 393 do Código Civil.

Não reconhecer o surgimento de circunstâncias imprevisíveis ou mundanas insuperáveis, mesmo no âmbito executório, é violar valores humanos, verdadeiramente ignorar a excelência do princípio da dignidade, considerando os inevitáveis prejuízos que poderão acarretar ao executado.⁵⁵⁸⁻⁵⁵⁹

558 CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *In*: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 132 e seguintes.

559 O princípio da dignidade teve origem também na doutrina jus naturalista, segundo Guido Fassó. Escreveu o filólogo: “Essa doutrina afirma que existe e pode ser conhecido um direito natural, ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Esse direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer” (FASSÓ, Guido. Dicionário de Política, verbete: jusnaturalismo).

A positivação do princípio da dignidade em nível constitucional levou a uma macro abrangência axiológica, sublimando-se ainda mais os valores essenciais da pessoa humana.

Sendo o processo de execução uma espécie procedimental coativa de se fazer valer direitos consagrados em títulos executivos, que atinge principalmente a pessoa pela expropriação, torna-se absolutamente necessário ser minudentemente aferidas as circunstâncias quando a defesa do executado sustentar-se em excludentes.

A dignidade humana, sendo um valor humano fundamental,⁵⁶⁰ é intangível e até mesmo preexistente ao direito. Por isso, se as discussões acerca das excludentes, no âmbito dos procedimentos executórios, não forem bem avaliadas em termos probantes e sopesadas em contraditório, poderá facilmente ser maculada a garantia constitucionalmente prevista.

É preciso ter-se em vista que o princípio da dignidade estrutura ainda uma grande gama de direitos constitucionais consagrados, como o direito à vida, à liberdade física (quando se acolhe, por exemplo, a justificativa do executado pelo inadimplemento de encargo alimentar, por conta da alegação e caracterização de caso fortuito e força maior – artigo 733 do CPC), o direito à propriedade, à personalidade, à imagem, ao direito de defesa, além de outros.

Rizzatto Nunes⁵⁶¹ leciona que:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

560 ALVES, Cleber Francisco. *Op. cit.*, p. 131-148.

561 NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 50-51.

Se assim o é, enaltecer o princípio da dignidade em proveito do devedor-executado, impossibilitado ao adimplemento e ao mesmo tempo acuado pelos armamentos executivos, é medida que se impõe.⁵⁶² Não se preconiza por um protecionismo exacerbado ao inadimplente, mas permitir que incida toda ferocidade da atividade executiva, com as virulentas conseqüências inerentes a esse tipo procedimental é nefasto e injusto ao obrigado, que deixou de honrar a obrigação inserta no título por circunstâncias alheias à sua vontade.

Não há que ser admitido que algum tipo de tutela jurisdicional possa estar apartada ou acima do princípio da dignidade, em especial os pleitos satisfativos de direitos, como o processo de execução, tendo em vista a sua natureza truculenta em relação a um inadimplemento superveniente plenamente justificável.⁵⁶³⁻⁵⁶⁴

Como já comentado no capítulo 5, item 5.2. deste trabalho, o princípio da dignidade está implícito em inúmeros dispositivos da Constituição Federal.

Se a preocupação do legislador constitucional de 1988 foi absolutamente abrangente, no sentido de deferir a proteção necessária aos direitos fundamentais dos cidadãos, teve, inegavelmente, o escopo de blindar a pessoa humana das

562 Execução por título judicial – Bem móvel – Impenhorabilidade – Art. 649, VI, do CPC – Um dos princípios norteadores da execução é o respeito à dignidade humana do *solvens*. É absolutamente impenhorável, por ser instrumento de trabalho o único caminhão de propriedade do devedor que é motorista profissional, art. 649, VI, do CPC, em razão do princípio mencionado (Acórdão 0255073-2 Agravo de Instrumento, Comarca de Monte Carmelo, 2.^a CC, rel. Juiz Caetano Levi Lopes, j. 05.05.1998, v.u.).

563 Disse Theodoro Júnior: “É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que “a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana”. Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, institui o código a impenhorabilidade de certos bens como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguro de vida etc. (art. 649)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 131).

564 RECURSO ESPECIAL, ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, INADIMPLEMENTO, BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO, BEM COMPROVADAMENTE FURTADO. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. OCORRÊNCIA. PRISÃO CIVIL. INADMISSIBILIDADE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. EXECUÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. I. Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido do descabimento da prisão do devedor de contrato com alienação fiduciária em garantia, nos casos em que há impossibilidade justificada da devolução do bem (Corte Especial, EREsp 149.518). II. Havendo a comprovação do caso fortuito que impossibilitou o devedor a entregar o bem alienado fiduciariamente, e convertida a ação de busca e apreensão em ação de depósito, apurado o valor do crédito, esta prossegue como execução de quantia certa. Recurso especial provido parcialmente (STJ, REsp 677.823/PR, rel. Min. Castro Filho, in DJ 31.03.2006).

injustiças, sublimando, quando dos pleitos jurisdicionais, o princípio da dignidade humana.

O legislador processual e o constitucional efetivamente fizeram as suas partes, contemplando como princípio a menor onerosidade dos atos executórios em favor do devedor e estabelecendo princípios magnos dignificadores das pessoas.

Resta agora, aos representantes do Poder Judiciário, concluir por essa verdade e efetivamente aplicar tais mandamentos em prol da justiça social, posicionando a espécie humana no centro de toda preocupação existencial, principalmente durante o itinerário processual.

É bom que se ressalte que o ser humano já é dotado de dignidade inerente e, assim o sendo, não pode servir de meio para qualquer atingimento. Deve ser visto e tratado como um fim em si mesmo.⁵⁶⁵

565 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes, p. 68.

8 CONCLUSÕES

O presente trabalho foi idealizado mais especialmente em decorrência das instabilidades sócio, política e econômica que permeiam a realidade brasileira, circunstâncias essas que, de forma inevitável, desequilibram as relações sociais e negociais.

Já há muito, a sociedade brasileira não se sente segura com as debilidades administrativas e fragilidades das instituições, o que tem comprometido a harmonia social e o direito à subsistência digna da maior parte da população. As incompetências na gestão política, a subserviência do país em face dos grandes grupos econômicos, a corrupção crônica ocorrente nos âmbitos público e privado e o despreço dos governantes para com a coisa pública levam a sociedade brasileira aos mais diversos tipos de insegurança e temores.

Essas circunstâncias, que ocasionam intempéries, o que na verdade é global, maculam mais intensiva e diretamente os países em desenvolvimento ou de terceiro mundo. A absurda dívida externa e a preponderância dos interesses dos conglomerados multinacionais acabam culminando em uma relação de dependência que tanto tem prejudicado a nação e a harmonia entre os seus concidadãos.

O capitalismo contemporâneo talvez figure entre os maiores males da humanidade. Esse sistema não possibilita muitas alternativas de desenvolvimento fora do contexto internacional às nações menos abastadas, não permitindo o aperfeiçoamento igualitário das sociedades. Essa é exatamente a regra dos detentores do capital: a opressão econômica como forma de manutenção do poderio de uns e da conseqüente subserviência de outros.

Essa postura das grandes potências, e que leva a inimagináveis oscilações internas, irremediavelmente acaba por impedir o natural desenvolvimento das sociedades menos favorecidas. Remanesce, então, ao legislador brasileiro, cada

dia mais, a responsabilidade em outorgar regras de condutas protecionistas à sua população. E assim vem agindo já há algum tempo. Nessa perspectiva é que se promulgou a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Mandado de Segurança Coletivo, a legislação ambiental e outras várias.

O legislador constitucional foi decisivo na proteção da sociedade quando promulgou a Constituição Federal em 1988, especialmente o artigo quinto, que trata dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Mas foi o legislador ordinário que se atentou mais especificamente para com o cidadão-devedor, detalhando a proteção necessária quando coibiu todo e qualquer ato que possa macular a sua dignidade e de sua família nas discussões processuais.

Irrefutavelmente estamos em tempos de proteção aos detentores de créditos, e toda preocupação tem sido voltada à efetividade das tutelas jurisdicionais, o que é absolutamente necessário. Entretanto, não pode ser preterida, em absoluto, a atenção para com os cidadãos que figurem nos pólos passivos das relações processuais.

Não se pode perder de vista que o momento é de incertezas, causadas por

Tais fatos, cada vez mais comuns, podem impedir em absoluto, e por conseqüência direta, o cumprimento obrigacional por se apresentarem intransponíveis, seja por circunstâncias objetivas ou subjetivas, como já estudadas. O equilíbrio das relações jurídicas obrigacionais fundamenta-se exatamente no princípio da imprevisibilidade e irresistibilidade, verdadeiro parâmetro lógico-jurídico das relações negociais.

Impossível as exatidões e certezas em um mundo de instabilidades e aleatoriedades de toda ordem, o que precisa ser compreendido. As obrigações são contraídas para serem especificamente cumpridas e devem ser saldadas em tempo, local e condições estabelecidas pelas partes, porém, se circunstâncias maiores e devidamente comprovadas evidenciarem a efetiva impossibilidade do cumprimento do encargo, não é digno o comprometimento do devedor.

O presente trabalho preocupou-se, em especial, com a caracterização das excludentes de onerosidade excessiva e caso fortuito ou força maior no ambiente executório. A propósito, exatamente pela agressividade peculiar desse processo é que se decidiu estudá-lo à luz das excludentes de responsabilidade.

Torna-se forçoso concluir, então, que não há qualquer instrumento processual, nem mesmo a tutela executória, por mais efetiva que deva ser, que autorize causar injusta mácula à dignidade de quem quer que seja.

Se um determinado processo de execução for instaurado e a defesa apresentada pelo executado consistir na alegação de excludentes, sejam pelos embargos ou em sede impugnatória, aferir-se-ão detidamente as circunstâncias aduzidas e, verificando procedente, deverá o magistrado desconstituir o título, o que poderíamos chamar de inadimplemento lícito ou inexecução obrigacional justificada. Ressalte-se que o devedor poderá ainda alegar o surgimento das excludentes de responsabilidade por vários outros mecanismos processuais, estudo este que é efetivado nesta tese no capítulo 7, a partir do item 7.4.3.2.

A questão é até mesmo de natureza física. Não há como exercer contraposição àquilo que é invencível. Ninguém pode compelir alguém, nem mesmo a lei, à sobreposição aos limites humanos.

Se o processo judicial é uma complexa relação entre sujeitos detentores de interesses divergentes e a busca mediata primordial por meio dele é a pacificação social, não é razoável que possa acarretar desarmonia. São atozes e não devem prosperar os atos processuais executórios que prejudiquem um cidadão-devedor que inadimpliu por circunstâncias absolutamente alheias à sua vontade. Ademais, qualquer mecânica processual que coaja e que possa macular alguém injustificadamente é um instrumento espúrio e que deve ser rechaçado pelo Judiciário.

Indubitável que os atos executórios devem ser revestidos de toda coatividade e efetividade necessárias, entretanto, muita atenção deve ser dispendida pelo juízo no fluir da dialética procedimental, visando aferir as nuances do inadimplemento por todos os meios de provas que se fizerem necessários. Deixar o juiz que atos executivos incidam sobre aquele que não honrou a obrigação exequenda porque comprovadamente não pôde honrar, reitera-se, é permitir violação frontal ao dogma constitucional da dignidade da pessoa, princípio este cada vez mais posicionado como núcleo das relações humanas contemporâneas.

Mas não há como negar que se o Estado instituiu um sistema processual de força em relação ao executado é por decorrência dessa opção político-legislativa que intentou também promover a tranquilização social, no sentido de exigir que o devedor cumpra o que de direito em face do credor-exequente.

Assim, se a tão propalada pacificação social é o escopo finalístico do Poder Jurisdicional, pacificar com justiça equilibrada é um dever ser e está acima de qualquer outra intenção legal ou conceitual.

Atribuir ao processo de execução a responsabilidade de apresentar a satisfatividade almejada a qualquer custo é um erro em qualquer hipótese,

considerando a dimensão constitucional dada ao cidadão e à sua dignidade, ao contraditório e ao direito de defesa. Esse tipo de tutela não é de feição amplamente contraditória, é verdade, mas diante de alegações tão importantes como o são as excludentes obrigacionais, deve o magistrado deter-se à *ratio essendi* do inadimplemento, verificando minuciosamente as provas a fim de impedir qualquer ato de violação à dignidade do devedor.

O processo de execução, as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade formam a trilogia que embasam este trabalho e que não devem ser dissociadas em momento algum.

A sutil sapiência de um magistrado deve adentrar a análises mais intrínsecas do inadimplemento, não permitindo que um determinado instrumento ou processo judicial, até mesmo o de execução, venha a comprometer a dignidade de um cidadão-executado, se as razões do inadimplemento se justificarem.

A conclusão a que se chega, por fim, é que o âmago do dever jurídico, em uma ótica sistêmica, legal e antropocêntrica, não está necessariamente no cumprimento das obrigações, mas sim na comprovada intenção do obrigado em querer efetivamente alcançar aquilo que o vinculou.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, Lacerda de. **Efeitos das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ALVIM, J; CARREIRA, E. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM NETO, José Manoel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 2.

ARAÚJO, José Antonio Estévez. **La Constitución como proceso y la desobediência civil**. Madrid: Trotta, 1994.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Manual de processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Prisão civil por dívida**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria geral das obrigações**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BATISTA, Paula. **Compendio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1890.

BAUDRY-LACANTINERIE. **Traité théorique et pratique de droit civil**. 3. ed. Paris: Sirey, 1905-1908, 29. v.

BELTRAME, José Alonso. **Dos embargos do devedor**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. 2. v.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil**. Rio de Janeiro: Livraria Alves, 1917.

BIERBRAUER, Gunther; FALKE, Josef; KOCH, Klaus-Friedrich. Conflict and its settlement: an interdisciplinary study concerning the legal basis, function and performance of the institution of the schiedsmann. *In: Access to justice. Promising institutions*. Milão: Giuffrè-Sijthoff, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCOLO, Francisco. **Problemi di pratica giudiziaria esecutiva**. Pádua: Cedam, 1970.

BUIM, Marcos. Exceção de pré-executividade. **Revista Consulex**, v. 4, n. 44, ago. 2000.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1952.

CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CAIS, Frederico Fontoura da Silva. **Fraude de execução**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Instituzioni di diritto processuale civile**. Nápoles: Jovene, 1970. v. 4.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 67, p. 132, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. **Fundamental guarantee of the parties civil litigation**. Milão/Nova Iorque: Giuffrè-Dobbs Ferry, 1973.

CARAM JÚNIOR, Moacyr. **O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova Execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de processo**. v. 123, p. 122.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano, 1958.

_____. **Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, studi di diritto processuale**. Pádua: Cedam, 1928. v. 2.

_____. **Instituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. Roma: II Foro italiano, 1956. v. 3.

_____. **Titolo esecutivo**. Pádua: Cedam, 1931.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Pádua: Cedam, 1986. v. 2.

CASTRO-Prieto. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'individuazione dei beni da pignorare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 47, p. 92, jan./mar, 1992.

CORRÊA TELLES, José Homem. **Doutrina das ações**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

COUTURE, Eduardo J.. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Tradução de Mozart Russomando. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRETTELA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**. Buenos Aires: EJEJA, 1957

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de processo civil comentado, arts. 1.º a 1.220**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FASSÓ, Guido. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. v. 1.

FERNANDIZ, Leonardo Pietro-Castro y. **Tratado de derecho procesal civil**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1985. v. 2.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FRIEDENTHAL, H. Jack; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R.. **Civil procedure**. 2. ed. Saint Paul: West Publishing, 1993.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4.

GIORGIANNI, Michele. **Inadempimento**. Milão: Giuffrè, 1970. v. 20.

_____. **L'obbligazione**. Milão: Giuffrè, 1951.

GIOVENE, Achille. **La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione.** Páuda: Cedam, 1919.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

_____. **O processo de execução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer fungíveis e de não fazer. **Revista de processo.** v. 79, p 70.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do estado.** Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Willis Santiago. Tópicos fundamentais da execução forçada: ação executiva, título executivo, embargos do devedor e coisa julgada. *In: Processo de execução e assuntos afins.* Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUSMÃO, Helvécio de. **Código de processo civil e commercial para o districto federal.** Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1931.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e processual da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LEBRE DE FREITAS, José. **A ação executiva à luz do código revisto.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. O primeiro ano de uma reforma executiva adiada. **Sub judice: justiça e sociedade.** Coimbra, v. 29, p. 7, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado.** Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Processo de execução.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Processo de execução.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro, 1991. v. 6.

_____. **Processo de conhecimento e processo de execução.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Aldo. **A execução ilegal e os danos decorrentes.** Campo Grande: Solivros, 1998.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *In: **Código de processo civil interpretado.*** Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Embargos à execução.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Execução, condições da ação e embargos do executado. *In: **Processo civil - evolução 20 anos de vigência.*** Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Execução, condições da ação e embargos do executado.** Saraiva: São Paulo, 1995.

_____. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. *In: **Processo de execução e assuntos afins.*** Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin P.; SHERMAN, Edward F.. **Civil procedure – a modern approach, american casebook serie.** Saint Paul: West Publishing, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 6.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 5.

_____. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4.

_____. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Campinas: Millenium, 2003.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJE, 1970. v. 3.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil – teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Curso de direito processual civil – teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. **CPC e legislação processual em vigor**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de 129447(r)-0.6 nt**.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Fraude contra credores**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 6.

PEREIRA, Gischkow Sérgio. **Ação de alimentos**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1981.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PISANI, Andrea Proto, **L'attuazione dei provvedimenti di condanna**. Foro italiano, 1988.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1999.

PITTA, Daniel Schimidt. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. **Jus Navigandi**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7537>>. Acesso em: 10 Ago. 2006.

PLATÃO. **A República de Platão**. Tradução de Enrico Coruisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PODESTÁ, **Fábio Henrique**. Direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975, v. 4.

_____. **Manual de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

_____. **Manual de direito processual civil, execução e processo cautelar.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Manual de direito processual civil, processo de conhecimento.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

_____. **Manual de direito processual civil, processo de conhecimento.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimento civil romano.** Buenos Aires: EJEJA, 1954.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações – abordagem didática.** 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SHIMURA, Sergio. **Título executivo.** São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, João Galvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. **Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 30, p. 210-211, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SIMÓN, Luis Maria. Ejecución de sentencia de condena a pagar sumas de dinero.

SOUZA E PEREIRA. **Primeiras linhas sobre o processo civil, acomodadas ao foro do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1880. v. 4.

SOUZA, Gelson Amaro. **Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente**. São Paulo: Tavares de Oliveira, 2002.

_____. **Mérito no Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Processo de execução, parte geral e liquidação de sentença**. São Paulo: LTR, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, processo de execução e processo cautelar**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil, processo de execução e processo cautelar**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. **Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Processo de execução**. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999.

_____. **Processo de execução**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2000.

_____. **Processo de execução**. 21. ed. rev. ampl. São Paulo: Leud, 2002.

_____. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 25, p. 146, 158-159, out./dez. 2000.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**. Pádua: Cedam, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil, teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Luis Alberto. La ejecución forzada em el CGP. *In: Curso sobre el código general del proceso.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1992. v. 2, p. 150-151.

WALD, Arnold. O contrato: passado, presente e futuro. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 8, jan./jul. 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

_____. **Curso avançado de processo civil.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A sentença que extingue a execução. *In: Processo de execução e assuntos afins.* Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a objeção de pré-executividade. *In: Processo de execução e assuntos afins.* Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCHI, Teori Albino. **Processo de execução, parte geral.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)